

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MODENA E REGGIO EMILIA

Fondazione Marco Biagi

Scuola Internazionale di dottorato di ricerca in «Relazioni
di lavoro»

***Aspetti processuali della certificazione dei
contratti di lavoro***

Tutor:

Dott. Alberto Russo

Co-tutor:

Chiar.mo Prof. Domenico Borghesi

Candidato:

Dott.ssa Maria Barberio

Coordinatore e Direttore della Scuola di Dottorato:
Prof. LUIGI ENRICO GOLZIO

CICLO XXVII

INDICE

<i>Introduzione</i>	Pag.1
---------------------------	-------

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE AL FENOMENO DELLA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI DI LAVORO

1.1	La primigenia idea di certificazione.	Pag. 8
1.2	La differente logica dell'Ipotesi per la predisposizione di uno «Statuto dei lavori».....	>> 9
1.3	Il d.d.l «Smuraglia» e il Progetto di legge per uno «Statuto dei lavori» del 1998.	>> 15
1.4	Dal d.d.l della «Commissione Zamagni» al Libro Bianco.	>> 18
1.5	Il decreto legislativo n. 276/2003.	>> 20
1.6	Le novità introdotte dal «Collegato Lavoro».....	>> 23

CAPITOLO SECONDO

CERTIFICAZIONE E NORMA INDEROGABILE: UNA CONVIVENZA TUTT'ALTRO CHE PACIFICA.

2.1	Norma inderogabile:definizione.	Pag. 30
2.2	Inderogabilità della norma e indisponibilità dei diritti.....	>> 34
2.3	Inderogabilità e composizione stragiudiziale delle controversiedopo il «Collegato lavoro»	>> 41
2.3.1	La conciliazione e la derogabilità delle norme.	>> 43
2.3.2	L'arbitrato presso le commissioni di certificazione.....	>> 49
2.3.3	L'arbitrato presso le commissioni di certificazione e le norme inderogabili.	>> 55
2.3.4	L'apertura all'arbitrato di equità.	>> 58
2.3.5	La clausola compromissoria e la certificazione.	>> 68
2.4	Certificazione e derogabilità assistita.	>> 74

CAPITOLO TERZO

LA PROCEDURA DI CERTIFICAZIONE

3.1	Finalità della procedura di certificazione e indisponibilità del tipo contrattuale.	Pag.	78
3.2	La volontarietà della procedura di certificazione. -.	>>	82
3.3	Ambito di applicazione.	>>	84
3.4	Ipotesi di certificazione obbligatoria: la clausola compromissoria. . .	>>	86
3.4.1	L'appalto e il subappalto in ambienti confinati	>>	88
3.5	Le commissioni di certificazione	>>	90
3.5.1	Gli enti bilaterali	>>	93
3.5.2	Le direzioni provinciali (ora territoriali) del lavoro e le province. . . .	>>	95
3.5.3	Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali -Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro.	>>	98
3.5.4	I consigli provinciali dei consulenti del lavoro.	>>	98
3.5.5	Le Università e le Fondazioni universitarie.	>>	99
3.6	La competenza territoriale degli enti certificatori.	>>	101
3.7	L'incompetenza degli organi certificatori.	>>	103
3.8	Il procedimento di certificazione.	>>	107
3.8.1	La comunicazione alla Dtl e la Direttiva Sacconi.	>>	111
3.8.2	Il procedimento di certificazione davanti alla Dtl e alle Province: il dm 21 luglio 2004.	>>	113
3.8.3	Le procedure di certificazione e i codici di buone pratiche.	>>	115
3.8.4	La conclusione del procedimento di certificazione e le altre norme di procedura.	>>	120
3.9	Le altre ipotesi speciali di certificazione: le rinunzie e delle transazioni.	>>	123
3.9.1	Certificazione e clausola compromissoria (rinvio).	>>	129
3.9.2	La certificazione dei contratti di appalto.	>>	129
3.10	L'attività di consulenza e assistenza delle parti.	>>	136
3.11	Clausole generali e certificazione.	>>	142

CAPITOLO QUARTO

IL PROVVEDIMENTO DI CERTIFICAZIONE

4.1	Il provvedimento di certificazione e la sua natura.	Pag.	145
4.1.1	Il provvedimento di certificazione e l'imputazione al <i>certifier</i>	>>	152
4.1.2	La responsabilità delle commissioni di certificazione	>>	156
4.2	Decorrenza ed efficacia della certificazione.	>>	163
4.2.1	Efficacia dell'atto di certificazione.	>>	166

4.2.2	L'efficacia della certificazione nei confronti dei terzi: quale provvedimento è in grado di rimuovere l'effetto preclusivo della certificazione? La sentenza di merito e gli atti equivalenti..	>>	172
4.3	L'ordinanza del rito Fornero.	>>	180
4.4	Efficacia della certificazione contro i provvedimenti ispettivi.	>>	184
4.5	Efficacia fiscale della certificazione.	>>	186
4.6	Efficacia penale.	>>	187

CAPITOLO QUINTO

I RICORSI AVVERSO IL PROVVEDIMENTO DI CERTIFICAZIONE.

5.1	Introduzione.	Pag.	194
5.2	Il ricorso al giudice del lavoro: il tentativo di conciliazione obbligatorio.	>>	197
5.3	Il comportamento delle parti innanzi alla commissione di certificazione.	>>	202
5.4	La competenza.	>>	203
5.5	La connessione dei procedimenti.	>>	207
5.6	Legittimazione attiva e passiva e litisconsorzio facoltativo degli enti ispettivi	>>	209
5.7	Efficacia probatoria del provvedimento di certificazione: presunzione relativa vs argomento di prova	>>	215
5.8	La tenuta giudiziaria della certificazione: le scarse pronunce giurisprudenziali.	>>	221
5.9	L'impugnazione per erronea qualificazione del rapporto di lavoro.	>>	224
5.10	Atto di certificazione e contratto: l'impugnazione per erronea qualificazione del contratto.	>>	229
5.11	Difformità del programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione.	>>	232
5.12	Vizi del consenso.	>>	233
5.13	Efficacia dell'accertamento.	>>	234
5.14	Il ricorso innanzi al giudice amministrativo.	>>	236

Rilievi conclusivi. Pag. 242

Bibliografia. Pag. 247

Introduzione.

Il passaggio da un sistema lavoristico fondato su un numero limitato di tipologie contrattuali – in cui il lavoro a tempo pieno e indeterminato costituiva la regola e le altre solo eccezioni – ad un sistema caratterizzato da una moltitudine di contratti e dalla crescente possibilità di autoregolamentare lo svolgimento del rapporto di lavoro, aumenta di per sé la conflittualità tra le parti. Si avverte, pertanto, l'esigenza di strumenti deflattivi che consentano una definizione stabile della qualificazione del contratto di lavoro, prevenendo così possibili contenziosi. Si badi bene che la deflazione del contenzioso lavoristico sembra non passare da interventi di natura sostanziale, bensì processuale ed extraprocessuale. La qual cosa non stupisce, anzi, rappresenta un filo conduttore degli ultimi interventi legislativi in materia lavoristica: si pensi al rito Fornero, ovvero agli arbitrati del Collegato Lavoro, ovvero ancora, per l'appunto, alla certificazione nella legge Biagi, con risultati, in un'ottica di snellimento del contenzioso del lavoro, non sempre apprezzabili. Probabilmente sarebbe stato legittimo aspettarsi un intervento normativo in cui la prevenzione della vertenza qualificatoria fosse realizzata dettando norme più cristalline sul tipo contrattuale. Il legislatore ha, invece, deciso di dar seguito ad una prassi ben nota nel diritto del lavoro: ha esternalizzato l'operazione di qualificazione del rapporto di lavoro alle commissioni di certificazione. L'art. 75 del d.lgs. 276/2003 individua, al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione del rapporto di lavoro, lo strumento della certificazione, rendendo sin da subito evidente il nesso tra il polimorfismo degli schemi negoziali e l'obiettivo deflattivo.

Il germe dello strumento della certificazione dei contratti di lavoro viene univocamente ricondotto dalla dottrina a una riflessione compiuta da Vallebona, il quale sosteneva che

la debolezza contrattuale del lavoratore potesse essere controbilanciata mediante l'introduzione di un sistema di tutele esterne alla volontà delle parti.

La certificazione dei contratti di lavoro quale strumento di «derogabilità assistita», al fine di prevenire – o quantomeno ridurre – l'importante contenzioso in tema di qualificazione, peraltro, esasperato da una sempre meno chiara individuazione del carattere di subordinazione, e funzionale a contrastare il fenomeno della fuga dal contratto di lavoro subordinato.

La procedura di certificazione consentirebbe la corretta informazione delle parti contraenti in ordine alle specifiche del rapporto di lavoro, affidando l'«indispensabile» protezione degli interessi della parte debole del rapporto di lavoro non solo al successivo vaglio del giudice, ma realizzando una forma di controllo *ex ante* sulle pattuizioni individuali. La certificazione conferisce alla statuizione sullo schema contrattuale una stabilità di carattere relativo, atteso che, una lettura costituzionalmente orientata, imporrebbe di assegnare all'autorità giudicante l'ultima parola sulla qualificazione del rapporto di lavoro. Difatti, in un rapporto di durata come quello di lavoro, resta pur sempre compito del giudice accertare la corrispondenza tra quanto dichiarato dalle parti (in ordine al *nomen iuris* e al contenuto del contratto) e quanto effettivamente realizzato. Un'eventuale dichiarazione resa ufficialmente dalle parti in sede amministrativa non sposterebbe del resto nulla sul piano dell'onere della prova (visto che spetterebbe sempre al ricorrente dimostrare *ex art. 2697* cod. civ. i fatti su cui si fonda la sua domanda), né escluderebbe, peraltro, incursioni giudiziali promosse (questa volta) dagli enti ispettivi contro accordi simulatori, fraudolenti, ovvero nei riguardi di qualificazioni ritenute inesatte. Pare, pertanto, impensabile – oltre che di dubbia costituzionalità – ipotizzare un meccanismo burocratico attraverso cui

«blindare» la qualificazione del rapporto di lavoro semplicemente sulla scorta dell'istituzionalità della sede in cui viene resa la dichiarazione negoziale delle parti.

Il dibattito dottrinale – che ha preceduto e accompagnato il tortuoso *iter* d'introduzione nel sistema legislativo della certificazione – è stato – e per la verità continua ad esserlo tutt'ora – acceso da reazioni assolutamente contrastanti: la certificazione è stata accolta in maniera – forse eccessivamente – positiva dai consulenti del lavoro¹, e colpita da critiche feroci inerenti vuoi la destrutturazione del diritto del lavoro – sul piano sostanziale – vuoi la realizzazione di una forma di deflazione cattiva – sul piano processuale – ed è stata, infine, analizzata in maniera più equilibrata da altri commentatori che sono finiti per riconoscerle una qualche utilità, sebbene non necessariamente riconnessa alla ambiziosa finalità deflattiva.

Le critiche inerenti alla destrutturazione del diritto del lavoro seguivano all'interpretazione della certificazione quale strumento per accertare l'effettiva volontà delle parti di derogare alle disposizioni di legge e alla contrattazione collettiva. In altri termini, la certificazione avrebbe permesso di superare il paradigma dell'inderogabilità unidirezionale delle norme lavoristiche, incidendo sul principio d'indisponibilità del tipo contrattuale. Per quanto, invece, concerne l'obiettivo deflattivo, avrebbe dovuto realizzarsi per l'effetto di una maggiore certezza sulla qualificazione del contratto di lavoro, perché operata – come poc'anzi ricordato – *ex ante* da tecnici del diritto.

Obiettivo ambizioso laddove si ammetta che il contenzioso sulla qualificazione del contratto di lavoro è caratterizzato solo in minima parte da incertezze sulla tipologia contrattuale che emergono nella fase generativa del rapporto di lavoro. Le vertenze qualificatorie attengono in misura preminente alla discrasia tra il tipo contrattuale

¹ V. la lett. Prot. N. 7958, *Il consulente del lavoro*, 2002, X, 5

prescelto e la sua successiva attuazione, rispetto alla quale la certificazione non dispiega effetti. Tanto basterebbe per paventare una limitata operatività dell'istituto. A questo potrebbe, poi, aggiungersi un possibile effetto collaterale della procedura di certificazione: la surrettizia limitazione dell'azionabilità in giudizio dei diritti scaturenti da rapporti di lavoro certificati quale riflesso della coercizione del lavoratore. Tanto indurrebbe a concludere che laddove sia operativa la certificazione potrebbe generare una cattiva deflazione, con qualche rimostranza sul rispetto del dettato costituzionale dell'art. 24. Ed infine, si potrebbe asserire che, vista la mancata vincolatività della certificazione per l'autorità giudicante che si trovi a qualificare il rapporto di lavoro, la sua tenuta giudiziaria sia decisamente claudicante.

Numerose perplessità devono, poi, essere manifestate sull'opportunità del meccanismo certificatorio. Anche gli autori più predisposti verso l'istituto della certificazione restano in ogni caso timorosi – e giustamente – circa il coinvolgimento nel procedimento certificatorio dell'apparato amministrativo, considerati gli inevitabili rischi di eccessiva burocratizzazione ed appesantimento delle procedure di validazione dei rapporti di lavoro.

Le valutazioni appena operate potrebbero essere espressione di una visione un po' angusta influenzata dal ritenere assorbente l'argomentazione della flebile stabilità in giudizio della certificazione rispetto al successo della certificazione, nonché dal pregiudizio culturale per cui i diritti del lavoratore, avvolti nella leviatanica morsa della norma inderogabile, possano trovare adeguata tutela unicamente innanzi al giudice.

La debole tenuta giudiziaria della certificazione potrebbe condurre a una rapida chiusura dell'indagine sui lineamenti processuali della certificazione dei contratti di lavoro. Gli aspetti processuali della certificazione dei rapporti di lavoro, in realtà, «quasi non

esistono» poiché in giudizio la certificazione non dispiega alcun effetto, posto che il giudice può tenerne conto nei limiti dell'argomento di prova *ex art. 116 comma 2 c.p.c.* al pari di ogni altro comportamento delle parti. A ben vedere l'istituto della certificazione dei contratti di lavoro richiede allo studioso del diritto processuale civile di confrontarsi con numerose tematiche «classiche», quali a titolo meramente esemplificativo: il tentativo di conciliazione, la valutazione del comportamento pan-processuale delle parti, i provvedimenti cautelari, la competenza, l'impugnazione, il riparto di giurisdizione, la connessione, l'efficacia probatoria, le questioni pregiudiziali, la natura dell'accertamento, l'effetto preclusivo. La stessa tenuta giudiziaria della certificazione deve essere verificata alla prova dei fatti, ovverosia riscontrando quale sia l'atteggiamento dei giudici rispetto al congegno certificatorio e in questo senso, la prassi, a dire il vero scarna, può fornire qualche utile indicazione. La certificazione potrebbe, in astratto, incontrare un atteggiamento di chiusura da parte dell'autorità giudicante, così come potrebbe ingenerare l'effetto indesiderato dell'astensione dall'accertamento della reale natura del rapporto di lavoro, una sorta di *moral dissuasion* provocata dall'istituzionalità della sede in cui la sussunzione della fattispecie concreta al tipo contrattuale è stata realizzata.

L'analisi dello strumento certificatorio non può non partire dall'accidentato *iter* legislativo che ha condotto alla sua comparsa nell'ordinamento giuridico italiano. La ricostruzione storica della certificazione ha l'obiettivo di verificare quanto la sua trasposizione in legge si sia discostata dalla primigenia idea di Vallebona e quanto il testo di legge approvato possa avere smorzato talune polemiche, ovvero rinfocolato talaltre. Inevitabile, poi, il passaggio per la perigliosa tematica dell'inderogabilità della norma e dell'indisponibilità dei diritti, nonché del ruolo di assistenza delle parti nella

scelta del tipo contrattuale e dell'informazione sull'esatto contenuto del rapporto di lavoro già instaurato. Nello svolgimento di tale attività la commissione di certificazione dismette i panni di giudice terzo e imparziale, che pur vedremo, le possono in qualche modo esserle riconosciuti, in favore di una veste di natura consulenziale. Proprio su quest'ultimo ruolo puntava Vallebona riconoscendo alla certificazione l'obiettivo di colmare il *gap* di informazioni relativo alle tutele riconnesse al rapporto di lavoro che si riscontra nel lavoratore. Riportare in asse lo squilibrio di natura cognitiva di modo che la scelta di un contratto di lavoro piuttosto che un altro si riveli genuina perché informata. Sempre ammesso che siffatto *gap* sia ancora reale o che rispetto al passato abbia assunto dimensioni meno importanti. Ed ancora nell'analisi dei riflessi processuali si è, forse, sottovalutata la funzione del tentativo di conciliazione presso lo stesso organo certificatore, così come sono passati in sordina gli importanti problemi di imparzialità che seguono alla creazione del binomio conciliatore-certificatore. Nell'Ipotesi per la predisposizione di uno «Statuto dei lavori» si precisava che il meccanismo certficatorio avrebbe potuto funzionare soltanto se l'organo amministrativo – davanti al quale vengono formalizzati i rapporti di lavoro – fosse stato chiamato a svolgere anche un ruolo di «giudice» di prima istanza, qualora fosse instaurata 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 (oggi giudice del lavoro) . Magari introducendo – come peraltro è avvenuto nel d.lgs. 276/2003 attraverso il richiamo agli artt. 91, 92 e 96 c.p.c. –, alcuni accorgimenti volti a «dissuadere» le parti ad agire in giudizio mosse da pretese irragionevoli o vessatorie.

Le problematiche più spinose dell'istituto in esame ineriscono alla natura, all'efficacia e alla tenuta giudiziaria, nonché al macchinoso – e a tratti oscuro – sistema di impugnazione, nella cui trattazione si cercherà di dar conto delle diverse sfumature, ambiguità e polivalenze semantiche emerse sia nel dibattito dottrinale sia in sede politico-legislativa e per la cui analisi verrà richiesto talvolta uno sforzo interdisciplinare di non poco conto.

Si tenterà nella trattazione di smentire il giudizio largamente diffuso dell'inutilità dello strumento certificatorio, rilevando che la certificazione produce «effetti reali» che non sono frutto dell'affannosa ricerca interstiziale degli interpreti, quand'anche solo – e così non è – tali effetti fossero legati alla logica premiale congeniata dal legislatore per il ricorso all'istituto.

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE AL FENOMENO DELLA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI DI LAVORO.

SOMMARIO: 1.1. La primigenia idea di certificazione. -1.2. La differente logica dell'ipotesi per la predisposizione di uno «Statuto dei lavori». -1.3. Il d.d.l. «Smuraglia» e il Progetto di legge per uno «Statuto dei lavori» del 1998. -1.4. Dal d.d.l. della «Commissione Zamagni» al Libro Bianco -1.5. La certificazione nella «Legge Biagi». -1.6. Le novità introdotte dal «Collegato Lavoro».

1.1. La primigenia idea di certificazione

La previsione dello strumento certificatorio era stata ipotizzata da Vallebona in uno scritto del 1992¹, in cui l'autore notava come la posizione di relativa debolezza della maggior parte dei lavoratori nel momento di accesso all'occupazione rende imprescindibile un sistema di tutele esterne alla volontà delle parti. La debolezza contrattuale del lavoratore trova tutela nel controllo successivo del giudice inerente al rispetto delle norme inderogabili di fonte legale e collettiva. Secondo l'autore si potrebbe vagliare la possibilità di introdurre nel nostro ordinamento un controllo *ex ante* sulla validità delle disposizioni contrattuali. Si tratta della **c.d. volontà assistita**, già presente nel nostro ordinamento con riferimento – ma non solo – alle rinunzie e transazioni, soggette al regime di inoppugnabilità di cui all'art. 2113 ultimo comma c.c. In altri termini, alle norme seminderogabili – ovverosia le norme derogabili solo a mezzo di autonomia collettiva – si affiancherebbero le norme derogabili mediante l'autonomia individuale assistita.

¹ A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettiva per la volontà assistita*, *Dir.lav.*, 1992, I, 479 ss.

Il modello della volontà assistita potrebbe essere utilizzato anche per l'individuazione del tipo contrattuale e non semplicemente per la definizione delle disposizioni che regolamentano il rapporto di lavoro. Rispetto a quest'ultima funzione della certificazione è necessaria una riserva di riflessione sull'ancestrale tema dell'indisponibilità del tipo contrattuale² cui verrà dato corso nel capitolo successivo.

Il vantaggio di un sistema così delineato andrebbe individuato nella certezza sulla conformità delle previsioni contrattuali rispetto alle norme inderogabili, proprio perché su tali disposizioni è stato realizzato un preliminare controllo da un soggetto terzo individuato dalla legge, rimanendo, tuttavia, sempre impugnabile – in sede giudiziale – la difformità tra il programma negoziale e la sua successiva attuazione.

1.2. La differente logica dell'«Ipotesi per la predisposizione di uno «Statuto dei lavori»».

Nell'introduzione del presente lavoro si è avuto modo di accennare alle molteplici interpretazioni cui l'istituto in parola si presta e talune fra queste sono state poi trasfuse in proposte legislative dal contenuto sensibilmente differente.

La prima proposta legislativamente compiuta sulla certificazione è contenuta nell'«Ipotesi per la predisposizione di uno «Statuto dei lavori»». Si tratta di un documento elaborato in sede ministeriale nel 1997, su indicazione di Tiziano Treu e sotto la direzione scientifica di Marco Biagi³, poi sfociato in un progetto di legge il 25 marzo 1998: il Progetto di legge per uno «Statuto dei lavori»⁴ – c.d. Bozza Biagi – mai tradotto in un disegno formale di legge.

²Tenendo ben presente il principio d'indisponibilità stigmatizzato dalla famosa sentenza della Corte Costituzionale, 31 marzo 1994 n. 115, *NGL*, 1995, 175.

³Tale documento è rinvenibile in *QDLRI*, 1998, XXI, 347 ss.

⁴Per il testo integrale della bozza, v. T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Mulino, 2001, 169-178.

Per comprendere la logica del progetto di legge occorre fare un passo indietro e dar conto del clima politico-legislativo e delle opinioni dottrinali in tema di qualificazione del contratto di lavoro.

La qualificazione del contratto di lavoro costituiva – invero costituisce – una spina nel fianco per gli studiosi del diritto del lavoro, in quanto indissolubilmente connessa al fenomeno della fuga dal lavoro subordinato e ai crescenti fenomeni di lavoro nero, sommerso e irregolare.

Le posizioni dottrinali ⁵ in merito alla soluzione dell'annosa problematica summenzionata sono state riassunte all'interno dello stesso progetto di legge, nella parte dedicata alla «posizione del problema»:

- Una tutela minima di legge da accordare anche alle collaborazioni coordinate e continuativa, senza affermarne comunque il carattere di subordinazione, sostenuta nel Disegno di legge n. 2049 «Norme di tutela dei lavori «atipici»», d'iniziativa dei senatori Smuraglia, M. De Luca e altri⁶;
- Una maggiore flessibilità nella fase di costituzione, gestione e risoluzione dei rapporti di lavoro con particolare riferimento all'attenuazione della disciplina dei licenziamenti quale incentivo all'assunzione;
- Una rimodulazione delle tutele mediante l'individuazione di un *continuum* tra tipologie negoziali – il coordinamento economico-organizzativo della prestazione lavorativa nel ciclo produttivo operato da altri – superando, quindi, la netta distinzione tra autonomia e subordinazione, attraverso il riconoscimento di un nucleo di tutele minime riconosciute a tutte le forme contrattuali, mentre

⁵ Per un riepilogo del dibattito dottrinale del tempo v. L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, RIDL, 1990, I, 184 e F. LUNARDON, *L'evoluzione del concetto di subordinazione nell'elaborazione dottrinale*, in AA.VV., *Subordinazione e autonomia, vecchi e nuovi modelli*, UTET, 1998, 265 ss

⁶D.d.l consultabile in *QDLRI*, 1998, XXI, *cit.*

solo al lavoro subordinato verrebbero riconosciute tutte le tutele tipiche del diritto del lavoro;

- La valorizzazione dell'autonomia individuale negoziale che non intacchi un nucleo di tutele inderogabili e predisposte indifferentemente per il lavoratore autonomo e subordinato.

Nell'ipotesi per lo «Statuto dei lavori» non viene in realtà a trasfondersi nessuna di queste posizioni dottrinali. L'obiettivo posto in tale documento è quello di garantire una maggiore certezza del diritto in materia di rapporti di lavoro, anche mediante la certificazione dei contratti di lavoro, che deve essere imprescindibilmente accompagnata da un sistema di rimodulazione delle tutele. In questa prospettiva, la certificazione non sarebbe intesa come panacea per il mastodontico contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro ma la deflazione potrebbe essere un benefico effetto derivante dall'incremento della certezza intorno al modello contrattuale prescelto. L'effetto deflattivo sarebbe possibile soltanto se:

A) le parti non derogano all'applicazione di norme inderogabili che contengano tutele espressamente previste per il rapporto di lavoro subordinato, tenuto conto delle previsioni della Corte Costituzionale ed in particolare della sentenza del 31 marzo 1994 n. 115. Le parti non possono disporre – mediante una loro dichiarazione formale di volontà, seppur resa in sede autorevole – del tipo contrattuale, né tantomeno può essere inibito il ricorso al giudice per ottenere una nuova qualificazione del contratto di lavoro. L'attività di qualificazione rimane appannaggio del giudice, per cui la tenuta giudiziaria della certificazione risiede nel filtro pre-giudiziale di cui si dirà (*infra* lettera C);

B) che si tratti di un meccanismo volontario e incentivante per le parti;

C) l'organo amministrativo possa svolgere, nel caso in cui insorga una controversia inerente la qualificazione del rapporto di lavoro *ex post*, anche il ruolo di giudice di prima istanza (che si estrinseca nella previsione del tentativo di conciliazione obbligatorio che si atteggia a condizione di procedibilità della domanda). Ove il tentativo di conciliazione fallisca, il documento in commento, prevedeva l'attivazione del meccanismo arbitrale del tutto simile a quello previsto dall'art. 5, comma 6, della l. 108/1990) ovvero qualora l'arbitrato non sia instaurato, il giudizio davanti al Pretore del lavoro (oggi giudice del lavoro).

Si noti che il documento in oggetto, nel riferirsi all'espletamento del tentativo di conciliazione accenna a una fase «istruttoria», esperita dalla commissione di certificazione circa l'accertamento dei fatti narrati nel ricorso. La qual cosa significa che alla commissione di certificazione – in veste di conciliatore – non spetterebbe un ruolo meramente passivo. Il tentativo di conciliazione si sostanzierebbe in un vero e proprio giudizio d'impugnazione, innanzi allo stesso organo amministrativo che ha provveduto alla qualificazione, asserzione che si avrà modo di spiegare approfonditamente nell'ultimo capitolo. Tal giudizio – si legge nella bozza – potrebbe peraltro chiudersi con una mera nota informativa resa all'attore, in cui si ammonisce lo stesso della possibilità di subire la condanna alle spese processuali, nel caso in cui decida di incardinare l'azione di impugnazione della qualificazione del rapporto di lavoro.

Da quanto appena detto, sembrerebbe che l'idea dello «Statuto dei lavori» fosse prevedere un meccanismo di revisione della qualificazione, non per erroneità delle stessa, quanto semmai per una divergente attuazione del programma negoziale prescelto.

In altri termini, l'intervento dell'autorità giudicante sui rapporti certificati potrebbe essere imposto – secondo una lettura costituzionalmente orientata – vuoi dal mancato rispetto delle norme inderogabili e delle garanzie derivanti dal dettato della carta costituzionale, vuoi dalla necessità di assicurare la possibilità di agire sempre in giudizio per vedersi qualificare il rapporto di lavoro in maniera diversa da quanto operato in sede di certificazione;

D) si realizzi una distinzione tra l'area dell'inderogabilità assoluta e relativa, potendo quest'ultima trovare spazio sia nella contrattazione collettiva, sia in sede di certificazione del contratto (c.d. derogabilità assistita⁷) mediante un riassetto delle prestazioni previdenziali mediante l'individuazione di una tutela previdenziale e contributiva comune minima. Le tutele non ricomprese nel nucleo dei diritti universali potranno essere eventualmente rimodulate e adattate, anche in chiave promozionale, alle reciproche esigenze di lavoratori e imprese attraverso un rinvio permanente alla contrattazione collettiva per la definizione di assetti di tutele variabili a livello territoriale, settoriale o aziendale anche in deroga alle norme di legge, valorizzando altresì, mediante norme promozionali e di sostegno, il ruolo e le funzioni degli organismi bilaterali.

La rimodulazione delle tutele da parte della contrattazione collettiva potrà avvenire attraverso il riferimento ad alcuni indicatori dinamici come l'andamento economico della impresa, del territorio o del settore di riferimento con particolare riguardo alle

⁷ Sulla derogabilità assistita v. senza pretesa di esaustività, P. ALLEVA - A. ANDREONI - V. ANGIOLINI - F. COCCIA - G. NACCARI, *Un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti*, in AA.VV., *Lavoro: ritorno al passato*, Ediesse, 2002, 87; C. ROMEO, *Rilancio dell'autonomia privata nel diritto del lavoro e certificazione dei rapporti*, LG, 2003, 112; V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, RGL, 2003, I, 277; *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Atti del X convegno nazionale di diritto del lavoro Udine 10-11-12 Maggio 1991, Giuffrè, 1994; R. VOZA, *Norma inderogabile ed autonomia individuale assistita*, DLRI, 1998, 603 ss; ID., *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2007; G. PELLACANI, *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Giappichelli, 2002.

situazioni di crisi aziendale e occupazionale, all'avvio di nuove attività, alla realizzazione di significativi investimenti e ai più generali obiettivi di incremento della competitività e di emersione del lavoro nero e irregolare. Potranno altresì essere prese in considerazione le caratteristiche e la tipologia del datore di lavoro e dello stesso lavoratore con specifico riferimento all'anzianità continuativa di servizio, alla professionalità o alla appartenenza a gruppi svantaggiati ai sensi della regolamentazione comunitaria di riferimento. Specifiche modulazioni potranno essere previste anche per i contratti a contenuto formativo o di inserimento o reinserimento al lavoro, nonché in ragione delle concrete modalità di esecuzione dell'attività lavorativa con particolare riferimento alle collaborazioni coordinate e continuative rese a favore di un unico committente.

E) l'organo amministrativo svolgerà un'effettiva attività consulenziale preventiva per la determinazione del contratto sulla scorta di formulari e schemi, predisposti dal Ministero del Lavoro, avendo riguardo per le indicazioni giurisprudenziali relative ad ogni schema contrattuale. L'efficacia del meccanismo di certificazione dipenderà molto dalla puntualità con cui tali formulari (che verranno poi definiti nel d.lgs. 276/2003 codici di buone pratiche) individueranno gli indici.

In estrema sintesi, nell'Ipotesi per uno «Statuto dei lavori» la certificazione rappresentava il perno di un sistema che si proponeva di superare la *vexata* distinzione tra lavoro subordinato e autonomo, predisponendo un sistema di tutele a geometria variabile a partire da uno zoccolo duro di tutele da applicare a ogni tipologia contrattuale⁸.

⁸Cfr. M. BIAGI, *Le ragioni in favore di uno "Statuto dei nuovi lavori"*, IS, 1998, 41.

1.3. Il d.d.l. «Smuraglia» e il Progetto di legge per uno «Statuto dei lavori» del 1998.

Il disegno di Legge n. 2049-A, comunicato alla Presidenza il 29 gennaio 1997 (noto come d.d.l. «Smuraglia», dal nome di uno dei suoi promotori) proponeva di risolvere la vetusta problematica della qualificazione dei rapporti di lavoro mediante un'opera certosina di definizione concettuale di ogni fattispecie per poi procedere all'estensione di alcune tutele tipiche del lavoro subordinato anche ad altre tipologie di lavoro.

L'approccio tassonomico nell'ambito della qualificazione dei rapporti di lavoro ha dimostrato nel corso del tempo tutta la sua inadeguatezza, come palesato dalla creazione – di derivazione giurisprudenziale – di una serie di indici, identificanti il germe della subordinazione, di non chiara applicazione (non si comprende infatti quali siano indefettibili, quali invece sussidiari ed inoltre in che misura devono essere presenti per identificare un rapporto di lavoro subordinato), oltre che in affanno rispetto alla mutevolezza che caratterizza il mercato del lavoro⁹.

Il progetto di uno «Statuto dei lavori», c.d. «Bozza Biagi», elaborato in sede ministeriale nei primi mesi del 1998, su indicazione dell'allora Ministro del Lavoro Tiziano Treu, ma mai tradotta in un disegno di legge formale, invece, muoveva dall'assunto opposto, ovvero l'inanità di ogni sforzo definitorio e classificatorio delle differenti attività di lavoro.

Il 4 febbraio 1999 il Senato della Repubblica ha licenziato il Disegno di Legge n. 2049, recante «Norme per la tutela dei lavori «atipici»». Il testo approvato rappresenta il risultato di un parziale compromesso tra l'originario d.d.l. «Smuraglia» e la c.d. «Bozza Biagi». Si occupava della certificazione, quale istituto introdotto al fine di ridurre il

⁹Per una recente analisi degli indici di subordinazione v. E.GHERA, *Il lavoro autonomo nella riforma del diritto del lavoro*, RIDL, IV, 2014, 501 ss.

contenzioso in materia di qualificazione del rapporto di lavoro, l'art. 17 del predetto decreto, mediante la previsione di una delega legislativa al Governo ispirata ai seguenti principi:

a) individuazione dell'organo preposto alla certificazione nell'organismo bilaterale di settore istituito dai contratti o accordi collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero, in caso di sua mancata costituzione, nella Direzione provinciale del lavoro, con previsione della presenza paritetica delle predette organizzazioni sindacali;

b) definizione delle modalità di organizzazione delle sedi di certificazione e di tenuta della relativa documentazione;

c) indicazione del contenuto della certificazione, da riferire alla descrizione dei dati di fatto risultanti dal contratto scritto di cui all'articolo 3 e dalle dichiarazioni dei contraenti anche in relazione alle tipologie contrattuali ed alle modalità di svolgimento della prestazione, in rapporto a quanto eventualmente definito dalla contrattazione collettiva di cui all'articolo 1, comma 2;

d) in caso di controversia sull'effettiva corrispondenza delle mansioni in concreto svolte e delle modalità effettive della prestazione rispetto a quanto risultante dalla documentazione, ovvero sulla qualificazione del contratto, valutazione da parte dell'autorità giudiziaria competente anche del comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione;

e) verifica dell'attuazione delle disposizioni, dopo dodici mesi dalla data della loro entrata in vigore, da parte del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sentite le organizzazioni sindacali di cui alla lettera a).

Si tratta di una previsione legislativa sicuramente differente rispetto a quella individuata dal Titolo VII del Progetto per uno «Statuto dei lavori» poiché svincolata da un più esteso progetto di rimodulazione delle tutele del diritto del lavoro e delle prestazioni previdenziali, che riduca le ragioni sostanziali del contenzioso e modifichi l'assetto delle discipline, oggi troppo sbilanciate a favore del lavoro subordinato¹⁰. In altri termini incidere sul gioco delle convenienze – previdenziali e contributive – che dirigono le parti verso la scelta surrettizia di una tipologia contrattuale.

Nella bozza di «Statuto di lavori» il meccanismo di validazione amministrativa dei rapporti di lavoro era strumentale (anche) alla individuazione di un'area di inderogabilità relativa (affiancata a una area di inderogabilità assoluta e come tale intangibile), gestibile dalla parti collettive in sede di contrattazione collettiva e/o dalle parti individuali in sede di costituzione del rapporto di lavoro ma, in quest'ultimo caso, solo davanti all'organo amministrativo (retribuzioni sopra la soglia della sufficienza, gestione dei percorsi di carriera, durata del preavviso, stabilità del rapporto, trattamento in caso di sospensione del rapporto, modulazione dell'orario di lavoro, etc.)¹¹. Estrapolato dal contesto complessivo di riforma del diritto del lavoro delineato nella bozza di «Statuto dei lavori» il meccanismo di certificazione dei rapporti di lavoro non può invece che suscitare alcune forti perplessità¹².

¹⁰ T. TREU, *Intervento*, in AA.VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione e autonomia*, Cacucci, 1997, 228; M. BIAGI, *Le ragioni in favore di uno "Statuto dei nuovi lavori"*, cit.; M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori "atipici" e la sua tenuta giudiziaria*, DRI, 1999, 108.

¹¹ M. BIAGI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertiumgenus o codificazione di uno Statuto dei lavori?*, www.adapt.it, 13

¹² *Ibidem*.

1.4. Dal d.d.l della «Commissione Zamagni» al Libro bianco

La previsione nel d.d.l. «Smuraglia» dell'istituto della certificazione non aveva, di fatto, avuto seguito. La stessa ipotesi di introdurre il meccanismo certificatorio nell'ambito della prestazione di lavoro resa in cooperativa era stata espunta dalla bozza elaborata della *Commissione di studio per la revisione della legislazione in materia cooperativa con particolare riferimento alla posizione del socio-lavoratore* (c.d. Commissione Zamagni) al momento della approvazione della legge 3 aprile 2001 n. 142¹³.

Parimenti poco incisivo, invero, lo schema di delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro contenuto nel d.d.l. 848 del 2001, in quanto riproduzione sostanzialmente fedele della disposizione dell'art. 17 del d.d.l. «Smuraglia»¹⁴. Anche in tal caso, si prescindeva da una riforma dell'impianto lavoristico di più ampio respiro e, di conseguenza, emergeva chiaramente la sola funzione deflattiva della certificazione.

Di certificazione si torna a parlare nel Libro Bianco sul mercato del lavoro del 2001, in cui si prospettava una rimodulazione delle tutele tipiche del lavoro subordinato ipotizzando, mediante il ricorso alla certificazione, di individuare diritti indisponibili in senso relativo, ossia derogabili sia in sede individuale sia in sede collettiva¹⁵. Evidente è la linea di continuità con l'Ipotesi per uno «Statuto dei lavori».

Si legge, difatti, nel Libro Bianco – paragrafo I.3.5. – «Il Governo pertanto invita le parti sociali a valutare la possibile ridefinizione del rapporto fra momento collettivo ed individuale nella regolazione del rapporto di lavoro, rendendo possibile la definizione di assetti regolatori effettivamente conformi agli interessi del singolo lavoratore ed alle

¹³ L'abbandono dell'idea di certificazione è stata commentata con assoluto rammarico da M. BIAGI, *La nuova disciplina applicabile al socio lavoratore di cooperativa*, in *Omaggio a Marco Biagi (Raccolta degli scritti 1997-2002)*, fascicolo speciale di Guida al Lavoro, 16. *Contra* L. DE ANGELIS, *Art. 9 – Delega al governo in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI – M. MISCIONE, *Il diritto del lavoro dal «Libro Bianco» al Disegno di legge delega*, Ipsoa, 2002, 97.

¹⁴ M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione*, cit., 114.

¹⁵ Libro Bianco, §I.3.5

specifiche aspettative in lui riposte dal datore di lavoro, nel contesto d'un adeguato controllo sociale. In aggiunta si potrebbero studiare percorsi a garanzia della effettiva volontà del lavoratore (per realizzare una sorta di «derogabilità assistita», secondo meccanismi di certificazione e/o validazione della volontà individuale), ad opera di istituzioni pubbliche o anche delle stesse parti sociali, al fine di corrispondere alle attese di flessibilità delle imprese ma anche alle nuove soggettività dei prestatori di lavoro».

Di certificazione – quale strumento deflattivo – si torna a parlare nel § II.3.6: «Il Governo intende, infine, sperimentare una procedura di certificazione al fine di ridurre il contenzioso in materia di rapporti di lavoro, consentendo quindi alle parti di procedere alla stipulazione di contratti a progetto diminuendo grandemente il rischio di contenzioso».

La proposta è di delegare per legge il Governo ad emanare una disciplina in materia ispirata ai seguenti criteri e principi direttivi:

- carattere volontario e sperimentale della procedura di certificazione;
- individuazione dell'organo preposto alla certificazione del rapporto di lavoro in enti bilaterali costituiti ad iniziativa delle associazioni imprenditoriali e delle organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative, ovvero nella Direzione provinciale del lavoro;
- definizione delle modalità di organizzazione delle sedi di certificazione e di tenuta della relativa documentazione;
- indicazione del contenuto e della procedura di certificazione;
- in caso di controversia sull'esatta qualificazione del rapporto di lavoro realizzato, valutazione da parte dell'autorità giudiziaria competente anche del comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione.

Peraltro, a chiosa del paragrafo sul contratto di lavoro a progetto e al fine di evitare un abuso di tale tipologia contrattuale, il Libro Bianco prevedeva che i contratti di lavoro parasubordinato non potessero essere convertiti in contratti di lavoro subordinato, senza che le parti esperissero la procedura di certificazione. Si sottolinea, quindi, che l'abuso del contratto a progetto continua a perpetrarsi tant'è che si sono succeduti una serie d'interventi volti a circoscriverne l'utilizzazione fraudolenta, non da ultimo la stretta sulle collaborazioni coordinate e continuative del *Jobs Act*, che, per diventare definitiva, necessiterà di appositi decreti delega¹⁶.

1.5. La certificazione nella «legge Biagi».

Alla certificazione dei contratti di lavoro erano state riconosciute diverse funzioni: assicurazione, derogabilità assistita, deflazione, certezza nella qualificazione dei contratti di lavoro¹⁷.

Nell'art. 5 della l. 30 del 2003 rubricato «Delega al Governo in materia di certificazione dei rapporti di lavoro» e nel successivo d.lgs. 276/2003 alcune di queste funzioni non hanno trovato attuazione. In particolare il riferimento è alla derogabilità assistita, che rappresentava, al tempo stesso, la sfumatura più interessante e problematica dell'istituto in parola. Alle commissioni di certificazione, individuate all'art. 76 del d.lgs 276/2003 – di cui ci si occuperà diffusamente *infra* – non era stato assegnato il ruolo di assistenza delle parti per la derogazione delle norme imperative, bensì la realizzazione di un giudizio di ascrizione del fatto contrattuale al tipo e, quindi, la verifica della coerente applicazione della disciplina lavoristica allo schema negoziale prescelto.

¹⁶ Art. 1, comma 7.

¹⁷ L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, RIDL, I, 2004, 239

La certificazione, quindi, così come predisposta dal legislatore, sarebbe da intendere come uno strumento deflattivo «inteso a dare certezza al tipo contrattuale prima e fuori dal giudizio»¹⁸. In particolare stabilità qualificatoria esclusivamente rispetto ai contratti menzionati dall'art. 75, ossia al lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale, a progetto e di associazione in partecipazione di cui agli articoli 2549-2554 del codice civile¹⁹.

L'esigenza di certezza viene manifestata non soltanto in ordine alla qualificazione del solo contratto di lavoro, ma anche rispetto alle rinunzie e transazioni, quali negozi di natura dispositiva, al regolamento delle cooperative, quale atto unilaterale societario, alla genuinità del contratto di appalto, nell'ambito delle c.d. «Altre procedure di certificazione» di cui agli artt. 82-84.

Il legislatore ha inteso costruire una procedura di carattere volontario che trae le mosse da un'istanza congiunta delle parti contraenti, di cui si vuole dare qui sinteticamente conto, atteso che sarà oggetto di trattazione specifica nel corso della trattazione. Di tale istanza l'organo certificatore dà notizia alla Dtl, che provvede, a sua volta, ad inoltrarla alle autorità pubbliche nei confronti delle quali la certificazione è destinata a produrre effetti.

Il procedimento di certificazione deve concludersi entro 30 giorni dalla data del ricevimento dell'istanza suddetta. Il provvedimento risultante deve essere motivato, deve contenere il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere nonché l'esplicita

¹⁸ M.G.GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, 2005, 783.

¹⁹ L'elencazione aveva – per la dottrina dominante – carattere tassativo. V.SPEZIALE, *Le finalità e gli effetti della nuova disciplina e le ipotesi nelle quali è possibile utilizzare la procedura di certificazione*, in SPEZIALE V., LUNARDON F., BELLOCCHI P. (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, vol. IV, 2004, 156.

menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione.

L'art. 78 del d.lgs. 276/2003 prevedeva, inoltre, che entro sei mesi dall'entrata in vigore del citato decreto, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali avrebbe adottato con proprio decreto nuovi codici di buone pratiche 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, nuovi appositi formulari e moduli per la certificazione del contratto e del relativo programma negoziale, tenuto conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro. Si avrà modo di spiegare come la previsione dell'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione sia piuttosto equivoca, posto che la finalità di «derogazione assistita» che non è stata riconosciuta dal decreto legislativo in commento all'istituto.

Ai sensi dell'art. 79 gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'articolo 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari.

Contro l'atto di certificazione (e non contro il contratto certificato, si badi bene) le parti possono proporre ricorso al giudice del lavoro, individuato ai sensi dell'art. 413 c.p.c. per erronea qualificazione del contratto, oppure per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione, ovvero ancora per vizi del consenso.

L'accertamento giurisdizionale dell'erroneità della qualificazione produce effetti fin dal momento della costituzione del rapporto di lavoro. La difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione, accertata all'esito del giudizio, ha

effetto dal momento in cui la sentenza accerta che ha avuto inizio la difformità. I vizi del consenso, invece, dovrebbero determinare l'annullamento del contratto con efficacia *ex nunc*, nel rispetto delle generali previsioni dell'invalidità in materia contrattuale.

Del comportamento delle parti in sede sia di certificazione sia di definizione della controversia l'autorità giudiziaria potrà tenere conto ai sensi degli artt. 91, 92, e 96 del codice di rito.

Il ricorso anzidetto deve essere preceduto dall'espletamento del tentativo di conciliazione obbligatorio ai sensi dell'art. 410 c.p.c. (ora reso facoltativo dal «Collegato Lavoro») presso lo stesso organo che ha emesso il provvedimento impugnato.

Contro l'atto di certificazione è altresì possibile ricorrere al TAR nel caso di violazione del procedimento e di eccesso di potere.

1.6 Le novità introdotte dal «Collegato Lavoro»

Il testo originario dell'art. 75 del d.lgs. 276/2003 rappresentava una risposta in ordine alla crescente domanda di certezza nella qualificazione dei c.d. contratti atipici. La limitazione oggettiva rispetto all'elencazione tassativa delle tipologie contrattuali che potevano essere sottoposte al vaglio della procedura di certificazione venne meno con il decreto correttivo n. 241 del 2004 per lasciare spazio alla generica dicitura «contratti di lavoro».

Con la l. n. 183/2010 – altrimenti nota come «Collegato Lavoro» – si assiste a un ulteriore allargamento dell'oggetto del procedimento certificatorio che ricomprende:

1) ogni contratto in cui sia dedotta direttamente o indirettamente una prestazione di lavoro;

2) tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo ai fini del licenziamento;

3) clausole compromissorie ai fini dell'arbitrato.

L'art. 30 comma 4 del «Collegato Lavoro» ha così modificato l'art. 75 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni:

«Art. 75. - (Finalità). - 1. Al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro secondo la procedura volontaria stabilita nel presente titolo».

L'intento del legislatore era quello di rilanciare lo strumento certificatorio, visto la scarsa operatività che aveva dimostrato nel settennio dalla sua entrata in vigore. Intento, peraltro, sempre indissolubilmente riconnesso alla finalità deflattiva quale effetto riflesso della maggior certezza qualificatoria del rapporto di lavoro. Il legislatore intendeva conferire maggiore incisività ed efficacia alla qualificazione del contratto operata in sede di certificazione come si palesa nel comma 2 dell'art. 30 a mente del quale: «Nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276, e successive modificazioni, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione».

Seppur commendevole l'intento del legislatore di «blindare» il provvedimento di certificazione, la trasfusione nella disposizione di legge lascia perplessi in merito ad un possibile rafforzamento dell'efficacia dello strumento certificatorio, posto che si tratta di una pleonastica precisazione in ordine alla valenza da assegnare alla volontà delle

parti nella scelta del contratto da qualificare, e rilevato, peraltro, che nulla è mutato rispetto ai motivi di impugnazione della stessa individuati dall'art. 80.

Analizzando, nel merito, la disposizione di legge l'estensione dei contratti certificabili alle prestazioni di lavoro in genere consente di aprire ai contratti d'opera o associazioni tra imprese, contratti di lavoro autonomo o di somministrazione, di subfornitura, purché in questo contratto sia dedotta direttamente o indirettamente una prestazione di lavoro²⁰.

Un elemento di novità assoluta è rappresentato nel comma 3 dell'art. 30 del «Collegato Lavoro» a tenore del quale: «Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni».

Le parti possono, quindi, determinare *ex ante* le ipotesi cui consegue il licenziamento e tali previsioni possono essere validate in sede di certificazione e divenire vincolanti in sede giudiziale per la motivazione poste a base del recesso. La qual cosa, si badi bene, non significa che il giudice debba attenersi alle previsioni sulla validità del motivo di recesso, espresse a priori dalle parti in sede di certificazione, piuttosto che il giudice laddove intenda discostarsene debba darne atto nella motivazione del provvedimento. Sarebbe, difatti, di dubbia costituzionalità l'interpretazione per cui il giudice non possa opinare in alcun modo le statuizioni delle parti sulla validità del recesso che, seppur realizzate in una sede «protetta», non possono essere epurate dall'effetto dissuasivo, se

²⁰ Si apre quindi anche ai contratti commerciali, quali quelli di franchising, engineering, marketing, subfornitura. Per un elenco delle nuove tipologie contrattuali certificabili, v. G. FERRARO, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. CINNELLI- G- FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare, dal D.d.l. n. 112/200 alla riforma del lavoro pubblico*, Utet, 2009, 555.

non addirittura intimidatorio, che è determinato in capo al lavoratore nel momento della stipulazione del contratto, posto che la debolezza contrattuale del lavoratore raggiunge l'acme proprio nel momento costitutivo del rapporto.

Si tratta delle medesime perplessità manifestate dal Presidente della Repubblica durante l'iter di approvazione della l. 183/2010 rispetto alla clausola compromissoria e di cui si renderà miglior conto *infra*. In quella sede, si pensò di ovviare ai problemi relativi allo *status subiectionis* del lavoratore, statuendo – nella versione finale del provvedimento legislativo – che la clausola compromissoria non avrebbe potuto attenersi ai licenziamenti, differendone la sottoscrizione alla conclusione del patto di prova, ove previsto, ovvero di trenta giorni rispetto al momento di stipulazione del contratto e imponendone – a pena di nullità – la certificazione. Orbene, si esprimono molti dubbi sul fatto che la certificazione²¹ e la frattura temporale di trenta giorni o della conclusione del periodo di prova, possano costituire un'effettiva garanzia per la genuina e non condizionata formazione della volontà del lavoratore. Anzi, i dubbi espressi dal Capo dello Stato, a parere di chi scrive, sono pienamente integri e attuali dopo la stesura definitiva della legge. Quel che stupisce maggiormente, tuttavia, è che il dibattito in sede sindacale e dottrinale, sia stato infocato sulla clausola compromissoria che poteva sottrarre al giudice le controversie inerenti al recesso del contratto di lavoro, mentre sia passata quasi in sordina la possibilità di farne validare i motivi, sottraendo, di fatto, anche in questo caso al giudice la possibilità di vagliarne la legittimità. Preoccupazioni che possono rientrare solo laddove s'interpreti la disposizione del

²¹Sui profili inerenti alla certificazione si rinvia, senza pretesa di completezza, C. CESTER, *La clausola compromissoria nel Collegato lavoro 2010*, LG, 30-33.; V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel «Collegato lavoro»*, DLM, 2010, 146 ss.; R. STAIANO, *Il nuovo processo del lavoro*, Cedam, 2010, 216-219; A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro*, www.adapt.it, §2.; M. MISCIONE, *Il Collegato lavoro proiettato al futuro*, LG, 2011, 6-9. S. CENTOFANTI, *Accordi preventivi e accordi contingenti per la scelta delle forme di arbitrato nel Collegato lavoro 2010*, *ivi*, 101-102.

«Collegato lavoro» nei termini anzidetti, ovverosia nella necessità che il giudice renda conto nella motivazione del provvedimento decisorio delle ragioni per cui si è discostato dalle valutazioni di legittimità del licenziamento rese dalle parti e validate in sede di certificazione.

Tornando alle novità del «Collegato lavoro», ai sensi del comma 12 dell'art. 31, gli organi di certificazione possono istituire camere arbitrali per la definizione, ai sensi dell'articolo 808 *ter* del codice di procedura civile, ovvero con gli effetti dell'arbitrato di natura irrituale, delle controversie nelle materie di cui all'articolo 409 del medesimo codice e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Le commissioni possono concludere convenzioni con le quali prevedano la costituzione di camere arbitrali unitarie. Si applica, in quanto compatibile, l'articolo 412, commi terzo e quarto, del codice di procedura civile, ovverosia le norme sull'arbitrato irrituale dinnanzi alle commissioni di conciliazione.

Disposizione conferente con l'estensione – operata dal comma 13 dell'art. 30 del «Collegato lavoro» – del ruolo conciliativo ai sensi dell'art. 410 c.p.c. delle commissioni di certificazione, e quindi, non più concernente unicamente l'impugnazione dell'atto certificatorio emanato da loro stesse, ma ogni vertenza che trovi nel rapporto di lavoro la propria *causa petendi*.

Infine, il comma 17 dell'art. 30 della summenzionata legge interviene sull'efficacia del provvedimento di certificazione aggiungendo all'art. 79 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 il seguente comma: «Gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro, nel caso di contratti in corso di esecuzione, si producono dal momento di inizio del contratto, ove la commissione abbia appurato che l'attuazione del medesimo è stata, anche nel periodo precedente alla

propria attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede. In caso di contratti non ancora sottoscritti dalle parti, gli effetti si producono soltanto ove e nel momento in cui queste ultime provvedano a sottoscriverli, con le eventuali integrazioni e modifiche suggerite dalla commissione adita».

Gli effetti del provvedimento certificatorio possono, quindi, retroagire al momento della stipulazione del contratto di lavoro nel caso in cui la commissione, nell'espletamento dell'attività istruttoria che le compete, sia in grado di accertare che il rapporto di lavoro si svolgeva nel periodo precedente all'istanza di certificazione, secondo modalità coerenti con quanto accertato in tale sede. Mentre, qualora il contratto non sia ancora in vigore tra le parti, gli effetti della certificazione si produrranno dal momento della sottoscrizione, sottolineando l'importanza, in fase consulenziale, dei suggerimenti che l'organo certificatore può prestare alle parti.

In ultimo occorre rilevare che l'art. 1, comma 256, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 aveva aggiunto nell'art. 76, comma 1, che individua gli organi deputati all'espletamento della procedura certificativa, le lettere:

- *c-bis*) il Ministero del lavoro e delle politiche sociali - Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro, esclusivamente nei casi in cui il datore di lavoro abbia le proprie sedi di lavoro in almeno due province anche di regioni diverse ovvero per quei datori di lavoro con unica sede di lavoro associati ad organizzazioni imprenditoriali che abbiano predisposto a livello nazionale schemi di convenzioni certificati dalla commissione di certificazione istituita presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nell'ambito delle risorse umane e strumentali già operanti presso la Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro;

- *c-ter*) i consigli provinciali dei consulenti del lavoro di cui alla legge 11 gennaio 1979, n. 12, esclusivamente per i contratti di lavoro instaurati nell'ambito territoriale di riferimento senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Mentre, sempre secondo la stessa previsione di legge, dopo il comma 1 è stato inserito il comma 1-*bis* che recita «Nel solo caso di cui al comma 1, lettera *c-bis*), le commissioni di certificazione istituite presso le direzioni provinciali del lavoro e le province limitano la loro funzione alla ratifica di quanto certificato dalla commissione di certificazione istituita presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali».

Il «Collegato Lavoro» interviene sulla lettera *c-ter* dell'articolo 76, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, inserendo la previsione: «e comunque unicamente nell'ambito di intese definite tra il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e il Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro, con l'attribuzione a quest'ultimo delle funzioni di coordinamento e vigilanza per gli aspetti organizzativi».

CAPITOLO SECONDO

CERTIFICAZIONE E NORMA INDEROGABILE: UNA CONVIVENZA

TUTT'ALTRO CHE PACIFICA.

SOMMARIO: 2.1. Norma inderogabile: definizione. -2.2. Inderogabilità della norma e indisponibilità dei diritti. -2.3. Inderogabilità e composizione stragiudiziale delle controversie dopo il «Collegato lavoro». -2.3.1. La conciliazione e la derogabilità delle norme. -2.3.2. L'arbitrato presso le commissioni di certificazione. -2.3.3. L'arbitrato presso le commissioni di certificazione e le norme inderogabili. -2.3.4. L'apertura all'arbitrato di equità. 2.3.5 La clausola compromissoria e la certificazione. -2.4. Certificazione e derogabilità assistita.

2.1 Norma inderogabile: definizione.

Come ricordato nel cap. 1, la possibilità che alla certificazione venisse assegnata una funzione di «derogazione assistita» della volontà individuale aveva generato reazioni piuttosto accese. Le resistenze della dottrina erano legate alla destrutturazione del sistema del diritto del lavoro che deriverebbe dalla possibilità di derogare a norme cogenti di legge e di contratto collettivo, mediante l'assistenza alle parti della Commissione di certificazione, posto che il diritto del lavoro è storicamente imperniato nelle norme categoriche, «almeno da quando è stata abbandonata l'idea ottocentesca che l'autonomia contrattuale potesse costituire un referente idoneo a sorreggere la subordinazione, con tutto il suo carico di compressione degli spazi di libertà del lavoratore¹». La storia del diritto del lavoro vede, quindi, il lavoratore come *capite deminutus* ed è proprio la sua debolezza contrattuale nel mercato del lavoro che

¹ O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro, in Autonomia individuale e rapporto di lavoro: Atti del X congresso nazionale di diritto del lavoro*, Udine 10-11-12 maggio 1991, Giuffrè, 3.

giustifica la forte integrazione eteronorma e la conseguente esaltazione del ruolo della norma inderogabile².

La definizione di norma inderogabile si presenta tutt'altro che agevole, specie laddove si vogliano salvaguardare le sfumature semantiche che contraddistinguono i termini «inderogabile», «cogente», «imperativo», in quanto corrispondenti a concetti giuridicamente non assimilabili³.

L'impostazione qui scelta non distingue tra gli attributi su espressi, in considerazione della labile – e talvolta arbitraria – classificazione che viene da più parti operata e rilevato che nessun elemento definitorio può essere rinvenuto nella legge.

Passando alla definizione di norma inderogabile, essa rappresenta una categoria che ricomprende il diritto cogente, «costituita da tutti quei precetti che, in forza della particolare posizione assunta nei confronti dell'autonomia privata, si contrappongono alle norme dispositive, la cui disciplina può bene essere derogata dai privati»⁴. La norma derogabile, per converso, si applica laddove i suoi destinatari non abbiano

² Per una ricostruzione dell'evoluzione storica della legislazione a tutela del lavoratore v. R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976, 8 ss, nonché O. Mazzotta, *op. cit.*, 4 ss. Sulla norma inderogabile, v. oltre alle citazioni operate, A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, 2003; ID., *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, RGL, I, 2008; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, DRLI, 2008, 341; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, RCDP, 1985, 437 ss; P. FABRIS, *L' indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Giuffré, 1978; M. NOVELLA, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, ADL, 2003, 509 ss; ID., *L'inderogabilità nel diritto del lavoro: norme imperative e autonomia individuale*, Giuffré, 2009; OCCHINO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, RGL., 2008, 183 ss C. ROMEO, *L'inderogabilità del diritto tra crisi e nuove prospettive*, LG., 2002; U. RUNGALDIER, *Osservazioni sulla inderogabilità delle disposizioni dei contratti collettivi di cui all'art. 2113 c.c.*, RTDPC, 1980, 290 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, 1961, 217 ss.; P. TULLINI., *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno.*, DRLI, 2008, 423-498; R. VOZA., *Norma inderogabile e autonomia privata assistita*, *ivi*, 1998, 603 ss., ID., *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2007.

³ La tripartizione è proposta da V. SIMI, *Il favore dell'ordinamento per i lavoratori*, Giuffré, 1967, 114. Per ulteriori riferimenti, v. R. DE LUCA TAMAJO, *op.cit.*, 18, nt. 15.

⁴ *Ibidem*, 18.

diversamente disposto⁵ e assegna al suo destinatario un potere di deroga, esercitando il quale, egli si sottrae dal novero dei precettati della norma⁶.

La norma cogente nasce come strumento del tutto marginale in ordinamenti ispirati all'ideologia liberale-individualistica, per poi divenire ordinario mezzo di regolamento dei rapporti giuridici a seguito del passaggio da Stato di diritto a Stato sociale⁷.

La sua funzione è di tutelare alcune categorie di soggetti attraverso la svalutazione dell'autonomia contrattuale delle parti e la sua sostituzione con il meccanismo dell'inderogabilità del regolamento contrattuale. Tuttavia, se nell'ordinamento giuridico privatistico trae scaturigine dal cambiamento del sistema giuridico e dei suoi presupposti ideologici, nel diritto del lavoro la crescente utilizzazione della norma cogente è del tutto slegata da vicende di natura evolutiva⁸. Il diritto del lavoro è geneticamente e storicamente caratterizzato dalla sottrazione degli interessi del lavoratore al libero gioco dell'autonomia privata⁹ e presuppone «l'intervento dello stato al fine di temperare le aspre contese che la diseguaglianza fra classi genera e di equilibrare con il sussidio del potere d'imperio, la debolezza di una classe verso la forza soverchiante di un'altra, tale ipotesi contiene sempre e necessariamente una limitazione della libertà individuale»¹⁰.

Pare evidente, quindi, che la norma inderogabile comporta come conseguenza inevitabile la rigidità della struttura contrattuale e la compressione della volontà delle parti, sebbene sorgano molti dubbi sul fatto che nel mercato del lavoro attuale persistano quelle ragioni preminenti che hanno messo in moto l'intervento dello stato a

⁵ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, IX, ed., Giuffrè, 1991, 180-181

⁶ P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, 1969, 20.

⁷ R. DE LUCA TAMAJO, *op.cit.*, 36-37 e 44-45.

⁸ *Ibidem*, 46.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ V. E. ORLANDO, *La relazione alla legge del '28 sull'impiego privato*, in *Scritti vari*, 164.

protezione della forza-lavoro a seguito della rivoluzione industriale¹¹. Parrebbe, invece, che abbiano preso piede esigenze di flessibilizzazione del rapporto di lavoro che non dovrebbero rimanere inascoltate e che troverebbero miglior tutela attraverso un'individuale definizione contrattuale che non si trovi imbrigliata nelle maglie della norma inderogabile.

2.2. Inderogabilità della norma e indisponibilità dei diritti.

L'indisponibilità del diritto rappresenta una limitazione al potere dismissorio del prestatore di lavoro, basata sul presupposto della permanente incapacità di una congrua autodeterminazione del prestatore in pendenza di rapporto e che tende a garantirgli la possibilità di far valere i suoi diritti a rapporto cessato, nonché a disconoscere l'efficacia agli atti o comportamenti abdicativi o inerti del prestatore, che pur avrebbero prodotto l'estinzione della situazione giuridica attiva¹².

Parimenti che per l'inderogabilità, l'indisponibilità¹³ deriva da argomentazioni socio-politiche volte a presidiare le dimissioni dei diritti operate dai lavoratori in maniera poco cosciente. La conformità di scopi delle due categorie potrebbe indurre a ritenere che all'inderogabilità della norma segua, come conseguenza necessaria e naturale, l'indisponibilità dei diritti, come peraltro è stato autorevolmente sostenuto da una parte minoritaria della dottrina¹⁴. Si tratterebbe di due modi di vedere uno stesso fenomeno, ossia di porre l'accento vuoi sul rapporto tra la norma e il soggetto (indisponibilità),

¹¹ La moderna storiografia riconnette l'interventismo statale in materia laboristica come conseguenza della rivoluzione industriale e della necessità di tutelare «così tanti lavoratori e così tanto lavoro in così poco spazio» (A. ACCORNERO, *Il mondo della produzione*, Il Mulino, 1994, 139);

¹² Si tratterebbe di un favor di natura processuale secondo A. PROTO PISANI, *Studi di diritto processuale del lavoro*, Giuffrè, 2010, 65 ss.

¹³ Per il rapporto tra inderogabilità-indisponibilità, oltre ai riferimenti che seguiranno nelle successive note, v. P. FABRIS, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore*, cit., passim; A. PIZZOFERRATO, *La giustizia privata del lavoro*, Cedam, 2005, 189 ss; C. ROMEO, *L'inderogabilità del diritto tra crisi e nuove prospettive*, cit., 92.

¹⁴ R. DE LUCA TAMAJO, *op.cit.*, 247.

vuoi tra il soggetto e l'interesse superindividuale che la norma cogente tutela (inderogabilità)¹⁵.

Non può tacersi che l'assimilazione dei due concetti potrebbe essere smentita dalle diverse conseguenze ricollegate alla violazione dell'una piuttosto che dell'altra: la costruzione del regolamento contrattuale in violazione di norme inderogabili di legge, determina la nullità e la sostituzione automatica di dette clausole ai sensi dell'art. 1418 c.c., mentre nel caso di dissipazioni dei diritti del lavoratore non disponibili opera l'art. 2113 c.c. che dispone l'invalidità di dette clausole. Orbene, se il legislatore avesse inteso entrambi i concetti come assimilabili, all'indisponibilità sarebbe seguita la nullità del negozio. Invero, l'art. 2113 c.c. prevede l'invalidità delle disposizioni – qualificata come annullabilità – se impugnate entro sei mesi dalla cessazione del rapporto ovvero dalla data della rinuncia o transazione, se successiva alla cessazione del rapporto. Potrebbe quindi essere legittimo chiedersi perché quest'antinomico trattamento per fenomeni che dovrebbero essere collocati sul medesimo piano. La risposta viene data da quella dottrina che riconosce invece come inderogabilità e indisponibilità «non stanno sullo stesso piano»¹⁶.

Solo i negozi contrari a norme imperative sono nulli. I negozi di rinuncia e transazione non sono, di fatto, contrari alle norme che contemplano i diritti medesimi perché ad essere colpito è l'atto dispositivo di diritti che sono già stati acquistati dal prestatore¹⁷ e sono pertanto annullabili. Non rappresenterebbero «testa e croce di un medesimo fenomeno»¹⁸: per cui l'inderogabilità non determina l'invalidità degli atti di

¹⁵ MAZZOTTI DI CELSO, *Profili di autotutela nei rapporti di lavoro*, Jovene, 1963, 138.

¹⁶ G. PERA, *Le rinunce e le transazioni. Art. 2113*, in *Il Codice Civile. Commentario diretto da P. SCHLESINGER*, Giuffrè, 1990, 34

¹⁷ F. SANTORO-PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore di lavoro*, *GCCC*, 1948, 53 che parla solo di eventuale connessione tra inderogabilità e indisponibilità.

¹⁸ M. GRANDI, *L'arbitrato irrituale del diritto del lavoro*, Giuffrè, 1963, 369.

disposizione dei diritti, bensì degli atti che impedirebbero l'acquisizione dei diritti stessi¹⁹. Inderogabilità e indisponibilità attengono rispettivamente l'uno alla norma giuridica – e quindi al rapporto tra le fonti – e l'altro alla situazione soggettiva che ne deriverebbe e pertanto, si colloca nei limiti imposti all'autonomia negoziale²⁰.

Si tratterebbe di scindere la fase genetica dell'attribuzione dei diritti – presidiata dalla nullità – dalla fase funzionale del loro concreto esercizio – assoggettata all'invalidità *ex art. 2113 c.c.*²¹. Questa cesura netta è stata oggetto di aspre critiche in dottrina, anche da parte di chi sosteneva che l'inderogabilità non comportasse automaticamente indisponibilità, atteso che entrambi i momenti – genetico e funzionale – concernessero il medesimo rapporto giuridico²². Tale distinzione finirebbe, difatti, per essere sterile e formalistica, se rilevante ai fini della distinzione – non solo tra momento genetico e funzionale, ma anche tra diritti primari e secondari, come vedremo *infra* – non fosse la presenza nel patrimonio della pretesa di cui si dispone, posto che ammettere la validità dell'atto di disposizione compiuto in costanza di rapporto, non implica che il lavoratore possa dopo dismettere posizioni giuridiche attribuite da norme inderogabili ma non ancora maturate o acquisite nel patrimonio²³.

¹⁹ U. PROSPERETTI, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, Giuffrè, 1964, 21.

²⁰ O. MAZZOTTA, *op.cit.*, 14.

²¹ Tra i fautori di questa cesura: F. SANTORO PASSARELLI, *L'invalidità delle rinunzie*, cit., 53; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di) *Tratt. dir. priv.*, 2 ed., Giuffrè, 2005, 833; E. FIATA, *Tecniche di regolazione nel diritto del lavoro e autonomia individuale*, in G. PERONE – A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione*, Giappichelli, 2004, 121.

²² G. GIUGNI, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, *RDL*, I, 1958, 77, nonché lo stesso R. DE LUCA TAMAJO, *op.cit.*, 250-251. E più di recente M. NOVELLA, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., 527 in cui l'a. nota come limitare il ruolo della norma inderogabile al solo momento di costruzione del regolamento contrattuale significa ragionare sulla base di una nozione di inderogabilità costruita a partire dallo scopo ad essa aprioristicamente attribuito.

²³ R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., 65.

Per un terzo orientamento, la distinzione non opererebbe più sul piano logico-cronologico d'incidenza dell'autonomia privata²⁴ ma sulla diversità delle situazioni giuridiche tutelate e di conseguenza il problema si sposterebbe nella definizione dell'area dell'indisponibilità assoluta visto che solo in questo caso l'atto dismissivo è colpito da nullità.

Occorre distinguere tra diritti assolutamente indisponibili e diritti relativamente indisponibili, con la conseguenza che la dismissione dei soli primi comporterebbe la nullità *ex art.* 1418 c.c. mentre quella dei secondi la semplice annullabilità²⁵.

In questo modo la distinzione tra inderogabilità e indisponibilità si trasmuta in *summa divisio* tra diritti primari, assolutamente indisponibili, e diritti secondari, di natura patrimoniale, assoggettabili al regime dell'art. 2113 c.c.²⁶. Si trattava di una distinzione che aveva preso già piede in epoca corporativa, in cui si ammetteva la validità delle rinunzie e transazioni inerenti ai soli effetti patrimoniali delle norme inderogabili²⁷.

Tale tesi non ha avuto grande fortuna²⁸, pur avendo avuto qualche seguito giurisprudenziale²⁹. Le principali critiche attengono alla non estensibilità della *summa*

²⁴ La linea di demarcazione tra i due orientamenti è in realtà molto sottile, posto che nella distinzione tra diritti primari e secondari viene ad essere determinante comunque il momento in cui il negozio dismissivo sia intervenuto. Così M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, DDP sez. comm., V, Utet, 1990, 61. Analogamente S. CENTOFANTI, *Prescrizione e lavoro subordinato*, ESI, 1987, 56 ritiene che la *summa divisio* sia concettualmente proponibile solo se intesa come riproposizione in termini verbali diversi della teoria che distingue il momento genetico dal momento funzionale di formazione dei diritti.

²⁵ *Ibidem*

²⁶ R. DE LUCA TAMAJO, op. cit., 265.

²⁷ G. ARDAU, *Lineamenti di diritto del lavoro*, Edizioni Italiane, 1942, 100 e prima ancora D. PERETTI GRIVA, *Nota a Cass. del Regno, 11 gennaio 1939*, DL, II, 1939, 79.

²⁸ G. PERA, op.cit., 42.

²⁹ Cass. 24 febbraio 1979 n. 1942, DL, 1980, II, 17, ove si distingueva tra indennità sostitutiva delle ferie non godute distinto dal diritto alle ferie irrinunciabile, nonché Cass. 15 dicembre 1998 n. 12556, NGL, 1999, II, 248 in cui la distinzione tra diritti primari e secondari concerneva il riposto settimanale. *Contra* Cass. 12 maggio 2008 n. 11659, *Dejure*,:«La qualificazione di indisponibilità (o meglio di limitata disponibilità) dei diritti del lavoratore, in quanto derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti e accordi collettivi, non dipende dalla loro natura retributiva o risarcitoria né riguarda solo le situazioni soggettive derivanti dalla lesione di diritti fondamentali della persona, essendo correlata alla fonte che regola queste situazioni soggettive».

divisio tra diritti primari e secondari all'intera gamma dei diritti del lavoratore³⁰ nonché alla forzatura concettuale che deriva dalla trasmutazione dell'originario diritto, ad esempio alla retribuzione, nel suo equivalente risarcitorio: la qualificazione della pretesa giuridica del lavoratore non muta e rimane ad ogni modo diritto alla retribuzione³¹.

Tale forzatura consentirebbe l'entrata a gamba tesa della nullità di diritto comune nel sistema delineato dall'art. 2113 c.c., laddove quest'ultimo appariva storicamente costruito per contemperare le drastiche conseguenze relative all'applicazione dell'art. 1418 c.c.³². In particolare il legislatore intendeva ottemperare alle esigenze di rapida definizione degli atti concernenti rapporti di natura lavoristica, sottraendoli all'imprescrittibilità dell'eccezione di nullità.³³

Per comprendere se il discernimento tra diritti primari e secondari possa trovare conforto proprio nella disposizione codicistica dell'art. 2113, occorrerebbe intendersi sulla portata dei «diritti del prestatore di lavoro, derivanti da disposizioni inderogabili di legge e dei contratti collettivi». In particolare se questa sia da riconnettere ai soli diritti disponibili (secondari) – per cui quelli indisponibili (primari) sarebbero assoggettati all'ordinario regime di nullità – ovvero se invece attenga ai diritti dei prestatori di lavoro tout court intesi e soggetti all'invalidità.

³⁰ G. FERRARO, *op.cit.*, 3, secondo cui la distinzione tra diritti primari e secondari potrebbe funzionare per le posizioni c.d. a termine ovvero quelle segnate dalla consumabilità, dal godimento entro precise coordinate temporali. Nello stesso senso P. TOSI, *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, *ADL*, 1999, 621, in cui l'a. ritiene tale distinzione non applicabile nella stragrande maggioranza dei casi. Cfr D. BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, *RTPC*, 2009, 123, in cui l'a. critica la scissione tra diritti della persona indisponibili e pretese economiche a questi riconnesse disponibili, in quanto separa due aspetti di un'unica e inscindibile realtà.

³¹ Tale critica è stata sollevata per primo da F. MAZZIOTTI, *La prescrizione e la decadenza dei diritti dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale*, in E. Cataldi *et al.*, *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Angeli, 1978, 262 e poi seguita da G. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore, Autonomia e poteri*, Cedam, 223-224; C. CESTER, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, *ED*, XL, Giuffrè, 1989, 993, S. CENTOFANTI, *Prescrizione e lavoro subordinato*, *cit.*, 56; M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, *cit.*, 59.

³² G. GIUGNI, *Limiti legali dell'arbitrato*, *cit.*, 71.

³³ G. PERA, *Le rinunce e le transazioni*, *cit.* 3.

Interpretare il richiamo nell'uno o nell'altro senso ha conseguenze notevoli, posto che nel primo caso, sarebbero valide tutte le transazioni e le rinunzie a prescindere dalla natura del diritto dismesso, mentre nella seconda ipotesi i negozi abdicativi sarebbero soggetti alla nullità di diritto comune, indipendentemente dall'osservanza dei crismi individuati dall'art. 2113 c.c.³⁴.

La risposta potrebbe essere trovata nella storica ripartizione tra patti in deroga e negozio dispositivo del diritto già maturato. In altri termini, *la summa divisio* tra diritti primari e secondari ricalca proprio quella appena menzionata nella misura in cui il diritto secondario, di natura patrimoniale altro non è che un diritto già maturato. La questione si sposterebbe dal difficile terreno dell'inquadramento dei diritti assolutamente o relativamente disponibili, ovvero primari o secondari che dir si voglia, nel più certo approdo del distinguo tra diritto maturato in conseguenza della violazione della norma inderogabile, oggetto di rinuncia e transazione, e diritto sovraordinato che come tale è sempre indisponibile³⁵. Difatti, una rinuncia a un diritto primario cela «una modificazione del regolamento inderogabile pacificamente nulla»³⁶.

Opera il principio secondo cui le norme inderogabili che assegnano un diritto al lavoratore «possono essere violate o da un atto (incidente sul cosiddetto momento genetico del diritto stesso) che ne impedisca l'acquisizione o da un atto (incidente sul cosiddetto momento funzionale) dispositivo del diritto già acquisito dal titolare, configurandosi nella prima ipotesi la nullità e nella seconda ipotesi l'annullabilità del negozio compiuto in violazione di dette norme»³⁷. Ne consegue la nullità di ogni patto contrario, sancita dall'art. 2103 c.c., ultimo comma, riferita ad ogni regolamento

³⁴ D. BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, cit., 122.

³⁵ R. VOZA, *ult.op.cit.*, 66-67.

³⁶ C. CESTER, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)* cit., 993

³⁷ Cass. 20 febbraio 2007, n. 3920, *LG*, 2007, XI, 1145.

contrattuale precedente alla nascita dei diritti considerati dalla norma. Le rinunzie e le transazioni relative a violazioni di diritti già acquisiti dal lavoratore sono, invece, colpite dall'invalidità (configurabile non come nullità ma come annullabilità) comminata dall'art. 2113 c.c., comma 1, e, benché riguardanti diritti indisponibili, debbono quindi essere impugnate con le modalità e nei termini previsti dai successivi commi dello stesso articolo³⁸.

Si tratterebbe di tornare all'impostazione originale che vede l'indisponibilità come conseguenza naturale dell'inderogabilità delle norme. Indisponibilità e inderogabilità: due concetti scindibili sul piano astratto e logico³⁹ ma teleologicamente connessi alla debolezza del lavoratore e alle conseguenti esigenze di protezione dei suoi diritti. Esigenze che sono più acute – al pari delle conseguenze patologiche ne derivano – allorché la deroga alle norme imperative opera in sede di costruzione del rapporto, e più tenui laddove il legislatore abbia voluto evitare la dispersione di diritti posti dalla norme inderogabili mediante successivi atti di disposizione⁴⁰. O, quantomeno, la dispersione inconsapevole del lavoratore. Difatti, l'implementazione delle circostanze in cui l'art. 2113 c.c. primo comma non opera – attraverso il richiamo all'ultimo comma dello stesso articolo – dimostra come il legislatore intenda aprire la strada alla dismissione informata dei diritti, non solo per quanto attiene le rinunce e transazioni in sede «protetta», ma anche in riferimento alla risoluzione stragiudiziale delle controversie, mediante conciliazione e arbitrato, nonché mediante la combinazione di entrambi nei modelli delineati dal «Collegato lavoro», che richiamano testualmente l'inoppugnabilità del lodo ai sensi della disposizione codicistica summenzionata.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ M.MAGNANI, *ult. op. cit.*, 58; C. CESTER, *ult. op.cit.*, 984 ss; G. FERRARO, *ult.op.cit*, 237ss; M. NOVELLA, *ult. op.cit.*, 520 ss; R. VOZA, *ult. op.cit.*, 43ss;

⁴⁰ *Ibidem*, 72-73.

2.3. Indisponibilità e composizione stragiudiziale delle controversie dopo il «Collegato lavoro».

Prima dell'intervento della novella del 2010, il regime di invalidità e di impugnazione cui il legislatore sottoponeva arbitrato e conciliazione, veniva interpretato come il necessario corredo al disegno generale di compressione dell'autonomia contrattuale⁴¹.

Si trattava di sedi in cui le parti potevano definire i loro interessi ma pur sempre negli argini delle norme inderogabili, riconoscendone però «l'attitudine a violare la garanzia dei diritti indisponibili»⁴².

Con il «Collegato Lavoro» la portata di quest'affermazione merita di essere quantomeno riesaminata, con particolare riferimento all'introduzione dell'arbitrato di equità, ma non solo. Andiamo con ordine.

La crisi della giustizia – e in particolare quella della giustizia del lavoro – ha indotto il legislatore a ricercare strumenti in grado di attuare una deflazione del contenzioso del lavoro e di incidere sulla sua stessa efficienza. Si tratta di obiettivi prefissati già nel lontano 2001 nel «Libro Bianco» e che guardano all'arbitrato e alla conciliazione, ma anche alle altre *ADR*, come cura per tutti i mali della giustizia italiana.

Il «Collegato lavoro» ha avuto un *iter* di approvazione piuttosto accidentato che ha visto intervenire anche il Presidente della Repubblica Napolitano che nel messaggio di rinvio della legge alle camere, aveva parlato di «spirito aperto»⁴³ riferendosi alla possibilità che nell'ordinamento fossero inseriti degli strumenti in grado di prevenire ed accelerare

⁴¹ M. NOVELLA, *ult.op.cit.*, 534.

⁴² M. GRANDI, *op.cit.*, 369

⁴³ Il testo integrale del messaggio del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano è reperibile in www.camera.it. Per un'analisi del messaggio di rinvio della legge si veda PICCIONE, *Il primo messaggio di rinvio di legge alle camere da parte del presidente Napolitano. L'art 74, comma 1, Cost. tra la tutela del favor praestatoris e le garanzie del diritto parlamentare*, *G.COST.*, 2010,975 ss.

la definizione delle controversie di lavoro. Ci si muove nell'ambito di rapporti – prosegue Napolitano – in cui «sussiste un evidente, marcato, squilibrio contrattuale» e dunque, nell'operare, il legislatore non può sottrarsi dal rispetto dei «principi della volontarietà dell'arbitrato e della necessità di assicurare adeguata tutela al contraente debole».

Il legislatore della riforma, nell'ottica di far ripartire la macchina ingolfata della giustizia del lavoro, ha optato per la soppressione del tentativo di conciliazione obbligatorio⁴⁴, reo di non aver generato alcun effetto benefico sulla risoluzione della controversia, trasmutandosi, anzi, in un pesante onere da assolvere⁴⁵. Da rilevare, soltanto che, pochi mesi prima dell'eliminazione del tentativo di conciliazione obbligatorio, mediante il d.lgs. 28/2010, era stata introdotta la mediazione obbligatoria. Qualcuno ha concluso che si tratta di latente schizofrenia legislativa⁴⁶, ma non è questa la sede per approfondire il tema, basti dire qui che, dal 2010 ad oggi, sul tentativo di conciliazione si è più volte intervenuti, come sulla mediazione del resto.

Nell'arbitrato nelle controversie di lavoro, la dottrina s'interrogava sul valore del tentativo di conciliazione, dividendosi tra autori che sostenevano che la conciliazione fosse condizione di procedibilità ed altri per cui la portata della norma era meramente

⁴⁴Per le innovazioni in merito alla conciliazione v. M. BOVE, *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n. 183)*, www.judicium.it; R. STAIANO, *Il nuovo processo del lavoro*, Cedam, 2010; G. FERRARO, *La composizione stragiudiziale delle controversie nel "Collegato lavoro"*, RDSS, 2010; P. SANDULLI, *Il processo del lavoro : La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, a cura di Piero Sandulli, Angelo Matteo Socci, Milano, 2010, 55 ss; M. CEANO, *Il nuovo processo del lavoro*, Jovene, 2010; E. MASSI, *Conciliazione e collegi arbitrali irrituali*, DPL, 69 ss.; R. TISCINI, *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, GC, 2010, 489 ss.; M. MISCIONE, *Il Collegato lavoro proiettato al futuro*, LG, 2011, 5 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, ivi, 57 ss.; A. VALLEBONA, *Una buona svolta nel diritto del lavoro*, www.adapt.it.

⁴⁵Sul punto v. M. MISCIONE, *op. cit.*, 10. V. inoltre A. VALLEBONA, *Il collegato del lavoro: un bilancio tecnico*, www.unifi.it. 18-19; M. BOVE, *op. cit.*, 2. Cfr. D. BORGHESI, *Bilanci e prospettive per l'arbitrato e la conciliazione nei contratti collettivi*, LPA, 2003, 1061, il quale asserisce che “il semplice fatto di aver reso obbligatorio il tentativo di conciliazione abbia raddoppiato il numero di composizioni amichevoli è sufficiente a rendere inutile ogni discussione in proposito”.

⁴⁶G. CANALE, *Arbitrato e collegato lavoro*, www.judicium.it

descrittiva⁴⁷. Tuttavia, tale disputa non ha più ragion d'essere giacché il legislatore ha eliminato il tentativo di conciliazione nel ricorso all'arbitrato, anche se non per tutti i tipi di ricorso all'arbitrato nelle controversie di lavoro. Il tentativo di conciliazione permane, infatti, in caso di ricorso arbitrale avverso la certificazione di cui all'art. 80, comma 4, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, da espletare a norma dell'art. 410 c.p.c. secondo quanto stabilito dalla nota ministeriale 3428/2010, ma anche nell'arbitrato *ad hoc* (art. 412 *quater* c.p.c.). Si può sin d'ora notare che assodata l'*intentio* deflattiva che caratterizza l'intervento normativo *tout court*, sia difficile comprendere il permanere del tentativo di conciliazione obbligatorio unicamente in questo arbitrato ma non è questa la sede per approfondirne le possibili ragioni. Si può invece dire che nella novella del 2010, l'incontro tra due degli «*equivalenti giurisdizionali*»⁴⁸, arbitrato e conciliazione, si realizza compiutamente – e forse patologicamente – negli artt. 412 e 412 *quater* c.p.c.

2.3.1. La conciliazione e la derogabilità delle norme.

Per affrontare il rapporto tra la conciliazione e l'inderogabilità delle norme e comprenderne gli intrecci con l'istituto della certificazione occorre – seppur brevemente – ripercorrere le travagliate sorti dell'istituto.

In estrema sintesi, l'art. 410 del codice di rito del 1940 prevedeva che la proposizione in giudizio di una domanda relativa ai rapporti previsti dall'articolo 409 c.p.c., fosse obbligatoriamente preceduta dall'esperimento del tentativo di conciliazione presso la commissione di conciliazione individuata a norma dell'art. 413 c.p.c., ferma restando la possibilità di avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti e accordi

⁴⁷ Sul punto v. capitolo primo, nota 80.

⁴⁸ L'espressione è di CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, 60, per definire la categoria degli strumenti «equivalenti», alternativi o sostitutivi che dir si voglia, alla giurisdizione statale.

collettivi. Il legislatore del 1973 aveva, poi, reso facoltativo il tentativo di conciliazione, vuoi in sede amministrativa, vuoi in sede sindacale, dotando gli accordi raggiunti in tali sedi dei crismi dell'inoppugnabilità ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2113 c.c.. Con il d.lgs. 80/98 il legislatore ha devoluto al giudice ordinario del lavoro le controversie relative al c.d. pubblico impiego privatizzato, ben conscio che ciò avrebbe determinato un ulteriore aggravio del carico del contenzioso. Per esigenze deflazionistiche è stato reso obbligatorio il tentativo di conciliazione e ne è stata differenziata la procedura a seconda della natura pubblica o privata del rapporto di lavoro controverso (art.36 d.lgs 80/98). Questa differenziazione, così come l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, è stata abrogata dall'art. 31, comma 9, della l. 183/2010, cd. «Collegato lavoro».

Resta obbligatorio il tentativo di conciliazione giudiziale, nonché quello previsto dall'art. 412 *quater* c.p.c. come modificato dal «Collegato lavoro» come emerge dal dato testuale della stessa disposizione: all'udienza «il collegio esperisce il tentativo di conciliazione».

Il tentativo di conciliazione mantiene altresì carattere obbligatorio nel caso d'impugnazione della certificazione dei contratti di lavoro (art. 80 comma 4 d.lgs. 276/2003) innanzi alle stesse commissioni di certificazione, come si avrà modo di approfondire *infra*, anche se l'obbligatorietà suddetta non è sorretta, normativamente, da alcuna sanzione stante l'abrogazione dell'art. 412 *bis*, ad opera dello stesso «Collegato lavoro». Con la stessa riforma si è poi attribuita alle commissioni la competenza di certificazione ad espletare il tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 410 (art. 31, comma 13).

Per chiosare il discorso sugli interventi legislativi in materia di conciliazione del lavoro, si ricorda che la l.92/12 ha introdotto un ulteriore caso di tentativo di conciliazione obbligatorio in riferimento al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che non può essere approfondito in questa sede⁴⁹, e che il «Collegato lavoro» e la l. 98/2013 hanno modificato l'art. 420, comma 1, c.p.c., stabilendo che il giudice «tenta la conciliazione della lite e formula una proposta transattiva o conciliativa. La mancata comparizione delle parti o il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice, senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile ai fini del giudizio». In ultimo anche il *Jobs Act*, all'art. 6 ha introdotto una nuova forma di conciliazione detta «standard»: *«In caso di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 1, al fine di evitare il giudizio e ferma restando la possibilità per le parti di addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge, il datore di lavoro può offrire al lavoratore, entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, in una delle sedi di cui all'articolo 2113, comma 4, cod. civ., e all'articolo 82, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettata a contribuzione previdenziale, di ammontare pari a una mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare.*

⁴⁹ Sul tema v., senza alcuna pretesa di esaustività, D. BORGHESI, *Conciliazione e procedimento speciale dei licenziamenti per la riforma Fornero*, LG, 2012, IX-X, 910 ss; ID – G. PELLACANI, *La procedura preventiva in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, 2013, C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, ADL., 3, 2012, 580; LISO, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato di lavoro*, <http://csdle.lex.unict.it,2>; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, RIDL, 2012, 3, 540. MERONE, *Tentativo obbligatorio di conciliazione e nuovo rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti individuali (art. 1, commi 37-69, legge n.92/2012)*, in MARTINO-PANZAROLA (a cura di), *Le riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Giappichelli, 2013, 472; R.TISCINI, *La procedura conciliativa che precede il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in F.P.LUISO-R.TISCINI-A.VALLEBONA, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, 2013,41

L'accettazione dell'assegno in tale sede da parte del lavoratore comporta l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia alla impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta».

Tornando al tentativo di conciliazione pre-processuale, che qui ci occupa perché sede in cui operano le commissioni di certificazione, queste ultime – con l'intervento del «Collegato lavoro» non hanno più solo il compito di vagliare le impugnazioni dell'atto di certificazione emesso dalla stessa – di cui si dirà nel cap. §5 – ma svolgono compiti di conciliazione di ogni eventuale vertenza avente ad oggetto il rapporto di lavoro⁵⁰ e, pertanto, diventano «sede protetta» in cui il prestatore di lavoro può disporre dei propri diritti ai sensi e per gli effetti dell'art. 2113 c.c..

L'art. 31 comma 13 del «Collegato lavoro» stabilisce testualmente: «presso le sedi di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, può altresì essere esperito il tentativo di conciliazione di cui all'articolo 410 del codice di procedura civile». Nulla dice in merito alla procedura che deve essere seguita innanzi alla commissione di certificazione. Sembra ragionevole pensare che il riferimento all'art. 410 c.p.c. sia comprensivo anche del dettame procedurale ivi contenuto e che qui si ricorda nei suoi tratti salienti.

Nel caso di tentativo di conciliazione presso la commissione di certificazione – al pari di quanto accade per le commissioni di conciliazione istituite ai sensi dell'art. 410, comma 4, c.p.c. presso le Direzioni provinciali del lavoro – la procedura prende avvio dalla comunicazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione che interrompe la prescrizione e sospende, per la durata del tentativo di conciliazione e per i venti giorni successivi alla sua conclusione, il decorso di ogni termine di decadenza (art.

⁵⁰ Previsione definita astrusa da S. CENTOFANTI, *Le nuove norme non promulgate di limitazione della tutela giurisdizionale del lavoratore*, LG, 2010, 335, vista la struttura più snella e il carattere maggiormente istituzionale della DTL.

410, comma 2, c.p.c.). A tal fine è sufficiente il deposito dell'istanza di espletamento del tentativo di conciliazione⁵¹.

L'articolo 410 c.p.c. precisa poi al comma 5 le modalità di avviamento della procedura e al comma 6 il contenuto della richiesta. Se la controparte intende accettare la procedura di conciliazione, deposita entro venti giorni dal ricevimento della copia della richiesta, presso la commissione di certificazione, una memoria contenente le difese e le eccezioni in fatto e in diritto, nonché le eventuali domande riconvenzionali (art. 410 c.p.c. comma 7). Qualora la parte invitata ad aderire alla procedura non depositi alcuna memoria, «ciascuna delle parti è libera di adire l'autorità giudiziaria» (art. 410 comma 7). Diversamente, «entro i dieci giorni successivi al deposito, la commissione fissa la comparizione delle parti per il tentativo di conciliazione, che deve essere tenuto entro i successivi trenta giorni. Dinanzi alla commissione il lavoratore può farsi assistere anche da un'organizzazione cui aderisce o conferisce mandato» (art. 410 comma 7, ultimo periodo).

Qualora la conciliazione sia raggiunta, anche solo limitatamente a una parte della domanda, viene stilato il verbale di conciliazione che deve essere sottoscritto dalle parti e dai componenti della commissione di conciliazione (art. 411, comma 1, c.p.c.).

Se invece non si raggiunge l'accordo conciliativo, la commissione di conciliazione deve formulare una proposta bonaria per la risoluzione della controversia e, qualora questa sia accettata, i termini dell'accordo sono inseriti nel verbale. Diversamente il giudice in sede di giudizio ordinario dovrà tenere conto della proposta non accettata senza adeguata motivazione (art. 411 comma 2). Al riguardo le valutazioni del giudice in merito sono possibili grazie alla trasmigrazione nel giudizio ordinario dei verbali e delle

⁵¹Cass. 2 dicembre 2010 n. 24434, *GD*, 2011, IV, 74.

memorie inerenti al tentativo di conciliazione fallito (art. 411 comma 3) e il giudice valuterà l'ingiustificata accettazione della proposta nei termini dell'art. 116 comma 2 c.p.c., ossia come comportamento della parte da cui il giudice può trarre argomenti di prova.

Al verbale di conciliazione può essere attribuita efficacia di titolo esecutivo mediante decreto, sulla base della richiesta della parte interessata al giudice, e previo accertamento della regolarità formale (art. 411 ultimo comma).

Il «Collegato Lavoro» all'art. 31, comma settimo, prevede espressamente l'inapplicabilità dell'art. 2113, ultimo comma, c.c. in tema di rinunzie e transazioni. Ciò non significa che la rinunzia o transazione contenuta nel verbale di conciliazione non sia impugnabile come ogni altro accordo, ma solo che non possono essere fatte valere le violazioni di norme inderogabili⁵². Eventuali impugnazioni proposte tramite autonoma azione di cognizione o tramite opposizione all'esecuzione possono quindi essere basate esclusivamente sulla violazione di norme di ordine pubblico o, comunque, tali da determinare la nullità assoluta⁵³.

Quel che qui vuole mettersi in evidenza è come il legislatore abbia reputato la commissione di certificazione una sede dotata delle competenze tecniche per verificare la genuinità della volontà del lavoratore e la consapevolezza dei suoi atti dismissivi, posto che l'inoppugnabilità ai sensi dell'art. 2113 c.c. è conferita all'atto abdicativo a condizione che l'assistenza prestata dalla commissione di certificazione sia effettiva,

⁵² È quanto ha ribadito con riferimento alla conciliazione resa in sede sindacale e che qui può richiamarsi visto che la commissione di certificazione costituisce parimenti sede protetta, la Cass. 23 ottobre 2013, n. 24024, *MGC*, 2013, «In materia di atti abdicativi di diritti del lavoratore subordinato, le rinunce e le transazioni aventi ad oggetto diritti del prestatore di lavoro previsti da disposizioni inderogabili di legge o di contratti collettivi, contenute in verbali di conciliazione conclusi in sede sindacale, non sono impugnabili». v. anche e: Cass., 17 settembre 2002 n. 13616; Cass., 22 maggio 2008 n. 13217; Cass., 18 agosto 2004 n. 16168, tutte in *dejure*.

⁵³ D. BORGHESI, *Il tentativo di conciliazione*, in BORGHESI-BARBERIO, *Nozioni di procedura del lavoro*, Giappichelli, 2014, 4.

così da porre il lavoratore in condizione di sapere a quale diritto rinunci e in quale misura, nonché, nel caso di transazione, a condizione che dall'atto stesso si evinca la questione controversa oggetto della lite e le «reciproche concessioni» in cui si risolve il contratto transattivo ai sensi dell'art. 1965 cod. civ.⁵⁴.

Sebbene, dunque, ancora una volta non possa parlarsi di una vera e propria «derogazione assistita» certamente l'implementazione delle sedi di dismissione assistita sembra muovere in quella direzione.

2.3.2. L'arbitrato presso le commissioni di certificazione.

L'entrata in vigore della l. 183/2010 è stata interpretata, enfaticamente, come la fine del monopolio sindacale nella gestione del contenzioso stragiudiziale⁵⁵. Tale monopolio era rinvenibile dal testo dell'art. 412 *ter* c.p.c., rubricato «arbitrato irrituale previsto nei contratti collettivi», in cui alla contrattazione collettiva era affidato un duplice ruolo. Infatti, se per un verso la contrattazione collettiva doveva porre in essere delle norme di carattere «autorizzativo» rispetto al ricorso arbitrale delle controversie di lavoro, per l'altro doveva inoltre premurarsi di gestire il funzionamento della procedura arbitrale. L'art. 412 *ter* c.p.c. conteneva in proposito un elenco dettagliato dei vari aspetti procedurali che dalla contrattazione collettiva dovevano essere stabiliti, al punto da accostare la processualizzazione all'arbitrato irrituale. Il «Collegato lavoro», invece, interviene sul citato monopolio sindacale in maniera netta, tanto da poter parlare di «arbitrato liberalizzato»⁵⁶. La liberalizzazione consisterebbe nell'introduzione di altri

⁵⁴ Cass. 23 ottobre 2013 n. 24024, *cit.*

⁵⁵ A. VALLEBONA, *Una buona svolta per del diritto del lavoro*, *cit.*, 15. Altra dottrina, C.A. NICOLINI, *Certificazione dei contratti e contenzioso nel "Collegato lavoro"*, *LG*, 2011, 350 ss., ha sottolineato come, per la verità, la caduta del monopolio sindacale investa altri settori, quali la produzione normativa e l'occupazione di strutture amministrative. In questa sede ci occuperemo del contenzioso stragiudiziale e limitatamente all'arbitrato nelle controversie di lavoro.

⁵⁶ M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale*, *cit.*, 57.

modelli di arbitrato, quali quelli *ex lege* previsti negli artt. 412 e 412 *quater* c.p.c., nonché della procedura arbitrale gestita dagli organi di certificazione a norma dell'art 31 comma 12 della l.183/2010, i quali non hanno alcun collegamento con le parti sindacali. Si tratterebbe di un vero e proprio «stravolgimento»⁵⁷, dal momento che quella norma, che dapprima prevedeva una completa e puntuale disciplina del ricorso all'arbitrato di matrice collettiva, dopo il «Collegato lavoro», è divenuta «una semplice norma di rinvio, [...] a cui è attribuito un ruolo residuale»⁵⁸. In particolare, la marginalità della contrattazione collettiva emergerebbe dal testo dell'art. 412 *ter* c.p.c., in cui si stabilisce che «la conciliazione e l'arbitrato, nelle materie di cui all'art. 409 c.p.c., possono essere altresì svolte, presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi». In altri termini si è passati da un meccanismo arbitrale che poteva essere azionato solo mediante contrattazione collettiva, a un sistema in cui la sede sindacale concorre con altre sedi per l'espletamento della conciliazione e dell'arbitrato⁵⁹. Tuttavia, ad avviso di chi scrive non c'è stato un completo smantellamento del ruolo della contrattazione collettiva. La locuzione «possono essere altresì svolti» introduce non una residualità del ruolo della contrattazione collettiva, ma un'alternatività tra i diversi modelli che proliferano dal «Collegato lavoro». Semplicemente, il legislatore volendo favorire il ricorso all'arbitrato ha cercato altre sedi in cui la procedura arbitrale potesse avere luogo, vista l'inerzia con cui la parte sindacale si era adoperata per la promozione dello strumento arbitrale. D'altronde i modelli di arbitrato *ex lege* non rappresentano certo

⁵⁷ M.ROSANO, *Altre modalità di conciliazione ed arbitrato previste nella contrattazione collettiva*, G. FERRARO – M. CINNELLI (a cura di), in *Il contenzioso lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183, cit.*, 163. V. *contra* A. CORVINO- M. TIRABOSCHI, *Altre modalità di conciliazione e arbitrato previste nella contrattazione collettiva*, in *Formulario del processo del lavoro: aggiornato alla riforma della giustizia del lavoro, di cui alla l. 4 novembre 2010, n. 183, Giuffrè*, 2011, 132, in cui si parla di centralità del ruolo della conciliazione, non solo nell'ambito della clausola compromissoria ma anche per la previsione nell'art. 412 *ter* di un ricorso all'arbitrato operabile presso le sedi e secondo le modalità stabilite dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative.

⁵⁸ M.ROSANO, *op. cit.*, 162-163.

⁵⁹ *Ibidem*.

una novità, mentre è certamente qualcosa di assolutamente inedito la previsione per cui le sedi di certificazione possano gestire la procedura arbitrale. E quindi, incrinato il monopolio della contrattazione collettiva, si potrebbe far riferimento, più realisticamente, ad un regime concorrenziale⁶⁰ tra le diverse modalità di accesso all'arbitrato nelle controversie di lavoro, *ex art. 409 c.p.c.*, anche se si può discutere su quanto la proliferazione di modelli di arbitrato giovi effettivamente alla diffusione di questo strumento⁶¹, specie avuto riguardo a quanto osservato in riferimento all'inibizione per le minoranze sindacali di stipulare accordi in tal senso⁶². La qual cosa significa affidare, inoltre, le sorti dell'arbitrato sindacale ai sindacati maggiormente rappresentativi e vista l'opposizione del sindacato maggiormente rappresentativo, ossia la CGIL, palesata nella mancata adesione all'accordo interconfederale stipulato dalle altre rappresentanze sindacali, l'11 marzo 2010, non si può sperare nel decollo dell'arbitrato sindacale⁶³.

Tornando però alle commissioni di certificazione non si può non notare come, per effetto della novella del 2010, queste ultime agiscano su più fronti, da un lato sono adibite a sedi di svolgimento della conciliazione (art. 31, comma 13, l. 183/2010), dall'altro assolvono l'onere di stabilire quanto la volontà compromissoria del lavoratore sia genuina e incondizionata (art. 31, comma 10, l. 183/2010) ed in ultimo, possono istituire camere arbitrali per la definizione delle controversie di cui all'art. 409 c.p.c. (art. 31, comma 12, l. 183/2010).

⁶⁰Cfr., C.A.NICOLINI, *ult. op. cit.*, 360, il quale sostiene che si tratti di una concorrenza che vede come perdente l'arbitrato sindacale, poiché "i rispettivi lodi possono acquisire efficacia esecutiva solo in caso di arbitrato irrituale". Gli arbitrati irrituali che possono accedere al meccanismo di acquisizione dell'efficacia esecutiva sono soltanto quelli *ex artt. 412 e 412 quater* e per l'arbitrato innanzi alle commissioni di conciliazione, vista la completa sostituzione dell'art. 412 *ter*. In accordo, v. M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 70, in cui al lodo che promana dalla sede sindacale viene attribuito il semplice valore negoziale.

⁶¹v. capitolo primo, § 13.

⁶²S. CENTOFANTI, *Le nuove norme non promulgate*, cit. p.335.

⁶³*Ibidem*

Riguardo al primo ruolo si è detto nel paragrafo precedente, e qui occorre ricordare unicamente che il comma 7 della l.183/2010, sancisce l'applicabilità dell'art. 2113 quarto comma c.c., espressamente per gli articoli 185, 410, 411, 412 *ter* e 412 *quater* c.p.c.. Stando, perciò alla mera lettura dell'articolo, all'arbitrato in questione, ossia quello innanzi alle commissioni di conciliazione, non sarebbe applicabile il regime di invalidità delle rinunzie e delle transazioni previste dall'art. 2113 c.c.. Tuttavia, il comma 12 del «Collegato lavoro» stabilisce che innanzi alle camere arbitrali istituite presso le commissioni di certificazioni, «c.d. unitarie», si applichi, in quanto compatibile, l'art. 412⁶⁴, commi terzo e quarto, c.p.c.. Orbene, in virtù di un richiamo non espresso ma attraverso il rinvio all'art. 412 c.p.c., si può ritenere, ad avviso di chi scrive, che anche a questo modello di arbitrato si applica l'art. 2113, comma quarto, c.c..

Il legislatore non richiama per esteso l'art. 412 c.p.c. ma unicamente i commi terzo e quarto, ossia i commi in cui si sancisce l'efficacia del lodo mediante il richiamo agli artt. 1372 e 2113, quarto comma, c.c. e in cui si disciplina l'impugnazione del lodo.

⁶⁴L'articolo 412 c.p.c. è oggi rubricato «Risoluzione arbitrale della controversia» e stabilisce al comma primo:*In qualunque fase del tentativo di conciliazione, o al suo termine in caso di mancata riuscita, le parti possono indicare la soluzione anche parziale, sulla quale concordano, riconoscendo, quando è possibile, il credito che spetta al lavoratore, e possono accordarsi per la risoluzione della lite, affidando alla commissione di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia.*

L'art. 412 c.p.c. pone, *prima facie*, l'accento sul rapporto temporale tra conciliazione e arbitrato, nel senso in cui non occorre necessariamente attendere l'esito del tentativo di conciliazione per attivare la procedura arbitrale ma ciò può avvenire “in qualunque fase del tentativo di conciliazione”. Il legislatore introduce, però, non solo una contiguità temporale tra i due strumenti ma, anche una coincidenza soggettiva nella misura in cui affida “alla commissione di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale”.

Nell'analisi dell'articolo non ci si può esimere dal domandarsi per quale ragione, fallito il tentativo di conciliazione, le parti dovrebbero, per giunta innanzi alla medesima commissione, anche se intesa dal punto di vista organico e non necessariamente soggettivo, conferire mandato per la risoluzione arbitrale. È difficile prevedere quale fiducia le parti potrebbero avere nell'esito positivo del ricorso alla giustizia privata davanti allo stesso soggetto a cui hanno manifestato le loro resistenze e *a fortiori* se poniamo l'accento su un profilo critico quale l'imparzialità dell'arbitro- conciliatore.

Inoltre la disposizione per cui «le parti possono indicare la soluzione, anche parziale, della controversia sulla quale concordano» fa pensare attraverso un'interpretazione per così dire epidermica, a un profilo autocompositivo più che conciliativo.

Rimarrebbero fuori, dunque, il comma primo in cui si disciplina il rapporto tra conciliazione e arbitrato, e il comma secondo, in cui oltre al termine per pronunciare il lodo, è previsto l'arbitrato di equità. Riguardo alla prima esclusione, la motivazione potrebbe essere la permanenza dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione innanzi alle stesse commissioni, anche se non è chiaro se tale obbligatorietà sia riferita all'impugnazione della certificazione ovvero ad ogni vertenza di natura lavoristica vista la più volte ricordata estensione delle competenze della commissione di certificazione. Se il richiamo riguardasse solo l'impugnazione del provvedimento certificatorio, il legislatore, probabilmente, intendeva – vista la facoltativizzazione del tentativo di conciliazione – ribadire l'obbligatorietà, come espressamente prevista sin dall'introduzione del meccanismo di certificazione ad opera del d.lgs. 276/2003. Sarebbe difficile, invece, provare a spiegare il mantenimento del tentativo obbligatorio di conciliazione nell'ambito del solo arbitrato innanzi alle commissioni di conciliazione, per cui pare più logico intendere il rinvio della norma nei termini suesposti.

Meno comprensibile risulta poi l'esclusione dell'applicazione del termine, vista la conseguente applicazione del regime di impugnazione previsto nel medesimo articolo⁶⁵, posto che questo richiamo contribuisce a definire l'arbitrato innanzi alle commissioni di certificazione, irrituale. Difatti, il primo riferimento è contenuto nel comma 3 dell'art. 412 c.p.c.⁶⁶ del suddetto articolo secondo cui «il lodo emanato a conclusione dell'arbitrato, sottoscritto dagli arbitri e autenticato, produce gli effetti di cui all'art.

⁶⁵ Sul punto, G. DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all'arbitrato nel collegato lavoro*, www.judicium.it, 10, ritiene non chiara la disciplina di compatibilità che deve trovare applicazione nell'ambito di questo modello di arbitrato. Infatti, se il richiamo è all'arbitrato di stampo classico, quest'ultimo ha bene poco a che fare con l'omologazione e l'efficacia di titolo esecutivo. Perciò se il richiamo è all'art. 808 *ter* c.p.c., l'art. 412 c.p.c. prevenendo proprio nei commi terzo e quarto, l'omologazione e l'efficacia esecutiva, risulterebbe incompatibile.

⁶⁶ In tal senso v. D. BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del "Collegato lavoro"*, www.judicium.it, in cui si valuta come pleonastico il richiamo espresso agli artt. 1372 e 2113, 4° comma, c.c.; M. DE CRISTOFARO, *op.cit.*, 63.

1372 e all'art. 2113, quarto comma, del codice civile». Il richiamo all'art. 1372 c.c., rubricato «effetti del contratto», secondo cui «il contratto ha forza di legge tra le parti», lascia poco spazio ad una qualificazione del lodo diversa da quella del negozio contrattuale e parimenti, autorizzando l'applicazione del comma 4 dell'art. 2113 c.c. secondo quanto stabilito dall'art. 31 comma 7 della l. 183/2010, si ammettono rinunzie e transazioni tra le parti in sede giudiziale, amministrativa e sindacale⁶⁷ nell'ambito dell'arbitrato nelle controversie di lavoro. Un altro elemento che conferma la qualificazione, come arbitrato irrituale, è rappresentato dal comma 4 dell'art. 412 c.p.c., per cui «il lodo è impugnabile ai sensi dell'art. 808 *ter*. Sulle controversie aventi ad oggetto la validità del lodo arbitrale irrituale, ai sensi dell'art 808 *ter* [...]».

In questo comma gli indizi sono due: dapprima si stabilisce che il regime delle impugnazioni è quello ai sensi dell'art. 808 *ter*, rubricato «arbitrato irrituale» e poi si richiama espressamente la «validità del lodo arbitrale irrituale».

Si tratta però di un arbitrato irrituale quantomeno «ambiguo» giacché segnato da tratti tipici dell'arbitrato di rito, quale ad esempio il profilo esecutivo⁶⁸ e la marcata processualizzazione⁶⁹. Certamente questo non costituisce un elemento innovativo o caratterizzante dell'intervento, anche se, dell'arbitrato libero così come costruito per necessità di cui si fece virtù, rimane ben poco⁷⁰.

⁶⁷ D. BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del collegato lavoro*, *cit.*, per cui non si tratterebbe di inoppugnabilità assoluta ma il comma 4 dell'art. 2113 c.c. farebbe riferimento alla categoria della annullabilità, ma non riguarderebbe la nullità, la quale può essere fatta valere attraverso il regime impugnatorio per il lodo irrituale.

⁶⁸ V. in accordo G. DELLA PIETRA, *op. cit.*, 1; M. BOVE, *ult.op. cit.*, §5.

⁶⁹ Sulla «pan-processualizzazione» dell'arbitrato irrituale si veda il capitolo primo, § 8. In questa sede si può soltanto rilevare la comunanza di questo profilo tra l'arbitrato ex art. 412 c.p.c. e l'art. 412 *quater*.

⁷⁰ Il riferimento è allo sviluppo che l'arbitrato irrituale conobbe a seguito dell'approvazione del nuovo codice di procedura civile, destinato a sostituire il codice unitario del 1865, approvato con R.D. 28 ottobre 1940 n. 1443. L'art 806 c.p.c statuiva: «Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte, tranne quelle previste negli articoli 409 e 442, quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione». Inoltre, l'art. 147 delle disposizioni di attuazione, rispetto al divieto contenuto nell'art 806 c.p.c. riguardo alle controversie ex art 442 c.p.c., afferma che: «Nelle controversie in materia di previdenza e di assistenza

2.3.3. Arbitrato presso le commissioni di certificazione e norme inderogabili.

L'arbitrato presso le commissioni di certificazione ha natura irrituale e il lodo emanato dalla stessa commissione è inoppugnabile ai sensi dell'art. 2113 c.c.. Ne deriva non solo l'apertura all'arbitrato nel controversie di lavoro – peraltro già prevista dall'art. 5 della l. 533/1973 – ma l'estensione dell'arbitrato ai diritti indisponibili. A dire il vero anche quest'ultima previsione non rappresenta una novità introdotta dal Collegato lavoro, anzi la strada era stata già intrapresa con l'abrogazione dei commi 1 e 2 dell'art. 5 della l. 533/1973, tanto da ritenere l'arbitrato una forma surrettizia di aggiramento della norma inderogabile⁷¹.

A dire il vero, se si sostiene la natura contrattuale dell'arbitrato irrituale, deve ammettersi che, in quanto contratto, sia sempre impugnabile, ai sensi dell'art. 1418 c.c., per violazione delle norme inderogabili⁷². Non mancano tuttavia, conclusioni diverse in dottrina che traggono le mosse dalla concezione unitaria del fenomeno arbitrale.

obbligatorie sono privi di qualsiasi efficacia vincolante, sostanziale e processuale, gli arbitrati rituali, gli arbitrati irrituali, le collegiali mediche, quale ne sia la natura giuridica, e le conciliazioni stragiudiziali intervenute anteriormente o posteriormente alla proposizione dell'azione giudiziaria». Il codice di rito del 1940 vietava poi, all'art 808 comma 2, di inserire clausole compromissorie nei contratti collettivi di lavoro, negli accordi economici e nelle norme equiparate. A ciò si aggiungeva una serie di norme imperative a tutela del contraente più debole come l'art 2113 c.c., considerate un serio ostacolo alla composizione dispositiva delle controversie di lavoro. L'intervento legislativo si tradusse in una serie di provvedimenti letali per l'arbitrato rituale nelle controversie di lavoro, che trovano, secondo l'opinione concorde della dottrina, fondamento nella «cattiva reputazione» della giustizia privata, fondata sul principio di esclusività della giurisdizione, sulle minori garanzie offerte dall'arbitrato nei confronti del lavoratore, considerato la parte debole da tutelare, nonché sulla considerazione che i datori di lavoro, seppur disposti ad accogliere procedure conciliative, rifiutavano strumenti in grado di incidere sulla libertà d'azione nelle aziende, come quelli dell'arbitrato rituale. Tali considerazioni, trasfuse poi nel codice di rito, non generarono una chiusura completa verso la giustizia privata, anzi, favorirono l'affermazione di una forma di arbitrato libero, svincolato dai formalismi dell'arbitrato di rito: **l'arbitrato irrituale**. L'arbitrato irrituale rappresentò l'unica forma di giustizia privata cui era possibile ricorrere evitando di inciampare nel divieto posto dal codice di rito non solo per le controversie di lavoro ma anche per i contenziosi previdenziali dal momento che le leggi che seguirono alla caduta del regime fascista, improntate sulla necessaria cessazione dell'impianto normativo delineato nel periodo corporativo, non travolsero i divieti di cui all'art 806 e 808 del c.p.c. In approfondimento sul tema v. C. CECHELLA, *Arbitrato nelle controversie di lavoro*, Franco Angeli editore, 1990.

⁷¹ M. NOVELLA, *ult. op.cit.*, 413. Così anche C. CESTER, *La norma inderogabile, cit.*, 411-412.

⁷² M. BOVE, *Art. 808 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1160; Id, *ADR nel c.d. Collegato lavoro*, cit., 19-20. D. BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del collegato lavoro*, cit., 29 secondo cui l'arbitrato irrituale non può disapplicare le norme inderogabili. V. anche G. PERA, *La nuova disciplina dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, *RIDL*, 1999, I,370; M.G. GAROFALO, *Note sull'arbitrato nelle controversie di lavoro*, *DLM*, 2006, II, 322.

L'arbitrato irrituale avrebbe natura decisoria e non contrattuale e si differenzerebbe solo sotto il profilo degli effetti. Ne conseguirebbe la non impugnabilità dell'arbitrato irrituale per violazione delle norme inderogabili⁷³.

Nell'ambito del diritto del lavoro, in cui, lo si ribadisce, la norma inderogabile è la regola, la contrapposizione dottrinale si ripropone anche se è assolutamente minoritario l'orientamento che propende per la non impugnabilità del lodo per contrarietà alle norme imperative⁷⁴. La dottrina maggioritaria sostiene, invece, che il lodo irrituale rimanga comunque sottoponibile all'impugnazione per violazione delle norme inderogabili⁷⁵. La tesi che dall'affermata natura negoziale di arbitramento irrituale conseguirebbe – in sede giudiziale – il controllo dell'autorità giudiziaria sull'osservanza delle disposizioni inderogabili di legge ovvero di contratti o accordi collettivi, ha ottenuto un certo riscontro anche in giurisprudenza⁷⁶.

Se non fosse che gli arbitrati introdotti dal «Collegato lavoro» sono presidiati dalla previsione dell'art. 2113 c.c. ultimo comma. E di conseguenza dotare i lodi dell'inoppugnabilità summenzionata significa, di fatto, mettere fuori dai giochi le norme inderogabili⁷⁷, con conseguente messa in discussione dell'intero impianto del diritto del

⁷³ G. TOTA, *Art. 808 ter c.p.c. (arbitrato irrituale)*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile*, III, Cedam, 2009, 555 ss e ulteriori indicazione bibliografiche ivi contenute.

⁷⁴ R. VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, ADL, 1998, 754 ss.; A VALLEBONA, *L'impugnazione del lodo arbitrale irrituale in materia di lavoro*, ivi, 2001, 79. R. FLAMMIA, *Conciliazione ed arbitramento nel rapporto di lavoro privato*, in *Conciliazione e arbitramento nelle controversie individuali di lavoro*, Banca, 42.

⁷⁵

⁷⁶ Cass. Sez. Un., 1 dicembre 2009 n. 25253; Cass. 22 febbraio 2006 n. 4025; Cass. 2 settembre 2003 n. 12798; Cass. 4 aprile 2002 n. 4841. Più di recente, Cass. 25 settembre 2013, n. 21915, tutte in *Dejure*.

⁷⁷ D. BORGHESI, *L'arbitrato, passim.*; S. BOCCAGNA, *L'arbitrato di equità*, in G. FERRARO-MCINNELLI, *Il contenzioso lavoro nella legge 4 novembre 2010*, n. 183, cit., 145. ; C.A. NICOLINI, *op.cit.*, 194-195. V. contra, V. SPEZIALE, *I limiti, cit.*, 49, in cui l'autore sostiene che la conclusione che induce a ritenere i lodi svincolati dal rispetto delle norme inderogabili, è frutto della formulazione particolarmente infelice della norma.

lavoro⁷⁸. Si pensi, ad esempio, alla possibilità per gli arbitri di disapplicare l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori⁷⁹.

Resta da chiarire, visto il regime di inoppugnabilità del lodo arbitrale irrituale, se si possa in qualche modo accostare l'arbitrato (*rectius*: gli arbitrati) del «Collegato lavoro», alle rinunce e transazioni assistite. La differenza tra i due istituti pare evidente: mentre con il lodo arbitrale si ridefiniscono gli interessi controversi, con le rinunce il lavoratore viene a disporre dei propri diritti⁸⁰. La non equiparabilità dei due strumenti, in realtà, opera su un piano strutturale: il lodo arbitrale è assunto da soggetti terzi imparziali ed ha contenuto decisorio, mentre le rinunce e transazioni si qualificano come atti dispositivi compiuti dal lavoratore personalmente con un'assistenza qualificata⁸¹. In estrema sintesi, si contrappone un mezzo di eterocomposizione delle controversie a un mezzo di autocomposizione⁸². Non manca, tuttavia, in dottrina chi ha rilevato una certa affinità tra i due istituti, arrivando, quindi a riconoscere, in entrambi, una funzione dispositiva e negando, per l'effetto, il carattere di giudizio dell'arbitrato irrituale che la riforma del 2006 aveva enfatizzato⁸³.

⁷⁸ A. ZOPPOLI, *Riforma della conciliazione e dell'arbitrato e riflessi sul lavoro pubblico*, DLM, 2010, 9

⁷⁹ A. CORVINO – M. TIRABOSCHI, *L'arbitrato*, cit., 44.

⁸⁰ A. ZOPPOLI, *op.cit.*, 11-12.

⁸¹ M.G. GAROFALO, *Note sull'arbitrato*, cit., 320-321.

⁸² La distinzione è magistralmente chiarita da C. PUNZI, *L'arbitrato: fecondità e attualità dell'insegnamento di Salvatore Satta*, RTDPC., 2003, 749-750 secondo il quale tra gli strumenti alternativi allo *judicere* dello Stato occorre distinguere tra strumenti di **autocomposizione**, realizzata direttamente dalle parti, ossia la transazione e strumenti di **eterocomposizione**, quale l'arbitrato. La conciliazione si pone in una posizione intermedia: è *diversa dall'arbitrato*, perché è uno strumento di *composizione diretta della controversia ad opera delle stesse parti litiganti e quindi la soluzione non è rimessa ad un terzo-arbitro. Ma è diversa anche dalla transazione*, perché questa si manifesta con il mero incontro di volontà delle parti [...] la conciliazione richiede ancora l'incontro delle volontà delle parti, ma questa volta con la presenza e l'intervento attivo di un terzo, che offre alle parti il suo *consilium* e cerca di conseguire il *concilium*, cioè l'incontro delle volontà delle parti, che a quel *consilium* manifestano adesione.

⁸³ A. CORVINO – M. TIRABOSCHI, *L'arbitrato*, cit., 320-321.

2.3.4. L'apertura all'arbitrato di equità.

L'«ultimo nefasto scenario»⁸⁴ introdotto dal «Collegato Lavoro» è rappresentato dall'apertura all'equità nel sistema arbitrale.

Sul punto è intervenuto anche il Presidente della Repubblica, il quale ha mostrato la sua preoccupazione verso l'introduzione del giudizio equitativo, in particolare riguardo alla possibilità che il ricorso all'equità sia autorizzato mediante clausola compromissoria. Il capo dello Stato, ha rilevato come l'esigenza di una maggiore flessibilità all'interno della disciplina del rapporto di lavoro sia stata palesata dal mondo dell'imprenditoria più volte ma che, pur essendo uno strumento percorribile, quello dell'equità, «deve essere esplicitato e precisato, non potendo essere semplicemente presupposto o affidato in misura largamente prevalente a meccanismi di conciliazione e risoluzione equitativa delle controversie, assecondando una discutibile linea di intervento legislativo - basato sugli istituti processuali piuttosto e prima che su quelli sostanziali - di cui l'esperienza applicativa mostra tutti i limiti»⁸⁵. Inoltre, l'unico limite che era stato posto al giudizio equitativo, nella prima versione del «Collegato Lavoro», era individuato nei principi generali dell'ordinamento⁸⁶. Il Presidente della Repubblica aveva notato come tale richiamo non fosse sufficiente a garantire il rispetto di tutti i diritti indisponibili, al di là

⁸⁴In questi termini S. CENTOFANTI, *Le nuove norme non promulgate*, cit. 334, secondo cui l'equità determina il superamento dell'intero sistema di tutela inderogabile del lavoratore, quale previsto dalle leggi e dai contratti collettivi.

⁸⁵Cit. testuale contenuta nel Messaggio del Presidente della Repubblica, reperibile su www.camera.it

⁸⁶ Per una definizione di principi generali dell'ordinamento v. C. Cost. 15 giugno 1956, in www.cortecostituzionale.it, secondo la quale si tratta di: *Orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento vigente.*

Ricorre, quindi, una stretta connessione tra questi ultimi e i principi costituzionali, nonché con i principi di immediata attuazione della Costituzione. Si tratta, come nota attenta dottrina, di principi vaghi, che garantirebbero agli arbitri «una (quasi) totale libertà di giudizio» (V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel "collegato lavoro"*, DLM, 2010, 153.). E ciò, d'altronde, spiega la preoccupazione su ricordata del Capo dello Stato.

di quelli garantiti dalla Costituzione⁸⁷. A tale perplessità è seguita la risposta del legislatore che si sostanzia nell'eliminazione della previsione di un giudizio d'equità autorizzato mediante clausola compromissoria all'interno del comma 10 della suddetta legge e l'inserimento della previsione dei principi regolatori della materia⁸⁸, anche comunitari, quali limiti posti all'esercizio del potere equitativo.

⁸⁷ Idem. V. inoltre, in toni più enfatici, S. CENTOFANTI, *Le nuove norme non promulgate*, cit., p.334, in cui l'autore accosta la dizione "principi regolatori della materia" all'eufemismo e all'espressione ovattata, sottolineando come la funzione di tale inserzione sia "evitare di dare consapevolezza alla collettività di ciò che si appresta a fare".

⁸⁸ I principi regolatori della materia, rappresentano coincidono, secondo parte della dottrina (V. V.SPEZIALE, *I limiti*, cit., 55, e ulteriori riferimenti contenuti nella nota 96.), con le norme positive, la cui disapplicazione finirebbe per stravolgere le linee individuanti della materia in esame. Non costituiscono principi regolatori della materia, le norme che non costituiscono i «canoni fondamentali che ispirano la disciplina dell'istituto» (Cass. sez. un., 15 giugno 1991, n. 6794, *De jure*). Per intenderci costituiscono principi regolatori della materia quali le norme sulla sicurezza del lavoratore o la necessaria giustificazione del licenziamento. In questo quadro, come si definisce la c.d. tutela reale stabilita all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori? Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale non costituisce né principio regolatore della materia (v. per tutte, Corte Cost., *FI.*, 2000, 699.), né tantomeno è espressione del principio dell'ordine pubblico, in riferimento al diritto internazionale privato (Cass., 9 maggio 2007, n. 10549, *RIDL.*, 2008, 355). Se inquadrriamo il problema equitativo in riferimento all'art. 18 dello St. dei lavoratori, sarebbe possibile sostituire la reintegrazione con un equo risarcimento, appurata la sua derogabilità dal momento che non costituisce principio regolatore della materia, (In senso favorevole v. M. TIRABOSCHI, op. cit., 126; R. DEL PUNTA, *Opinioni sul "collegato lavoro"*, *DRI*, 2011, 121; v. *contra* V.SPEZIALE, *I limiti*, cit., 58 secondo il quale la tutela reale costituisce norma fondamentale e senza la quale quel tipo di rapporto non sussiste. In altri termini, non si può guardare in ottica commutativa alla reintegrazione – rimedio restitutorio e satisfattivo - e al risarcimento.) e ciò sembra essere avallato anche dalla Corte Costituzionale, 7 febbraio, n.46, *FI.*, 2000, 699 che si esprimeva in tal senso: *l'eventuale abrogazione della c.d. tutela reale avrebbe il solo effetto di espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro, che risulta ricondotta, nelle discipline che attualmente vigono sia per la tutela reale che per quelle obbligatoria, al criterio di fondo della necessaria giustificazione del licenziamento.*

Inoltre, è stata ipotizzata un'operatività inversa dell'equità, ossia che nell'ambito di un licenziamento pretestuoso alla tutela obbligatoria si sostituisca un'equa reintegrazione (R. DEL PUNTA, op. cit., 144.). Tale inversione non può operare riguardo alla clausola compromissoria, per espresso divieto di legge, infatti, non è possibile una devoluzione *ante litem* delle liti che abbiano ad oggetto la risoluzione del rapporto di lavoro. Dopo aver cercato, seppur in maniera superficiale, di inquadrare i "principi regolatori della materia" il quesito che ci poniamo in questa sede è se tale richiamo sia di per sé idoneo o meno a costituire una garanzia per i diritti indisponibili del lavoratore, vista l'operatività del comma 4 dell'art. 2113 c.c. e che tale violazione possa assumere rilievo solo laddove sia inquadrabile un *error in procedendo* (art. 808 *ter*, n. 4, c.p.c.). In altri termini, cercare di capire se le preoccupazioni espresse dal Capo dello Stato, siano state fugate dall'intervento legislativo seguente. La risposta risiede nella considerazione che se tal richiamo, ossia quello ai principi regolatori della materia, fosse in grado di ricomprendere l'intero corredo dei diritti indisponibili del lavoratore, il lodo di equità, rappresentando le norme inderogabili la regola nel diritto del lavoro, sarebbe impugnabile per ogni o quasi violazione delle norme di diritto, anche se non sarebbe sanzionabile la violazione del contratto collettivo⁽⁸⁸⁾ e ciò verrebbe a vanificare la stabilità che il legislatore ha inteso conferire al lodo. Peraltro, vista l'operatività dell'art. 2113 c.c., forse, il quesito posto perde di significato. Infine, in merito al riferimento ai principi di derivazione comunitaria, come è stato notato da autorevole dottrina, il richiamo è evidentemente riferito alle norme che non trovano diretta applicazione nel nostro ordinamento, ma alle direttive, pareri e raccomandazioni (BORGHESI D., *L'arbitrato ai tempi del "Collegato lavoro"*, cit., 30-31).

L'apertura verso l'equità rappresenta uno dei profili più discussi del «Collegato Lavoro», come si può ben comprendere visto che una riflessione sul tema dell'equità impone confrontarsi con i diritti indisponibili e le norme inderogabili di legge⁸⁹. L'equità è un tema che tende a riproporsi costantemente nelle riforme che hanno ad oggetto le controversie di lavoro, tanto da essere paragonata all'araba fenice che risorge dalle proprie ceneri⁹⁰ e si caratterizza per l'assunzione di un diverso significato a seconda dell'ambito in cui opera e delle modalità in cui il suo intervento si sostanzia. Non essendo questa la sede per realizzare una completa disamina sull'equità, evidenziamo semplicemente come l'equità si atteggi sia come criterio di giudizio, sia come criterio d'interpretazione/integrazione del contratto ed in ultimo rappresenti una fonte del diritto il cui ruolo varia a seconda del sistema giuridico di riferimento. Ai fini della trattazione che ci apprestiamo ad affrontare, occorre restringere il campo alla sola nozione di equità intesa come criterio di giudizio, distinguendo – seguendo uno schema classificatorio collaudato – tra equità sostitutiva e equità suppletiva o integrativa. La prima forma di equità – quella sostitutiva per l'appunto – implica l'attribuzione al giudice del potere di sostituire integralmente l'applicazione della norma con un'autonoma decisione equitativa, la seconda presuppone, invece, la mancanza di una normativa di riferimento.

La **c.d. equità sostitutiva** caratterizza un giudizio immediato che «sgorga direttamente dalla nostra coscienza nel momento in cui questa conosce il fatto»⁹¹. La qual cosa significa che il criterio dell'equità si pone in termini antitetici al diritto e che siamo alla presenza di un criterio extragiuridico, ossia che «l'equità ricerca la giustizia del caso

⁸⁹ Peraltro il tema coinvolge anche il binomio diritti indisponibili e norme inderogabili. V. nt. 2.

⁹⁰ Il paragone, seppur risalente nel tempo ma sempre attuale rispetto al tema dell'equità, è di MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, Riv. int. fil. dir., 1923, 256 ss.

⁹¹ DE MARINI C.M., *Il giudizio di equità nel processo civile, Premesse teoriche*, Cedam, 1959, 103.

concreto secondo criteri non giuridici»⁹². L'unico limite che l'equità, così descritta, incontrava era rappresentato dall'osservanza delle norme costituzionali e da quelle comunitarie prevalenti su quelle ordinarie⁹³, con evidenti rotte di collisione sia con il principio di legalità su cui si fonda la tutela giurisdizionale dei diritti *ex art 24*, primo comma, Cost., sia con la soggezione del giudice alla legge, prevista all'art. 101, secondo comma, della Cost.⁹⁴.

All'equità dovrebbe essere assegnato, probabilmente, un ruolo diverso, ossia – ferma restante la necessità di assumere come faro i principi informatori della materia, nonché le norme costituzionali e comunitarie prevalenti su quelle interne – il giudicante dovrebbe far ricorso all'equità nell'ambito della lacuna normativa, correggere le omissioni o le iniquità che possono derivare dall'applicazione di principi generali al caso concreto⁹⁵.

Peraltro, la Suprema Corte, in diverse pronunce, aveva definito l'equità come «l'applicazione di criteri idonei a temperare il rigore della legge adattandola alle particolari concrete esigenze di natura etico-sociale, suggerite dalle circostanze della causa»⁹⁶. Il giudizio di diritto s'inquadra, perciò, nei termini di «necessaria premessa» ai fini della decisione secondo equità⁹⁷.

⁹² LALIVE, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Losanna, 1989, 401.

⁹³ Cass. Sez. un., 15 ottobre 1999, n. 716, *MGC.*, 1999, 2181. Peraltro, la Suprema Corte aveva avuto modo di chiarire, in una pronuncia precedente alla sentenza 206/2004, come «in virtù dell'art. 829, comma 2, c.p.c., qualora gli arbitri siano autorizzati a pronunciare secondo equità, è preclusa l'impugnazione per nullità del lodo per violazione delle norme di diritto sostanziale o, in generale, per *errores in iudicando* che non si traducano nell'inosservanza di norme fondamentali e cogenti di ordine pubblico» (Cass. 8 aprile 2004, n. 6950, *GC.*, 2005, 5, I, 1329). V., inoltre, Cass., 18 marzo 1981, n. 1595, *MGC.*, 1981; Cass. 20 gennaio 2006, n. 1183, *GD*, 2006, 17, 94 (s.m.)

⁹⁴ Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, in *De jure*.

⁹⁵ F.GALGANO, *Diritto ed equità nei giudizi arbitrali*, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, I, Utet, 1999, 368-369. in cui l'a. sottolinea che ciò emerge dallo *ius praetorium* romano, così come nell'esperienza giurisdizionale inglese dell'*equity*, espressa nella massima: *Equity follows the law*.

⁹⁶ Cass., 21 giugno 1985, n. 725, *Mass. Foro. it.*; V. inoltre, Cass., 28 aprile 1960, n. 943, *ivi.*; Cass., 25 maggio 1981, n. 3414, *cit.*, 2600. E più recentemente, Cass., 4 luglio 2000, n. 8937, *MGC*, 2000, 1488, in cui si afferma che «Non sussiste contrapposizione tra diritto ed equità, atteso che il giudizio di equità richiede pur sempre il riferimento ad una fattispecie normativa e la comparazione tra norma di legge ed

L'equità, concludendo, non è dunque un criterio extragiuridico ma la discrezionalità del giudice (e dell'arbitro) che trova un limite invalicabile nell'ambito dei principi informatori della materia, oltre che nelle norme costituzionali e comunitarie⁹⁸. Così definita, forse, le critiche di destrutturazione del diritto del lavoro potrebbero essere respinte. Ma si può andare anche oltre. Può accadere, infatti, che la «necessaria premessa di diritto» nel giudizio di equità sia erronea. Orbene, la sentenza di equità non è censurabile per il vizio di cui all'art. 360, n.3. c.p.c. ma l'erroneità della premessa di diritto può assumere rilevanza nell'ambito dell'art. 829, comma secondo, c.p.c., quale *error in procedendo*⁹⁹. In altri termini l'erronea premessa è rilevante nella misura in cui «abbia inficiato quella preliminare valutazione di diritto del caso di specie che costituisce il necessario antecedente logico della pronuncia di equità»¹⁰⁰. Pertanto,

eventuale criterio equitativo prescelto, il quale può operare ove sia obbiettivamente giustificata una disparità di trattamento rispetto a quello che deriverebbe dall'applicazione delle norme di diritto. È, pertanto, potere degli arbitri chiamati al giudizio secondo equità applicare il diritto ogni volta in cui essi ne ravvisino la coincidenza con l'equità, ed il loro apprezzamento al riguardo si sottrae ad ogni censura, poiché un controllo su di esso equivarrebbe ad un sindacato sul retto esercizio dei poteri equitativi". V. inoltre, Cass., 25 maggio 2007, n.12319, *GD* 2007, 41, 64 (s.m.); Cass. 7 maggio 2003, n. 6933, *FI*, 2003, 3023; Cass., 13 marzo 1998, n. 2741, *GI* 1999, 1610.

⁹⁷Cass., 13 novembre 1973, n. 3001, *GI*, 1974, 1720. In tal senso v. in dottrina, M.C. DE MARINI, *op. cit.*, 103; V. FROSINI, *Equità (noz.)*, *Enc. Dir.*, XV, Giuffrè, 1966,80; G. LUMIA, *L'equità fra la giustizia e la legge*, *RDC*, 1976, 708; S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969, 225.

⁹⁸Corte cost. 6 luglio 2004, n. 206, *cit.* Per una panoramica generale sulla portata della pronuncia di tale pronuncia, senza alcuna pretesa di completezza, v. A. RUGGERI, *Il giudizio di equità necessario, i principi informatori della materia e l'appello avverso le sentenze pronunciate dal Giudice di Pace a norma dell'art. 113, 2° comma, c.p.c.*, *FL.*, 2007,1367 – 1371; G. VERDE, *Contro l'equità necessaria del giudice di pace.*, *RTPC*, 2006, 745-754; C. ASPRELLA, *Riflessioni in margine al significato semantico e alla interpretazione giuridica dei "principi informatori" della materia.*, *RP.*, 2005, 1369-1376; ID., *La scure della Consulta si abbatte sul giudizio di equità necessario: una salutare interpretazione costituzionalmente orientata del secondo comma dell'art. 113 c.p.c.*, *RTPC.*, 2005, 641-651; I. FERRANTI, *Prime impressioni sulle implicazioni sul piano della teoria generale del diritto e le conseguenze sul piano processuale della riconciliazione fra diritto ed equità operata dalla Corte costituzionale.*, *GC*, 2005., 2922-2939; R. MARTINO, *Giudizio equitativo e 'principi informatori della materia': continua la contesa tra la Consulta e la Suprema Corte.*, *RDC.*, 2005,961-1002; ID., *Decisione equitativa e "principi informatori della materia".*, *RDP*, 2005, 1353-1369; M. F.CURSI (*In tema di giudizio di equità del Giudice di Pace.*), *GI.*, 2005, 2126- 2127; R. GIORDANO, *La Corte di cassazione, il giudizio di equità necessario e una discutibile interpretazione della sentenza n. 206 del 2004 della Corte costituzionale.*, *GC.*, 2005, 1821-1826; G. FINOCCHIARO (*In tema di equità necessaria.*), *GI.*, 2005, 1219-1220; L.ZAPPATERRA, *Un ritorno al passato: la Corte costituzionale riscrive l'art. 113, comma 2, c.p.c.*, *SI.*, 2005, 11-17

⁹⁹Corte cost. 6 luglio 2004, n. 206, *cit.*

¹⁰⁰F.GALGANO, *op. cit.*, 375.

anche la preoccupazione inerente la mancata censurabilità della premessa di diritti su cui poggia il giudizio equitativo sembra non essere fondata.

Rimane da analizzare il rapporto tra l'equità e la violazione delle norme di ordine pubblico. Non con altrettanta speditezza si possono respingere le resistenze che si oppongono al giudizio equitativo, basate sull'indisponibilità dei diritti *ex parte locatoris*. Infatti, il diritto del lavoro si caratterizza per essere soggetto a un'ipertrofia normativa che si realizza mediante «assetti normativi massicciamente legificati, [...] esprimendosi sotto forma di diritti indisponibili del lavoratore»¹⁰¹.

Con l'apertura verso l'equità, dunque, si paventerebbe, secondo parte della dottrina «un vero e proprio smantellamento del *corpus iuris* a tutela dei lavoratori sedimentatosi in quasi un secolo»¹⁰² ed in altri termini «un colpo al cuore dell'inderogabilità delle discipline lavoristiche»¹⁰³. La ragione di tale «smantellamento» risiederebbe nella considerazione per cui, il lodo emanato secondo equità sarebbe inattaccabile se non per violazione dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, interni e comunitari. Orbene, sarebbe esclusa, secondo tale tesi, l'impugnazione a seguito della disapplicazione delle norme inderogabili.

Il «problema equità» nell'arbitrato delle controversie di lavoro, va affrontato, ad avviso di chi scrive, cercando di evitare previsioni apocalittiche ma valutando, effettivamente, quale sia il suo ambito operativo.

Iniziamo cercando di inquadrare il rapporto tra norme inderogabili e giudizio di equità, come del resto abbiamo già accennato poc'anzi nella brevissima disamina del concetto di equità attraverso il riferimento a numerose pronunce giurisprudenziali¹⁰⁴. Al riguardo

¹⁰¹ M.GRANDI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., 67.

¹⁰² S. CENTOFANTI, *Le nuove norme non promulgate*, cit., 334.

¹⁰³ M.ROCCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, III ed., Giappichelli, 2008, 471.

¹⁰⁴ V. *supra* nota 19.

possiamo solo aggiungere che assumendo come punto di partenza obbligato la sentenza della Corte Costituzionale n. 206/2004, le **norme imperative** delimitano l'ambito di applicazione dell'equità in negativo, «proibendone il contrasto con interessi che si impongono all'autonomia individuale, anche in riferimento all'arbitrato»¹⁰⁵. Orbene, sembra da più parti condivisa la considerazione per cui le norme inderogabili costituiscono un ostacolo invalicabile al potere di decidere secondo equità¹⁰⁶, d'altronde, ribadiamo come «un'equità priva di limiti normativi possa minare alla base la certezza delle relazioni giuridiche»¹⁰⁷.

Quindi, se il sistema lavoristico risulta storicamente imbrigliato nelle norme inderogabili e queste non possono essere bypassate mediante il ricorso al giudizio equitativo, lo scenario apocalittico di destrutturazione del diritto del lavoro si riduce ad una tempesta in un bicchiere d'acqua¹⁰⁸. Le norme inderogabili rappresentano la regola nel diritto del lavoro e pertanto, l'equità può inserirsi solo nell'eccezione, ossia nelle norme dispositive. A questa meta si può arrivare anche secondo un ragionamento di Zoppoli¹⁰⁹, il quale si chiede: se l'equità disinnescasse la norma inderogabile di per sé, quale sarebbe la ragione di affermare l'inoppugnabilità a norma dell'ultimo comma dell'art. 2113 c.c.? La ragione è che l'applicabilità dell'art. 2113 c.c. determina l'inoppugnabilità della pronuncia arbitrale a prescindere da ogni correlazione con

¹⁰⁵ A. ZOPPOLI, *op.cit.*, 421.

¹⁰⁶In tal senso, D. BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del "Collegato lavoro"*, *cit.*, 28; M. BOVE, *Arbitrato nelle controversie di lavoro*, RA., 2005, 884. A. ZOPPOLI, *op. cit.*, 421. V. *contra* S. CENTOFANTI, *ult. op. cit.*, 334; M. ROCCELLA, *op. cit.*, 471.

¹⁰⁷ Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, *cit.*

¹⁰⁸ Analogamente M. BOVE, *Arbitrato nelle controversie di lavoro*, *cit.*, 884; A. ZOPPOLI, *op. cit.*, 421, in cui l'a. inquadra l'area del diritto del lavoro come un'area giuridica contraddistinta da un alto tasso di eteroregolamentazione inderogabile e evidenzia come il difficile rapporto con l'arbitrato derivi dal fatto che in tale area giuridica, invece, l'autonomia delle parti incontra pochi limiti rappresentati da norme inderogabili.

¹⁰⁹A. ZOPPOLI, *op. cit.*, §8.

l'equità e ciò «con buona pace» sia della «diversa disposizione» richiesta dall'art. 1418 c.c., sia della necessità di trasparenza, tanto a cuore al Capo dello Stato¹¹⁰.

Dovrebbe, quindi, destare maggiore preoccupazione l'estensione dell'applicazione dell'art. 2113 c.c., ultimo comma, all'arbitrato nelle controversie di lavoro poiché la qual cosa si traduce nella non impugnabilità per violazione di norme inderogabili di legge o del contratto collettivo, tanto del lodo di diritto quanto in quello pronunciato secondo equità¹¹¹. Orbene, a questo punto, reo di destabilizzare il diritto del lavoro, rendendo irrilevanti e facilmente bypassabili le norme inderogabili, non è tanto il potere equitativo, che merita di essere «assolto», dopo quanto detto sopra, ma l'inoppugnabilità del lodo per contrarietà a disposizioni inderogabili previste dalla legge e dalla contrattazione collettiva che deriva dall'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 2113 c.c.¹¹², tanto da poter ritenere che il legislatore avrebbe potuto fare addirittura a meno del richiamo all'equità¹¹³.

Ed effettivamente, interpretando alla lettera, il legislatore solo in un caso ha deciso, inspiegabilmente, di inibire il ricorso all'equità: avanti alle commissioni di certificazione¹¹⁴. Di fatti, come detto sopra, il legislatore non ha richiamato il comma _ dell'art. 412 c.p.c. e questa mancanza sarebbe da interpretare come espressione della volontà di precludere il ricorso all'equità in sede di certificazione, parimenti a quanto accade per l'arbitrato sindacale. Non sono però chiare le ragioni dell'esclusione del ricorso all'equità proprio in queste due sedi, posto che i rispettivi lodi sono comunque dotati dell'inoppugnabilità ex art. 2113 c.c. e tanto da poter pensare che trattandosi di

¹¹⁰*Ibidem*, 433-434.

¹¹¹D. BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del "Collegato lavoro"*, cit., 29; S. BOCCAGNA, op. cit., 145. A. ZOPPOLI, op. cit., 433.

¹¹²*Ibidem*, 436.

¹¹³M. TIRABOSCHI, *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro*, in *Formulario del processo del lavoro*, cit., 124.

¹¹⁴In tal senso, v. G.DELLA PIETRA, op.cit., 11.

arbitrato irrituale, al pari degli altri modelli, l'applicazione dell'equità potrebbe ottenersi in via analogica¹¹⁵. Tuttavia, se il legislatore ha richiamato unicamente quei commi dell'art. 412 c.p.c. e non l'articolo nella sua interezza, intendeva, interpretando *a contrario*, escludere l'arbitrato di equità.

Peraltro, tutto quanto detto sin ora vale, *a fortiori*, per la clausola compromissoria, con tutte le preoccupazioni che tale modalità di intervento comporta, efficacemente espresse dal Presidente della Repubblica nel suo messaggio di rinvio¹¹⁶. D'altronde l'indisponibilità dei diritti del lavoratore è «un fattore istituzionale di riduzione della possibilità di ricorrere a forme alternative di giustizia»¹¹⁷ e se l'*intentio legislatoris* era quella di invertire questa tendenza e tentare di far breccia nel muro granitico del *favor* verso il ricorso alla giustizia ordinaria, o più enfaticamente, di abbattere «l'idolatria per la giustizia statale»¹¹⁸ questo atteggiamento è strumentale alla realizzazione dell'obiettivo. La qual cosa non significa necessariamente che il ricorso alla giustizia privata sia stato, nei fatti, incentivato. Infatti, l'inoppugnabilità del lodo sembra basarsi sulla necessità di ottemperare ad un rapporto nei termini antinomico, quale quello tra arbitrato e diritto del lavoro, nel senso che l'arbitrato – essendo uno strumento flessibile – mal tollera la presenza di norme inderogabili, mentre il diritto del lavoro è l'area giuridica che ne è maggiormente caratterizzata. In altri termini, un rapporto di lavoro più duttile si abbina meglio con lo strumento arbitrale. Tuttavia, come ha sottolineato il

¹¹⁵ V. SPEZIALE, *I limiti della giustizia*, cit., 44.

¹¹⁶ Il messaggio è reperibile su www.camera.it.

¹¹⁷ M. GRANDI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., §5, in cui l'a. esclude che nel nostro ordinamento possa esserci spazio per la risoluzione alternativa delle controversie di lavoro, laddove per risoluzione alternativa si intenda una nozione di operatività autonoma del mezzo compositivo in un proprio sistema di regole e non una nozione di concorrenza del mezzo stesso rispetto ad un ordine di regole, la cui attuazione è garantita, in via primaria, dal mezzo giudiziario. La risposta negativa del Grandi, poggiava non solo sull'eteronomia dell'ordinamento e sull'indisponibilità dei diritti controversi del lavoratore, ma sulle disposizioni in tema di impugnazione e esecutività dei lodi, le regole sui giudizi arbitrali che segnano inequivocabilmente il favor verso il ricorso alla giurisdizione ordinaria, che inibisce ogni discorso di alternatività nei termini espressi sopra.

¹¹⁸ A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro*, cit., 14.

Presidente della Repubblica, le esigenze di una maggiore flessibilità del rapporto di lavoro – palesate in più sedi – meritano di essere condivise, ma vanno attuate attraverso una diversa definizione sostanziale del rapporto di lavoro e non attraverso istituti processuali. Inoltre, ad avviso di chi scrive, l'inoppugnabilità non rappresenta la rimozione di un ostacolo di «abbinamento» dell'arbitrato al settore lavoristico, ma una possibile remora importante che il lavoratore può mostrare in termini di fiducia verso lo strumento dell'arbitrato.

Peraltro in sede d'impugnazione di nullità, gli errori di diritto sostanziale possono essere fatti valere unicamente quando essi attengano alla violazione di regole di ordine pubblico, ossia norme poste a tutela di principi inderogabili dell'ordinamento giuridico¹¹⁹. Non sembra che un giudizio di equità possa, validamente, violare le norme inderogabili di legge che presidiano la materia lavoristica e che, nessuna destrutturazione del sistema lavoristico sia conseguenza ineluttabile dell'apertura all'equità. Cercando di tirare le fila di una, evidentemente, approssimativa panoramica sulla nozione di equità, ciò che preme sottolineare è il rapporto non antitetico con il giudizio di diritto, la necessaria previsione del rispetto delle norme costituzionali, comunitarie (ove prevalenti su quelle ordinarie) e inderogabili, e ciò al fine di valorizzarne il possibile ricorso in termini di flessibilizzazione del giudizio nelle controversie di lavoro.

¹¹⁹Trib. Mil., 3 ottobre 2009, n. 11786, *Dejure*. V. inoltre, Cass., 20 gennaio 2006, n. 1183, *cit.*; Cass., 16 giugno 2000, n. 8231, *MGC.*, 2000, 1321. Cass., 4 maggio 1994, n. 4330, *RA.*, 1994, 499. Cass., 8 novembre 1984, n.5637, *MFI.*, 1984.

2.3.5 Clausola compromissoria e certificazione.

Giova ricordare che un ulteriore incentivo verso la certificazione all'interno del collegato lavoro deriva dall'obbligatorietà del procedimento certificatorio per la clausola compromissoria.

La procedura arbitrale nelle controversie di lavoro può essere attivata *post litem* attraverso il compromesso, o *ante litem* mediante la clausola compromissoria.

L'art. 412 c.p.c. non fa riferimento al compromesso in maniera esplicita ma nel dire «... e possono accordarsi per la risoluzione della lite, affidando alla commissione di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale» è evidente il richiamo al compromesso pur ammettendo la natura dinamica di questo ricorso all'arbitrato¹²⁰. Il compromesso è intriso della problematica per cui – essendo le parti già in conflitto – difficilmente potranno mettersi d'accordo per conferire il mandato per la risoluzione arbitrale. È, dunque, trattandosi di un momento di conflittualità piena, quello in cui si dovrebbe inserire il mandato e considerato che il tentativo di conciliazione in cui si intercala non ha prodotto esiti favorevoli o in una visione più rosea, ha generato soluzioni parzialmente risolutive, diventa difficile esprimersi sulla sua operatività pratica senza incorrere in una valutazione prognostica che non sia marcatamente spregiudicata.

Se sul compromesso i dubbi s'insinuano in merito alla sua utilizzazione nella pratica, ben altre problematiche avvolgono la clausola compromissoria.

L'intervento del legislatore nell'ambito della clausola compromissoria non è stato realizzato all'interno del codice di procedura civile, ma attraverso un rimando alla

¹²⁰In accordo V. F.AULETTA *Le impugnazioni del lodo nel "Collegato lavoro" (L. 4 novembre 2010, n.183)*, www.judicum.it, § 1. D. BORGHESI, *ult. op.cit.*, 11, in cui l'a. parla di un «sottotipo» di compromesso, che non ha le caratteristiche del compromesso *ex art 808 ter c.p.c.* e non ne ha gli stessi effetti, vincolando le parti solo per quanto riguarda la singola procedura ; G. DELLA PIETRA, *op. cit.*, §2.

legislazione speciale, ossia all'art. 31, comma 10, del «Collegato Lavoro». Il comma 10 dell'art. 31 del l.183/2010 stabilisce che «le parti possono pattuire clausole compromissorie di cui all'art. 808 c.p.c. che rinviano alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli artt. 412 e 412 *quater* c.p.c.».

Innanzitutto occorre chiarire l'attivazione della procedura arbitrale mediante clausola compromissoria non è stata oggetto della medesima piena liberalizzazione che ha, invece, caratterizzato il compromesso. La clausola compromissoria, che peraltro riguarda espressamente solo nelle liti di lavoro privato¹²¹, è stata ammessa ma con riserva. La riserva si sostanzia nell'apposizione di limiti, previsti a pena di nullità, che ne circoscrivono l'ambito operativo. Tali limiti sono rinvenibili nel comma 10 dell'art. 31 l. 183/2010 e sono individuati:

- Nella necessaria previsione della facoltà di pattuire clausole compromissorie che deve essere contenuta negli accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale;
- Qualora non intervengano accordi in tal senso, trascorsi dodici mesi dall'entrata in vigore della suddetta legge, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali convoca le parti per la stipulazione dell'accordo. Ove ciò non avvenga nei sei mesi successivi alla data di convocazione, il Ministro, *sua sponte*, «... individua le modalità di piena attuazione e piena operatività delle disposizioni di cui al comma 10» (art.31 comma 11);

¹²¹Vedi *supra* §3.

- Deve, a pena di nullità, essere certificata in base alle disposizioni di cui al titolo VIII del d.lgs. 276/2003, dagli organi di certificazione di cui all'art. 76 del medesimo decreto e successive modificazione;
- Non può essere sottoscritta prima della conclusione del periodo di prova, ove previsto, ovvero se non siano trascorsi almeno trenta giorni dalla data di stipulazione del contratto di lavoro;
- In ultimo, non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro.

Occorre però fare un passo indietro e analizzare come si è giunti a questa definitiva formulazione dell'art. 31 del «Collegato Lavoro».

Senza far torto alle altre disposizioni della novella del 2010 quello della clausola compromissoria è senza dubbio il profilo più discusso. Nella prima versione della legge – per intenderci quella che precede l'intervento del Presidente della Repubblica – la clausola compromissoria era ammessa senza limitazione alcuna, né dal punto di vista dell'oggetto e quindi poteva concernere anche profili patologici del rapporto di lavoro quali il licenziamento, né dal punto di vista temporale, ossia poteva essere stipulata in circostanza dell'assunzione del lavoratore ed in ultima battuta prevedeva «la richiesta di decidere secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento». Sono questi i profili problematici che insorgono dalla possibilità di deferire ad arbitri la risoluzione della controversia non solo in presenza di una lite già sorta, ma nell'ambito di una preventiva devoluzione delle controversie ad arbitri.

Riguardo al profilo della stipulazione della clausola nel momento d'instaurazione del rapporto, il Presidente della Repubblica ha eccepito che «la fase di costituzione del rapporto è, infatti, il momento nel quale è massima la condizione di debolezza della

parte che offre la prestazione di lavoro». La verifica della genuinità della volontà delle parti è stata attribuita agli organi certificatori individuati dall'art. 76 del dlgs. 276/2003. Tale disposizione non può, a parere del Capo dello Stato, costituire una reale garanzia. Non assolve al compito prospettato per due ordini di ragioni, la prima attiene «all'incertezza sull'ambito dei relativi poteri [i poteri degli organi di certificazione], che scontano più generali difficoltà di «acclimamento» dell'istituto», e la seconda riguarda la tempistica in cui tale dichiarazione viene rilasciata, ossia il momento in cui il rapporto si fonda, connotato dalla più volte ribadita debolezza contrattuale, per cui agli organi di certificazione non resterebbe che «prendere atto della volontà dichiarata dal lavoratore».

In merito, invece, all'oggetto, la clausola compromissoria che inglobi al suo interno anche i licenziamenti¹²² è stata oggetto di feroci critiche, in quanto tacciata di essere un modo per aggirare l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori attraverso il ricorso all'equità¹²³. Tuttavia, come rileva Capo dello Stato, il problema va oltre la questione delle garanzie rispetto al suddetto articolo ma va riferita a «un'adeguata tutela dei diritti più rilevanti del lavoratore (da quelli costituzionalmente garantiti agli altri che si ritengono ugualmente non negoziabili)».

Il problema risiede non nell'incompatibilità a priori della disposizione preventiva della devoluzione ad arbitri delle liti, in questo caso del lavoro¹²⁴, quanto nel fatto che sia

¹²² Per una panoramica sui profili emblematici dei licenziamenti nell'intervento legislativo 183/2010, e quindi non solo in riferimento all'arbitrato, si veda G. PELLACANI, *Il cosiddetto "Collegato Lavoro" e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, LD, 2010, 217 ss; M.V. BALLESTRERO, *Perturbazioni in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 1167*, ivi, 2009, 3 ss; S. CENTOFANTI, *Le nuove norme, non promulgate, di limitazione della tutela giurisdizionale dei lavoratori*, cit., 337 ss;

¹²³ M. MISCIONE, *op. cit.*, 7 ss.

¹²⁴ Non concorda tuttavia S. CENTOFANTI, *Accordi preventivi e accordi contingenti per la scelta delle forme di arbitrato nel Collegato lavoro 2010*, LG, 2010, 103 ss, in cui l'autore afferma che il primo profilo delicato sia inquadrabile nell'assenza di competenza giuridica della dei membri della commissione, e questo determina una incostituzionalità rispetto all'art 3 della Cost. e in particolare l'art.

necessario che questa disposizione in negativo del diritto di azione promani dalla effettiva volontà delle parti. Il legislatore è intervenuto, ai fini di assicurare la coerenza «con i principi della volontarietà dell'arbitrato e della necessità di assicurare un'adeguata tutela del contraente debole»¹²⁵, attraverso la riformulazione del comma 11 del «Collegato lavoro» nella misura di cui abbiamo detto *supra*. In sostanza il legislatore cerca di fugare i dubbi sulla volontarietà del ricorso all'arbitrato e sulle conseguenti garanzie, attraverso la certificazione della clausola compromissoria, la sottoscrizione dopo il superamento del periodo di prova o trascorsi trenta giorni dalla stipulazione del contratto, ove il periodo di prova non sia previsto, e la negazione espressa della possibilità che la clausola concerna i licenziamenti. Su quest'ultimo punto occorre rilevare l'intervento di una Dichiarazione Comune sottoscritta dalle rappresentanze sindacali, esclusa la CGIL, dell'11 marzo 2010, in cui si riconosce: *l'utilità dell'arbitrato, scelto liberamente e in modo consapevole dalle parti, in quanto strumento idoneo a garantire una soluzione tempestiva delle controversie in materia di lavoro a favore della effettività delle tutele e della certezza del diritto – ed inoltre si stabilisce – : «le parti si impegnano pertanto a definire con tempestività un accordo interconfederale escludendo che il ricorso delle parti alle clausole compromissorie poste al momento dell'assunzione possa riguardare le controversie relative alla risoluzione del rapporto di lavoro».*

L'intervento del legislatore, dal punto di vista dell'oggetto della clausola compromissoria, appare risolutivo rispetto alle preoccupazioni del Presidente della Repubblica e delle rappresentanze sindacali e si sostanzia nella previsione di un divieto assoluto di devolvere le controversie sui licenziamenti agli arbitri mediante clausola

33, comma 5 Cost. per cui l'attività di svolgimento di attività professionale in materia di accertamento e tutela dei diritti può essere svolta solo da un soggetto abilitato.

¹²⁵ Sono gli auspici del Presidente della Repubblica nel messaggio di rinvio della legge alle Camere.

compromissoria. Nessun divieto è stato posto rispetto alla devoluzione ad arbitri delle liti concernenti i licenziamenti mediante compromesso. Il problema perciò non risiede nell'oggetto ma nella possibilità che ci sia una deroga programmatica alla giurisdizione statale a favore degli arbitri e che questi, siano preventivamente autorizzati a decidere secondo equità. La domanda sorge spontanea, ma attraverso il compromesso abbinato al conferimento ad arbitri della facoltà di decidere secondo equità, non si può aggirare in egual misura l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori? Sicuramente verrebbero meno le problematiche che si pongono rispetto alla devoluzione preventiva ad arbitri effettuata in uno *status subiectionis*, come quello costitutivo del rapporto di lavoro, ma le garanzie rispetto all'art. 18 del suddetto statuto, potrebbero essere comunque sacrificate. Tuttavia pare, che per come sia stata accolta la nuova versione del collegato dalle rappresentanze sindacali – non tutte per la verità – eliminata la clausola compromissoria per i licenziamenti, il problema non abbia ragione di esistere.

Non con altrettanta certezza può giungersi alla medesima conclusione rispetto agli altri profili critici dell'art. 31 della legge in commento. In particolare non si può con dogmatica certezza affermare che basti la certificazione¹²⁶ ad accertare la volontarietà del ricorso all'arbitrato da parte del lavoratore e che nemmeno la frattura temporale di trenta giorni o della conclusione del periodo di prova possa costituire un'effettiva garanzia per la genuina e non condizionata formazione della volontà del lavoratore. Anzi, i dubbi espressi dal Capo dello Stato, a parere di chi scrive, sono pienamente integri e attuali dopo la stesura definitiva della legge. Riguardo al profilo inerente all'apertura verso l'equità si rinvia *infra* nella trattazione.

¹²⁶ Sui profili inerenti alla certificazione si rinvia a C. CESTER, *La clausola compromissoria nel Collegato lavoro 2010*, cit.,30-33; V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel "collegato lavoro"*, cit., 2010,146 ss; R. STAIANO, op.cit.,216-219.; A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro*, cit. §2; M. MISCIONE, op.cit,6-9.; S. CENTOFANTI, *Accordi preventivi e accordi contingenti per la scelta delle forme di arbitrato nel Collegato lavoro 2010*, cit.,101-102.

2.4. Certificazione e derogabilità assistita dopo il «Collegato Lavoro».

Il Progetto dello Statuto dei lavori del 1998 aveva individuato nella certificazione uno strumento di derogabilità individuale assistita¹²⁷. Il provvedimento certificatorio avrebbe, quindi, garantito per l'effettività della volontà delle parti di derogare, anche *in pejus*, alle disposizioni di legge e al contratto collettivo e per l'effetto avrebbe limitato la tutela giudiziale dei diritti del lavoratore contenuti nelle norme inderogabili, con evidente superamento del paradigma dell'inderogabilità unidirezionale delle norme lavoristiche¹²⁸.

La reazione della dottrina al preannunciato sovvertimento di una delle costanti strutturali e funzionali che caratterizzano il porsi del diritto del lavoro era stata piuttosto accesa¹²⁹. Preoccupazioni del tutto smorzate innanzi alla realizzazione legislativa del modello di certificazione individuato dagli artt. 75 e ss del d.lgs. 276/2003, in cui delle due anime della certificazione – deroga assistita e funzione qualificatoria – solo l'ultima aveva trovato piena e compiuta realizzazione, sottraendo all'istituto gran parte della carica rivoluzionaria del sistema.

Preoccupazioni tornate in auge a causa della novella operata sull'istituto dal «Collegato Lavoro» ed in particolare dalla previsione per cui oggetto della certificazione non sarebbe la qualificazione del contratto di lavoro ma il contratto in sé e le clausole che lo compongono, indipendentemente dalla loro rilevanza ai fini qualificatori¹³⁰.

Quantunque, da siffatta previsione non può dedursi in via automatica il ripristino (*rectius*: l'introduzione) della derogabilità individuale del contratto. Difatti, bisognerebbe intendersi su quale sia la reale funzione attribuita alla commissione di

¹²⁷ A. VALLEBONA, *op.cit.*, §2.

¹²⁸ M. NOVELLA, *Certificazione in materia di lavoro e tutela giurisdizionale*, LD, 2014, 347-348.

¹²⁹ V. cap.1

¹³⁰ A. C. NICOLINI, *op.cit.*, 195.

certificazione e quindi verificare se invece da come si potrebbe sostenere la commissione svolga una mera funzione di controllo della legittimità delle clausole, accertandone la compatibilità con le norme inderogabili di legge e con le disposizioni collettive.

Chi in dottrina ha ritenuto che la novella del 2011 avesse, di fatto, assegnato alla certificazione, una carica derogatoria ha poggiato il proprio assunto vuoi sul richiamo operato dall'art. 30 comma 2, al fatto che il giudice debba tenere conto delle «valutazioni delle parti avvenute in sede di certificazione», vuoi sul dato, preesistente all'intervento legislativo summenzionato, dell'impugnazione per vizi del consenso, erronea qualificazione del contratto e difforme attuazione del programma negoziale certificato, patologie che riguardano evidentemente non la qualificazione ma il contratto in sé e per sé considerato¹³¹. Ne deriverebbe un ampliamento teleologico dell'istituto in parola, in cui si mira non semplicemente alla riduzione del contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro ma del contenzioso di lavoro *tout court*¹³².

L'interpretazione appena fornita dell'art. 30, comma 2, del «Collegato Lavoro», tuttavia non persuade, in quanto il riferimento alle valutazioni delle parti sembrerebbe diretto all'attività di qualificazione ed interpretazione del contratto delle relative clausole, non già alla funzione derogatoria¹³³. La valutazione del comportamento delle parti coinciderebbe con il *nomen iuris* assegnato dalle stesse, ovvero nel dar conto in qualche modo delle loro intenzioni, quale logico corollario del principio di autonomia contrattuale delle parti in un sistema in cui – come avremo modo di vedere – resta ferma l'indisponibilità del tipo contrattuale. Difatti se il principio di tassatività sottrae alle parti la possibilità di determinare il contenuto del contratto e quindi di disporre del tipo,

¹³¹ M. MARAZZA, *Oggetto ed effetti della nuova certificazione dei contratti di lavoro*, ADL, 2011, 61;

¹³² C.A. NICOLINI, *op. cit.*, 352.

¹³³ M. NOVELLA, *Certificazione in materia di lavoro e tutela giurisdizionale*, cit., 355.

non può negarsi la valenza delle volontà delle parti ai fini della qualificazione. Del pari non può attribuirvisi neppure efficacia dirimente ai fini della sussunzione nell'uno o nell'altro tipo individuato dal legislatore ma potrebbe rientrare negli indici sintomatici che la giurisprudenza enuclea per l'operazione di qualificazione del contratto e che pongono problematiche non proprio irrilevanti in ordine alla loro definizione, alla loro presenza nonché all'efficacia dirimente.

Pertanto, ad avviso di chi scrive, il riferimento alla valutazione delle parti non rappresenta una novità di grande portata, visto che già il giudice nell'operazione di qualificazione tiene conto della volontà delle parti espressa attraverso l'assegnazione del *nomen iuris*. Peraltro, collocare tale disposizione a fondamento della derogabilità assistita significherebbe porsi in netto contrasto con la giurisprudenza costituzionale sull'indisponibilità del tipo e sulla nullità delle rinunce future¹³⁴, se proprio non si vuole riconoscere l'inutilità della previsione, visto che «tutto quanto voluto dalle parti» resta comunque sottoposto al vaglio della conformità con le norme inderogabili della legge e del contratto collettivo¹³⁵. Un significato innovativo alla disposizione è attribuito da chi – pur escludendone la natura derogatoria – ritiene che le valutazioni delle parti possano offrire una maggiore puntualizzazione del testo contrattuale che agevoli l'interpretazione giudiziale¹³⁶.

Per quanto attiene la seconda ragione posta a sostegno dell'introduzione delle derogabilità assistita, ovverosia la conferma nell'art. 30 comma 2 del «Collegato Lavoro» dei rimedi di impugnazione proponibili non avverso l'atto di certificazione ma

¹³⁴ V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato*, cit., 150

¹³⁵ A. VALLEBONA, *Il collegato lavoro: un bilancio tecnico*, già in *www.unifi.it*, ora *MGL*, 2010, 902. V. *contra* A. PIZZOFERRATO, *Giustizia privata*, cit., 203 ss secondo il quale l'ampliamento dei soggetti abilitati alla certificazione ed in particolare la possibilità di rivolgersi agli enti bilaterali, potrebbe legittimare la rinunciabilità e la transigibilità a priori, dei diritti derivanti da disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo.

¹³⁶ L. DE ANGELS, *Collegato lavoro 2010 e diritto processuale*, *LG*, 2011, 160

contro il contratto. Si tratta di argomentazione abbastanza fragile visto che, come sostenuto autorevolmente in dottrina, l'introduzione della derogabilità assistita meriterebbe disposizioni esplicite¹³⁷, diversamente opinando si cadrebbe in una sorta di precomprensione della norma¹³⁸. In altri termini si interpreterebbe in maniera distorta la funzione di ausilio alle parti della commissione di certificazione assegnata dall'art. 81 del d.lgs. 276/2003, ricomprendendovi anche un profilo di successiva disposizione dei diritti.

La funzione derogatoria potrebbe, però, essere rinvenuta altrove. Ed in particolare alla possibilità, riconosciuta nel «Collegato Lavoro» di certificare alcune specifiche clausole del contratto. Il riferimento è alle tipizzazioni della giusta causa e del giustificato motivo, ovvero alla clausola compromissoria¹³⁹.

Tuttavia, la nuova disposizione si limita ad affermare che di queste tipizzazioni, contenute nei contratti certificati, il giudice tiene conto. Si badi bene: il tenere conto di tali disposizioni si traduce nel mero obbligo del giudice di motivarne un eventuale discostamento e non già l'obbligo del giudice di applicarle. Di conseguenza qualora queste tipizzazioni siano in contrasto con le norme inderogabili di fonte legislativa o della contrattazione collettiva, ben può decidere il giudice di disapplicarle, con evidente annullamento della funzione innovativa della norma in commento¹⁴⁰.

¹³⁷ V. VOZA, *ult.op.cit.*, 195;

¹³⁸ L. NOGLER, *Sub Art. 30*, in L. NOGLER –M. MARINELLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro, Commento alla legge 4 novembre 2010 n.183*, Utet, 2012 262.

¹³⁹ Secondo G. FERRARO, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro: profili generali*, in *Il contenzioso del lavoro nella L. 4 novembre 2010 n. 183, (Collegato Lavoro)*, cit., 53, il Collegato lavoro nel tentativo di ampliare le forme di c.d. volontà assistita sembra scivolare verso una pericolosa flessibilizzazione delle tutele inderogabili di legge e di contratto collettivo.

¹⁴⁰ In tal senso v. A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro*, cit., 4-5, secondo cui la norma salvaguarda ulteriormente la discrezionalità del giudice.

CAPITOLO TERZO

LA PROCEDURA DI CERTIFICAZIONE.

SOMMARIO: 3.1. Finalità della procedura di certificazione e indisponibilità del tipo contrattuale. -3.2. La volontarietà della procedura di certificazione. -3.3. Ambito di applicazione. -3.4. Ipotesi di certificazione obbligatoria: la clausola compromissoria. -3.4.1. L'appalto e il subappalto in ambienti confinati. -3.5. Le commissioni di certificazione. -3.5.1 Gli enti bilaterali. -3.5.2. Le direzioni provinciali (ora territoriali) del lavoro e le province. -3.5.3. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali - Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro. -3.5.4. Consigli provinciali dei consulenti del lavoro -3.5.5. Le Università e le fondazioni universitarie. -3.6. La competenza territoriale degli enti certificatori. -3.7. l'incompetenza degli organi certificatori. -3.8. Il procedimento di certificazione. -3.8.1. La comunicazione alla Dtl e la Direttiva Sacconi. -3.8.2. Il procedimento di certificazione davanti alla Dtl e alle Province: il dm 21 luglio 2004. -3.8.3. Le procedure di certificazione e i codici di buone pratiche. -3.8.4. La conclusione del procedimento di certificazione e le altre norme di procedura. -3.9. Le altre ipotesi speciali di certificazione: le rinunzie e delle transazioni. -3.9.1. Certificazione e clausola compromissoria (rinvio). -3.9.2. La certificazione dei contratti di appalto. -3.10. L'attività di consulenza e assistenza delle parti. -3.11. Clausole generali e certificazione.

3.1. Finalità della procedura di certificazione e indisponibilità del tipo contrattuale.

L'art. 75 del d.lgs. 276/2003, come modificato dal «Collegato Lavoro», assegna alla certificazione una finalità deflattiva – non già limitata al contenzioso in materia di qualificazione del rapporto di lavoro – ma del contenzioso del lavoro *tout court*. Concentrando l'attenzione sulla crescente certezza qualificatoria che l'istituto della certificazione si propone di realizzare è necessario confrontarsi con l'annoso problema dell'indisponibilità del tipo contrattuale, fermo restando che questa non è la sede per disquisire adeguatamente del problema.

Diversamente da quanto previsto dalla legge delega, la qualificazione operata in sede di certificazione rimane impugnabile ai sensi dell'art. 80 dello stesso decreto legislativo. La certificazione non è, quindi, dotata di quella efficacia legale che le era stata – forse inavvertitamente – conferita e che di fatto, rappresentava la sua carica innovativa. L'ultima parola sulla qualificazione torna, quindi, al giudice, tanto da dubitare

dell'utilità dello strumento certificatorio così costruito¹. Difficile, tuttavia, prevedere una disposizione del legislatore che andasse in senso contrario: una qualificazione del contratto di lavoro irreversibile avrebbe posto problemi – difficilmente superabili – di costituzionalità rispetto all'accesso alla giustizia presidiato dall'art. 24 cost.

La qualificazione del contratto di lavoro deve ispirarsi al generale principio di indisponibilità del tipo contrattuale, nel senso che non è consentito, mediante una diversa qualificazione negoziale, disapplicare le disposizioni inderogabili di legge e di contratto collettivo volte a tutelare un rapporto di lavoro che presenti i caratteri della subordinazione. Si tratta di un limite che vale per il legislatore e che a, maggior ragione, deve essere esteso agli organi amministrativi deputati alla qualificazione del rapporto di lavoro².

Il principio d'indisponibilità del tipo contrattuale – il cui fondamento viene ricondotto nell'ormai storica previsione che la debolezza contrattuale del singolo lavoratore possa trovare adeguata tutela solo mediante l'affidamento all'apparato costituito dalle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo – ha poi trovato riscontro anche nella giurisprudenza delle Corte Costituzionale e della Cassazione.

Secondo la Consulta: «non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato»³.

¹ L. DE ANGELIS, *Certificazione dei rapporti di lavoro e poteri del giudice: quale deflazione del contenzioso?*, in R. De Luca Tamajo- M. Rusciano- L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, in, Jovene, 2004, 295 ss.

² E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, *DPL*, VIII, 2002, 534.

³ C.Cost., 29 marzo 1993, n.121, *FI*, 2432. Nonché C.Cost., 31 marzo 1994, n.115, *RIDL*, 1995, II, 227 ss, nt. A.AVIO.

Il principio cristallizzato nella pronuncia della Corte costituzionale è poi stato ripreso dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo la quale, allorquando le parti, pur volendo attuare un rapporto di lavoro subordinato, abbiano simulatamente dichiarato di volere un diverso rapporto lavorativo al fine di eludere la disciplina legale inderogabile in materia, sia nel caso in cui l'espressione verbale abbia tradito la vera intenzione delle parti, sia infine nell'ipotesi in cui, dopo avere voluto realmente il contratto di lavoro autonomo, durante lo svolgimento del rapporto le parti stesse, attraverso fatti concludenti, mostrino di aver mutato intenzione e di essere passate ad un effettivo assetto di interessi corrispondente a quello della subordinazione, il giudice di merito, cui compete di dare l'esatta qualificazione giuridica del rapporto, deve attribuire valore prevalente al comportamento tenuto dalle parti nell'attuazione del rapporto stesso⁴.

Si tratta del c.d. principio dell'effettività cui la Suprema Corte assegna valore preminente rispetto alla volontà delle parti in qualsiasi modo e sede sia essa espressa. Nelle operazioni di qualificazione del contratto di lavoro come autonomo o subordinato, difatti, il *nomen iuris* attribuito dalle parti al rapporto può rilevare solo in concorso con altri validi elementi differenziali o in caso di non concluzionalità degli altri elementi di valutazione⁵.

⁴Cass., 18 aprile 2007 n. 9264 del 18/04/2007. Nonché più di recente, Cass. 15 ottobre 2014 n. 21824, Cass. 25 settembre 2014 n. 20231; Cass. 1 settembre 2014 n. 18476, tutte in *de jure*.

⁵Cass. 18 gennaio 2013, n. 1227, *ivi*. Secondo tale pronuncia occorrerebbe accertare se ricorra il requisito tipico della subordinazione, intesa come prestazione dell'attività lavorativa alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore e perciò con l'inserimento nell'organizzazione di questo, mentre gli altri caratteri dell'attività lavorativa, come la continuità, la rispondenza dei suoi contenuti ai fini propri dell'impresa e le modalità di erogazione della retribuzione non assumono rilievo determinante, essendo compatibili, sia con il rapporto di lavoro subordinato, sia con quelli di lavoro autonomo parasubordinato. Il tema estremamente intricato dell'individuazione dei caratteri della subordinazione esula dalla presente trattazione, per cui, basti qui rilevare che non vi è uniformità di vedute sul valore degli indici della subordinazione, sul loro carattere estremamente mutevole perché panlavoristico e su quale sia davvero l'aspetto dirimente su cui puntare ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato. Cfr. Cass., 17 giugno 2009 n. 14054.

Alle parti è, quindi, vietato disporre della fattispecie tassativa, laddove gli elementi concreti della stessa non lascino spazio ad equivoci sull'esistenza della subordinazione⁶, poiché indisponibile è la nozione di subordinazione, di volta in volta accolta dal diritto positivo, utilizzata come termine di paragone nei confronti delle disposizioni legislative che – direttamente o indirettamente – consentono la disapplicazione della normativa protettiva che segue al riconoscimento del carattere subordinato del rapporto di lavoro⁷.

In questo senso non sembra esserci spazio per la considerazione per cui la certificazione, quale strumento di disposizione del tipo contrattuale, verrebbe a generare una presunzione «difficilmente vincibile» tale da inibire la proposizione di un giudicato che accerti la diversa natura del rapporto. E ciò, lo si ricorda, perché una previsione di tale fattezza sarebbe probabilmente incostituzionale perché andrebbe ad inibire la tutela dei diritti sempre ammessa secondo l'art. 24 Cost.

Ciò non significa che la certificazione non possa perorare utilmente il processo di qualificazione del rapporto di lavoro: per prima cosa, occorre rilevare come la certificazione possa intervenire rispetto a un rapporto di lavoro in corso ed in questo senso – attribuendo un valenza attiva alla consulenza delle parti operata dalla Commissione di Certificazione – verificare sul campo le modalità di attuazione del rapporto di lavoro, probabilmente, entrando nel tessuto aziendale in maniera più profonda di come possa fare l'autorità giudiziaria. La commissione di certificazione, una volta appreso in prima persona e con gli occhi del tecnico del diritto – e non all'esito di un'istruttoria processuale in cui rappresentare la realtà aziendale può essere problematico – come si svolge concretamente il rapporto di lavoro può giungere ad un'operazione di qualificazione più matura perché maggiormente informata. Del pari, la

⁶ L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio ed orgoglio giuslavoristico*, LD, 1993, 29-30.

⁷ L.NOGLER, *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, MGL, 2003, III, 114.

qualità della consulenza degli organi certificatori può servire a colmare quell'asimmetria informativa che caratterizza fisiologicamente il rapporto di lavoro e che fin dalle sue origini l'istituto si proponeva di colmare. L'informazione preventiva al lavoratore potrebbe evitare il successivo contenzioso sulla qualificazione del rapporto di lavoro e realizzare così un qualche risultato in termini di deflazione del contenzioso del lavoro. Se non fosse che l'esperienza insegna che le vertenze sulla qualificazione seguono di norma le vicende patologiche del rapporto di lavoro e di conseguenza l'effetto deflattivo sarebbe probabilmente flebile.

Del pari, tuttavia, non sembrano condivisibili le preoccupazioni di quella parte della dottrina che ritiene che in giudizio sia difficilmente superabile la presunzione relativa generata dalla qualificazione operata dall'organo certificatore⁸. Innanzitutto perché non si ritiene di condividere – come si approfondirà nel prosieguo – che alla certificazione possa essere attribuito il valore di presunzione relativa e poi perché è la stessa disciplina dell'istituto ad indicare i rimedi contro il provvedimento certificatore che sia affetto da vizi, tra i quali, la mancata coerenza tra il programma negoziale certificato e la sua concreta attuazione.

3.2 La volontarietà della procedura.

La prima caratteristica della procedura di certificazione è la volontarietà. Lo dice la stessa legge delega, all'art. 5 comma 1, in cui alla lettera a) si cita il carattere volontario e sperimentale della procedura di certificazione tra i criteri e i principi direttivi per l'emanazione dei decreti legislativi in materia di certificazione. Alle esigenze di volontarietà della procedura di certificazione si è data un'attuazione esclusivamente su

⁸ALLEVA P. -ANDREONI A. – ANGIOLINI V. – COCCIA F. – NACCARI G., *Un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti*, in AA.VV., *Lavoro: ritorno al passato*, Ediesse, 2002, 87.

un piano formale⁹. Si è difatti stabilito, all'art. 75 del d.lgs. 276/2003, che le parti possano ottenere la certificazione del contratto mediante la «procedura volontaria» definita nel titolo VIII, dello stesso decreto e nell'art. 78 che «la procedura di certificazione è volontaria». Il carattere volontario si desumerebbe dalla necessità che entrambe le parti firmino la richiesta di certificazione e che quindi, nessuna delle parti possa ingiungere alla controparte il procedimento di certificazione se questa non lo accetta, rilevato, peraltro, che anche «il datore di lavoro che possa imporre alla controparte condizioni contrattuali che più gli convengono potrebbe non gradire l'obbligatorietà della procedura preventiva»¹⁰. A ogni buon conto, il problema non si risolve con la previsione di un'istanza congiunta delle parti perché questa non assicura in alcun modo che la libertà decisionale del lavoratore nell'attivazione della procedura non sia condizionata. La reale volontà del lavoratore potrà probabilmente essere verificata in un momento successivo, ovvero sia a procedura di certificazione attivata mediante l'assistenza e la consulenza che il legislatore ha relegato in chiusura della disciplina dell'istituto all'art. 81 del d.lgs. 276/2003. Quest'attività dovrebbe servire preliminarmente a colmare l'asimmetria informativa che colpisce il lavoratore e in seconda battuta a verificare la presenza di una reale libertà di scelta. Per far questo l'assistenza e la consulenza dovrebbero essere effettive, posto che non possa bastare all'uopo la mera «istituzionalità» della sede in cui la volontà del lavoratore è espressa, diversamente da quanto sostenuto dalla giurisprudenza in tema di rinunce e transazioni¹¹. Tuttavia, anche l'effettività della consulenza non necessariamente elide il

⁹*Ibidem.*

¹⁰ROMAGNOLI U., *Mercato del lavoro: alcune risposte a molti interrogativi. Radiografia di una riforma*, LD, 2004, I, 39.

¹¹Con riguardo alla speciale impugnativa della transazione tra datore di lavoro e lavoratore, prevista dall'art. 2113, comma 3, c.c., «l'intervento dell'ufficio provinciale del lavoro è in sé idoneo a sottrarre il lavoratore a quella condizione di soggezione rispetto al datore di lavoro, che rende sospette di

condizionamento della volontà del lavoratore che deriva dalla possibilità vuoi di perdere l'opportunità occupazionale nel caso in cui l'adesione alla procedura certificativa sia richiesta al momento dell'instaurazione del rapporto, vuoi di mantenere l'occupazione raggiunta, qualora la certificazione avvenga in costanza di rapporto. Il condizionamento del lavoratore pare un'ineludibile conseguenza della sua debolezza contrattuale, anche se, ad avviso di chi scrive, non sarebbe completamente inutile la consulenza e assistenza delle parti diretta a renderlo edotto dei suoi diritti e far sì che le sue scelte siano quantomeno informate. Considerato, poi, che la maturazione della consapevolezza dei diritti rappresenta un tassello importante per colmare il *gap* di potere contrattuale che oggi innegabilmente connota il rapporto di lavoro in senso sfavorevole al lavoratore.

3.3 Ambito di applicazione della procedura di certificazione.

L'art. 5 della legge delega fissava l'oggetto della procedura di certificazione nella «qualificazione dei rapporti di lavoro» ed era, quindi, certificabile ogni contratto di lavoro «per il quale si richieda l'esatta individuazione della sua natura e delle sue caratteristiche»¹². La qual cosa aveva generato non poche preoccupazioni in dottrina in ordine al carattere generale che sembrava assumere l'istituto¹³.

Il decreto legislativo Biagi, invece, aveva circoscritto l'oggetto della procedura di certificazione al lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto, nonché ai

prevaricazione da parte di quest'ultimo le transazioni e le rinunce intervenute nel corso del rapporto in ordine a diritti previsti da norme inderogabili, sia allorché detto organismo partecipi attivamente alla composizione delle contrastanti posizioni delle parti, sia quando in un proprio atto si limiti a riconoscere, in una transazione già delineata dagli interessati in trattative dirette, l'espressione di una volontà non coartata del lavoratore. Consegue che anche in tale ultimo caso la transazione si sottrae alla impugnativa suddetta». Cass. 12 dicembre 2002, n. 17785, *MGC*, 2186.

¹² V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, *RGL.*, 2003, I, 273. Sull'indeterminatezza della legge delega tout court, v. E. GHERA E, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, *DPL.*, 2002, 527 ss.

¹³ V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 273.

contratti di associazione in partecipazione di cui agli art. 2549-2554 c.c., facendo, quindi, rientrare le preoccupazioni sul ricorso generico alla certificazione. La certificazione s'inseriva nel passaggio da un sistema fondato su un limitato numero di tipologie contrattuali ad un sistema caratterizzato da una moltitudine di contratti. In un sistema così delineato, in cui, peraltro, si paventa la crescente possibilità di autoregolamentare lo svolgimento del rapporto di lavoro, è prevedibile un possibile aumento della conflittualità delle parti e di conseguenza l'esigenza di strumenti che consentano una definizione stabile della qualificazione del contratto. La certificazione si presterebbe all'uopo in un contesto di riforma del mercato del lavoro caratterizzato da nuove forme contrattuali e dalla ridefinizione dell'area del «cd lavoro flessibile». Si rende evidente, pertanto, il nesso tra procedura di certificazione, polimorfismo contrattuale e obiettivo di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione¹⁴.

Sull'oggetto della procedura di certificazione – come si è detto nel cap. 2 – è intervenuto il «Collegato Lavoro», nel tentativo di valorizzare l'istituto della certificazione, che fino ad allora aveva avuto uno sviluppo limitato. Dalla novella del 2010 è derivato un allargamento dell'ambito oggettivo della procedura, esteso, ai sensi dell'art. 30, comma 2, ad ogni contratto, in cui sia dedotta direttamente o indirettamente una prestazione di lavoro. In altri termini, si ritorna a quella genericità che caratterizzava la formulazione della legge delega e che aveva suscitato forti critiche.

Parrebbe, tuttavia, che l'allargamento oggettivo che costituisca un reale incentivo al ricorso alla certificazione. Certamente, la strada oggi non è più sbarrata per contratti quali la subfornitura, e quindi l'operatività pratica è innegabilmente maggiore, almeno sulla carta. I limiti della certificazione permangono immutati, così come le ragioni su

¹⁴ Nesso definito prepotente da E. GHERA, *Nuove tipologie*, cit., 527. Nello stesso senso v. M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, RGL, I, 2003, 376.

cui si fonda la sua scarsa utilizzazione, che sono inevitabilmente connesse alla sua efficacia e alla tenuta giudiziaria. L'istituto della certificazione continua a configurarsi, come «un mero soffio di debole vento sull'edificio dell'indisponibilità del tipo negoziale e sulla inderogabilità del quadro normativo relativo al tipo contrattuale del lavoro subordinato»¹⁵, almeno per quanto attiene il fenomeno qualificatorio. Discorso a sé meritano le tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo ai sensi dell'art. 30, comma 3, della legge del 2010, rispetto alle quali si ritiene di rinviare a quanto detto nel capitolo precedente, ricordando che rappresentano una prima apertura alla derogazione assistita del contratto di lavoro.

3.4. Le ipotesi di certificazione obbligatoria: la clausola compromissoria.

La procedura di certificazione è volontaria, come si è appurato nel primo paragrafo del presente capitolo. Esistono, tuttavia, delle ipotesi di certificazione obbligatoria alcune delle quali peraltro già affrontate in precedenza.

Si allude, per esempio, alla certificazione obbligatoria della clausola compromissoria. Nei contratti di lavoro è possibile prevedere una deroga programmatica delle controversie future ad arbitri, con le limitazioni temporali e oggettive su evidenziate, ma è necessario che tale clausola sia certificata.

Si tratta, come si è già ricordato, di un presidio introdotto dal legislatore in seguito all'intervento del Presidente della Repubblica sul d.d.l. 1349/2010, con il quale si sottolineava lo *status subiectionis* del lavoratore al momento della stipula del contratto di lavoro e come tale soggezione avrebbe potuto indurre il lavoratore ad accettare la devoluzione ad arbitri delle future controversie. Fermo restando, inoltre, che il

¹⁵S.CENTOFANTI S., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. CINELLI – G. FERRARO, (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Giappichelli, 2011, 21.

procedimento arbitrale è storicamente guardato con sospetto: sembrerebbe, infatti, che l'amministrazione della giustizia privata possa prestare il fianco allo strapotere contrattuale del datore di lavoro e che adeguata garanzia ai diritti del lavoratore possa essere fornita dalla giustizia statale. Ragioni su cui si fondava l'inarbitrabilità assoluta, nonché spiegazione dello stesso ruolo autorizzativo riconosciuto ai sindacati sino all'entrata in vigore del «Collegato Lavoro». La liberalizzazione dell'arbitrato di lavoro avvenuta nel 2010 non ha tuttavia dato i frutti sperati. L'arbitrato e le altre *Adr* per costituire delle valide alternative devono battere la giustizia statale nei suoi talloni d'Achille: celerità, speditezza e flessibilità. Esigenze che sono state manifestate in più occasioni e considerato quanto la lentezza della giustizia italiana pesi nella scelta di (*rectius*: non) investire in Italia. Richieste che promanano da entrambe le parti del rapporto di lavoro. Posto che il più refrattario al ricorso alla giustizia privata rimane il lavoratore, non si può negare che il ricorso all'arbitrato debba essere incentivato anche per il datore di lavoro, rispondendo, quindi, alle esigenze di maggiore flessibilità della giustizia, coerenti con un contesto aziendale improntato alla competitività globale. Indi per cui, costituisce, a mio avviso, una premessa erronea ritenere che il datore di lavoro desideri ardentemente ricorrere all'arbitrato, certo che il suo potere o strapotere contrattuale – a seconda dei punti di vista – possa essere un'arma letale per i diritti del lavoratore. Certamente l'introduzione di modelli complessi e ibridi, come quelli delineati dal «Collegato Lavoro» e di cui si è disquisito brevemente nel precedente capitolo, non costituisce di certo uno stimolo per abbandonare la più sicura e lenta giustizia statale, ed imbattersi in un sistema irto di preclusioni, di atti difensivi, in cui neppure il principio della parità delle armi trova piena applicazione. Abbattere il monopolio della giustizia statale e con esso la radicata convinzione che i diritti dei

lavoratori trovino adeguata garanzia solo innanzi al giudice ordinario, significa predisporre un sistema in cui le parti devono aver fiducia, in cui queste sappiano muoversi, per evitare che ogni pronuncia arbitrale sia *inutiliter data*. Non può certo dirsi che quest'obiettivo sia stato raggiunto, posto che l'arbitrato del lavoro fatica a decollare. Di riflesso anche la certificazione della clausola compromissoria, oltre che non adeguata a garantire l'effettività della volontà del lavoratore di devolvere le controversie future inerenti il rapporto di lavoro ad arbitri, è destinata ad avere un'operatività pratica limitata perché riflesso dello scarso sviluppo del meccanismo arbitrale.

3.4.1. (segue) Appalti o subappalti in ambienti confinati.

L'altra ipotesi di certificazione obbligatoria è stata introdotta nel 2011 a mezzo del D.P.R. n. 177 e riguarda le attività lavorative in ambienti sospetti di inquinamento o confinati.

In particolare il D.P.R. 177/2011 si applica ai lavori in ambienti sospetti d'inquinamento di cui agli articoli 66 e 121 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, e negli ambienti confinati di cui all'allegato IV, punto 3, del medesimo decreto legislativo.

L'art. 2 del suddetto regolamento chiarisce come qualsiasi attività lavorativa nel settore degli ambienti sospetti di inquinamento o confinati possa essere svolta unicamente da imprese o lavoratori autonomi qualificati in ragione del possesso dei requisiti elencati nello stesso articolo. Il riferimento è alla presenza di personale, in percentuale non inferiore al 30 per cento della forza lavoro, con esperienza almeno triennale relativa a lavori in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, assunta con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ovvero «anche con altre tipologie contrattuali o di appalto, a condizione, in questa seconda ipotesi, che i relativi contratti siano stati

preventivamente certificati ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276». Al comma 2, dell'art. 2 è poi precisato che «In relazione alle attività lavorative in ambienti sospetti di inquinamento o confinati non è ammesso il ricorso a subappalti, se non autorizzati espressamente dal datore di lavoro committente e certificati ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni e integrazioni. Le disposizioni del presente regolamento si applicano anche nei riguardi delle imprese o dei lavoratori autonomi ai quali le lavorazioni vengano subappaltate».

La normativa richiamata sancisce un chiaro divieto di ricorso all'appalto e al subappalto negli ambienti confinati nel caso in cui tali contratti non siano certificati, introducendo un'ipotesi di certificazione obbligatoria.

L'obbligatorietà della certificazione è poi confermata nella nota del 27 giugno 2013 n. 11649 del Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali, resa in merito alla «Vigilanza nel settore degli ambienti sospetti d'inquinamento o confinati. Applicazione dell'art. 2, comma 1, lett. C), del D.P.R. n. 177 del 14/09/2011».

La certificazione dei contratti di lavoro – secondo il Ministero del Lavoro – prevista dal D.P.R. n. 177/2011, «assume una valenza obbligatoria e non più facoltativa (art. 75, D.lgs. n. 276/2003) in quanto si vuole evitare, sulla scorta dei gravi incidenti avvenuti in passato, l'utilizzo di personale non specializzato in attività ad alto rischio di infortuni».

Oltre a palesare la *ratio* che sorregge l'obbligatorietà della procedura, la nota chiarisce che – essendo il committente obbligato ad applicare l'art. 26 del d.lgs. 81/2008, oltre che il D.P.R. 177/2011 – la mancata ottemperanza alle prescrizioni in materia di certificazione comporta l'applicazione nei confronti del committente della sanzione

concernente la non corretta verifica della idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi prevista dall'art. 26, comma 1, lett. A) e sanzionata dall'art. 55, comma 5, lett. B), D.lgs. n. 81/2008) ossia con l'arresto da due a quattro mesi o con l'ammenda da 1.000 a 4.800 euro.

3.5. Le commissioni di certificazione.

L'art. 76 del d.lgs. 276/2003 individua gli organi abilitati alla certificazione dei contratti di lavoro nelle commissioni di certificazione istituite presso:

- a) gli Enti bilaterali;
- b) le Direzioni provinciali del lavoro e le province;
- c) le Università pubbliche e private, comprese le Fondazioni universitarie;
- c. *bis*) il Ministero del lavoro e delle politiche sociali – DG della tutela delle condizioni di lavoro¹⁶;
- c. *ter*) i consigli provinciali dei consulenti del lavoro del lavoro¹⁷.

Si tratta di organi titolari di una legittimazione a certificare di matrice «politica», per quanto attiene alle Province e alla Dtl, «sindacale» per quanto concerne gli enti bilaterali e «tecnica» per le Università e le fondazioni universitarie¹⁸.

La legge delega – all'art. 5 comma 1 lettera b – individuava negli enti bilaterali costituiti a iniziativa di associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente rappresentativi l'organo preposto alla certificazione del rapporto di lavoro, ovvero le strutture pubbliche o anche università aventi competenze in materia, ed attribuiva altresì

¹⁶ Comma introdotto con l'art. 1, comma 256, lettera a) della l. 23 dicembre 2005, n. 266 (in SO n.211, relativo alla G.U. 29/12/2005, n.302)

¹⁷ Comma introdotto con l'art. 1, comma 256, lettera a) della l. 23 dicembre 2005, n. 266 (in SO n.211, relativo alla G.U. 29/12/2005, n.302) e modificato dall'art. 30 comma 5 della l. 4 novembre 2010 n. 183.

¹⁸ La classificazione della legittimazione è di M. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 429

– alla lettera g del medesimo articolo – agli enti bilaterali la competenza a certificare, non solo la qualificazione del contratto di lavoro e il programma negoziale concordato dalle parti, ma anche le rinunzie e transazioni di cui all’articolo 2113 del codice civile, a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse.

Dal testo della legge delega pareva distinguersi l’ipotesi in cui la commissione di certificazione fosse istituita con compiti meramente qualificatori da quella in cui operava quale «sede protetta» delle rinunzie e transazioni ai sensi dell’ultimo comma dell’art. 2113 c.c. Quest’ultimo compito sembrava prerogativa dei soli enti bilaterali.

Distinzione non pienamente confermata nell’art. 82 del d.lgs. 276/2003, come si dirà nel prosieguo.

Il decreto delegato ha optato per una legittimazione non alternativa¹⁹ dei vari organi, scontrandosi con il parere di chi in dottrina aveva prospettato che il potere certificatorio fosse affidato unicamente alle strutture amministrative e sindacali²⁰. La legge delega, difatti, non attribuiva tal potere a tutti i soggetti ora indicati, nell’art. 76 del decreto delegato. Si è peraltro evitato di prendere posizione in ordine alla questione inerente la distribuzione di competenza tra Province e Dtl, a mezzo di una decisione «salomonica»²¹ che ha visto assegnare il potere certificatorio ad entrambi gli organi.

Il decreto delegato non ha, quindi, ovviato alla varietà, forse eccessiva, di organi certificatori, anzi si è aggiunta la problematica dell’eterogeneità compositiva delle commissioni, non soltanto dal punto di vista numerico²², quanto alle diverse

¹⁹ Ipotesi, peraltro, prospettata da V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 280.

²⁰ L. DE ANGELIS, *Art. 9 –Delega al governo in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI – M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal «Libro Bianco» al Disegno di legge delega*, Ipsoa, 2002, 96.

²¹ L’espressione è di A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Organizzazione del mercato del lavoro*, (a cura di) M. MAGNANI- VARESI, Giappichelli, 2005, 625.

²² S. CENTOFANTI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 24-25, parla di discrasia regolamentativa riferita alla divergenza di composizione numerica delle commissioni.

competenze tecniche che caratterizzano le commissioni di certificazione, posto peraltro che delle indicazioni sul funzionamento della commissione di certificazione sono state impartite – mediante la circolare del Ministero del lavoro 15 dicembre 2004²³ – solo per quanto attiene quelle istituite presso la Dpl (oggi Dtl), e presso le Province. Ne consegue che il funzionamento delle commissioni di certificazione è totalmente affidato al regolamento interno, rimettendo ogni scelta a fattori puramente contingenti e locali²⁴. La pluralità di sedi certificative – operanti nel medesimo ambito territoriale – comporta problematiche di diversa natura, prima fra tutte, la difformità dei criteri adottati al fine di ottenere la certificazione potrebbe spingere i richiedenti a dirigersi verso la commissione che più si adatta alle loro esigenze²⁵. Si pensi ad esempio ai criteri adottati da ogni commissione per l'individuazione degli indici presuntivi per la distinzione tra appalto lecito e interposizione fittizia. Al riguardo potrebbero essere utili i «codici di buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro» richiamati dall'art. 78 – comma 4 – d.lgs. 276/2003 di cui si dirà *infra*.

Non solo, la concorrenza a ribasso potrebbe riguardare anche l'aspetto meramente economico e quindi, i contraenti potrebbero scegliere la commissione più conveniente.

Anche per queste ragioni²⁶, al comma terzo dell'art. 76 d.lgs. 276/2003 è stato previsto 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», con eventuale fusione delle esistenti commissioni e conseguente

²³ Riportato in *DPL*, 2004, XXXIV, 14 ss, con commento di E. MASSI (*La certificazione dei contratti di lavoro*).

²⁴ S. CENTOFANTI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 25, il quale nota come ciò sia in contrasto con il principio di imparzialità amministrativa.

²⁵ O «concorrenza al ribasso», come viene definita da M. G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 430

²⁶ Arriva per queste ragioni la proposta di L. NOGLER, *La certificazione*, cit., 37, di riscrivere la norma al fine di individuare criteri unitari superando così ogni aporia.

composizione mista e con la possibilità di creare delle sezioni, seppur unitariamente coordinate²⁷.

Per tirare le fila del discorso su una così estesa competenza a certificare, frutto evidentemente della considerazione per cui il lancio del prodotto su più mercati avrebbe potuto attrarre il consumatore in termini di disponibilità almeno, si può rilevare come in un'ottica di competenze tecniche, esperienza sul campo e sensibilità al componimento degli interessi, fosse, probabilmente, preferibile un mercato più di nicchia.

3.5.1. Gli enti bilaterali

Per quanto concerne enti bilaterali²⁸, la loro definizione è fornita all'art. 2, comma 1 lettera h. dello stesso decreto h): si tratta di organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, quali sedi privilegiate per la regolazione del mercato del lavoro, conferendo agli stessi diversi compiti, quali, a titolo esemplificativo, la promozione di una occupazione regolare e di qualità ovvero l'intermediazione nell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, ovvero ancora la programmazione di attività formative, nonché, infine, ogni altra attività o funzione assegnata loro dalla legge o dai contratti collettivi di riferimento.

²⁷ G. DONDI, *Le procedure di certificazione*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto e rapporto di lavoro*, in F. CARINCI –M. PERSIANI (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 2012, 105.

²⁸ Sui quali cfr. i contributi di F. CARINCI, C. CESTER, R. DEL PUNTA, L. MARIUCCI, G. MARTENGO, M. MISCIONE, U. ROMAGNOLI, S. SCARPONI, F. TORELLI, G. ZILIO GRANDI, *LD*, 2003 N. 2 e F. PASQUINI, *Il ruolo degli organismi bilaterali nel decreto attuativo della legge 14 febbraio 2003 n. 30: problemi e prospettive*, *La riforma Biagi*, (a cura di) M. TIRABOSCHI, Giuffrè 2004.

Preliminarmente occorre notare come rispetto alla legge delega si faccia riferimento alle associazioni comparativamente «più» rappresentative²⁹ e non meramente rappresentative per ovviare alle preoccupazioni di chi aveva notato come la creazione di organizzazioni poco inclini a certificazioni di nessun pregio giuridico potesse servire come salvacondotto per legalizzare situazioni irregolari³⁰, senza peraltro eliminarne il pluralismo non regolato, o scarsamente regolato, intrinseco al sistema sindacale³¹.

Il coinvolgimento degli enti bilaterali ha suscitato notevoli critiche in dottrina e in particolare numerose riserve sono state espresse in ordine alla possibilità che il potere di certificazione, con chiari risvolti di natura pubblicistica³², fosse affidato agli organi sindacali³³.

L'art. 76 richiama come competenti 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, lasciando – nel rispetto del carattere di autonome strutture associative – ai soggetti sindacali il compito di determinare la propria sfera di azione sul territorio³⁴.

²⁹ Il criterio della maggiore rappresentatività è ormai di consueto adottato dal legislatore per la delega di funzioni normative o gestionali ai sindacati: è un criterio di quasi gerarchia all'interno dell'area della maggiore rappresentatività riferito normalmente più ai soggetti o più raramente ai contratti esistenti nell'ambito della categoria. Così M. RUSCIANO, 2003, 224-225.

³⁰ E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali*, cit., 531

³¹ ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Esi, 2004, 281.

³² La natura pubblicistica è stata messa in discussione da F. CARINCI, op.cit., secondo il quale la certificazione può essere ben letta in chiave privatistica. L'accezione meramente «persuasiva» della certificazione sembra essere sostenuta da M. TIRABOSCHI, *Le procedure di certificazione*, in Id. (a cura di), *La riforma Biagi*, GL, suppl., IV, 126

³³ Per tutti v. L. MARIUCCI, *Interrogativi sugli enti bilaterali*, LD, 2003, 163 ss.

³⁴ V. SPEZIALE, *Gli organi abilitati alla certificazione*, in SPEZIALE V., LUNARDON F., BELLOCCHI P. (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, cit. 162-163.

La legittimazione degli enti bilaterali sembrerebbe avere natura politica³⁵. Potrebbe sostenersi che gli enti siano i soggetti più adatti a seguire le evoluzioni dei vari tipi di lavoro, essendo particolarmente sensibili alla valutazione degli interessi in gioco³⁶, fermo restando comunque che non si tratta di assegnare agli stessi alcuna funzione creativa³⁷. Gli enti, difatti, dovrebbero comunque muoversi nell'ambito del seminato della legge e nel rispetto dei criteri giurisprudenziali applicabili al caso concreto da sussumere nella fattispecie astratta. Ogni valutazione in merito alla struttura compositiva eccessivamente discrezionale, nonché alle modalità di esercizio dei poteri loro assegnati, è, purtroppo, priva di riscontro nell'esperienza operativa vista l'opposizione della Cgil³⁸. E probabilmente sarebbe opportuno non battezzare negativamente e in maniera apriorista il ruolo che potrebbero rivestire gli enti bilaterali e valutare caso per caso la competenza degli stessi rispetto alla funzione esercitata³⁹.

3.5.2. Le direzioni provinciali del lavoro e le Province.

Si è sin da subito osservato come tali enti fossero già sovraccarichi di lavoro e come questo riducesse evidentemente il concreto operare della disposizione⁴⁰. D'altronde sarebbe stato difficile prevedere la costituzione di un organismo pubblico *ad hoc*, per evidenti ragioni di contenimento della spesa pubblica, che avrebbe, poi, peraltro

³⁵ M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 429.

³⁶ M. TIRABOSCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., 126.

³⁷ L. NOGLER, *ult. op.cit.*, 34.

³⁸ S. CENTOFANTI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 25. In particolare la CIGL, si oppone, secondo F. LISO, *Collocamento e agenzie private*, *GDRI*, 2002, 600 perché «non intende mettersi nella situazione di dover prendere decisioni contro il singolo lavoratore». L'opposizione non concerneva semplicemente il potere derogatorio in ordine a trattamenti previdenziali e provvidenze economiche in generale come aveva ipotizzato V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, 2003, 281.

³⁹ Come suggerisce, in un'ottica pragmatica, R. DEL PUNTA, *Enti bilaterali e modelli di regolazione*, *LD*, 2003, 220.

⁴⁰ L. NOGLER, *ult. op.cit.*, 36 nt. 113

comportato la dissipazione del vantaggio rappresentato dal bagaglio di competenze tecniche accumulato dalla Dtl⁴¹.

Le commissioni di certificazione presso le direzioni territoriali del lavoro sono divenute operative mediante l'emanazione del d.m.21 luglio 2004, che ne ha specificato la costituzione, la composizione ed il funzionamento. Siffatte commissioni sono costituite all'interno del Servizio politiche del lavoro, con decreto del dirigente preposto che la presiede e sono composte da due funzionari addetti al Servizio politiche del lavoro, da un rappresentante Inps e da un rappresentante Inail.

Per quanto concerne le Province, invece, la commissione è composta da tre funzionari del servizio provinciale competente, da un rappresentante Inps e uno Inail e due rappresentanti sindacali dei lavoratori nominati dal presidente della commissione su designazione delle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello provinciale e due rappresentanti sindacali dei datori di lavoro scelti dalle organizzazioni più rappresentative a livello provinciale. Questi i componenti con diritto di voto della commissione provinciale. Per accrescere il livello di professionalità della commissione è stata prevista – con un ruolo meramente consultivo – la presenza di un funzionario dell'Agenzia dell'Entrate e di un rappresentante del Consiglio provinciale degli ordini professionali di cui all'art. 1, l. 12 del 1979.

Per quanto concerne la loro competenza è assimilata a quella territoriale prevista dall'art. 413 c.p.c. per cui si è rilevato che alla lettera della norma un'azienda con sede all'estero non potrebbe richiedere la certificazione⁴². Per la verità questo non vale per le commissioni che non hanno una competenza territoriale limitata: le università e le fondazioni ad esempio. Tuttavia, l'introduzione di commissioni provinciali rappresenta

⁴¹ V. SPEZIALE, *ult.op.cit.*, 164-165.

⁴² L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, RIDL, II, 2004, 246

una novità di difficile comprensione⁴³, come da taluno definita, posto che la possibilità di costituire commissioni di certificazione era stata rivendicata dagli stessi enti territoriali nel «Parere della conferenza Unificata sullo schema di decreto legislativo di attuazione della legge n. 30/2003 del 3 luglio 2003»⁴⁴.

Vi è stato chi ha sostenuto che l'intento fosse di coinvolgere i centri per l'impiego che operano nel territorio provinciale e quindi di riferire il termine province agli stessi centri per l'impiego⁴⁵. Pur volendo ammettere che il richiamo sia ai centri per l'impiego non si possono non condividere le perplessità in ordine a un loro eventuale coinvolgimento posta la mancanza di esperienza e competenza sulla qualificazione dei contratti⁴⁶.

L'opinione di chi scrive è che l'intenzione del legislatore fosse di coinvolgere tutti i soggetti che abbiano o che dovrebbero avere un ruolo all'interno del mercato del lavoro. La delicatezza della problematica della qualificazione dei contratti di lavoro, e a maggior ragione i germi di derogazione assistita introdotti dal «Collegato lavoro», avrebbe imposto una maggiore selezione degli organi deputati alla funzione certificativa. In altri termini, non è allargando a dismisura la competenza agli enti più disparati che si può sperare di incrementare il ricorso alla certificazione, anzi, si possono verificare fenomeni di concorrenza al ribasso – di cui diremo *infra* – che dequalificano la funzione della certificazione, riducendola a mero incartamento che inibisce il potere sanzionatorio degli enti ispettivi fino alla sua vittoriosa impugnazione e che, quindi, di fatto – come conferma la direttiva Sacconi – scoraggia l'intervento di verifica da parte delle autorità competenti. Certamente non era questo l'intento con cui

⁴³ V. SPEZIALE, *ult.op. cit.*

⁴⁴ Così P. TULLINI, *Sub art. 78*, in (a cura di) E. GRAGNOLI – A. PERULLI, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, 832.

⁴⁵ L. NOGLER, *ult.op.cit.*, 36

⁴⁶ V. SPEZIALE, *ult.op.cit.*, 165.

la certificazione si era affacciata al panorama legislativo italiano, anche se è innegabile che l'inibizione del potere ispettivo rappresenti di gran lunga l'incentivo più importante per il ricorso allo strumento certificatorio.

3.5.3 Il Ministero del lavoro delle politiche sociali -Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro.

Con la legge finanziaria del 2006 è stata assegnata la competenza a costituire commissioni di certificazione al Ministero del lavoro e delle politiche sociali - Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro, che opera esclusivamente nei casi in cui il datore di lavoro abbia le proprie sedi di lavoro in almeno due province, anche di regioni diverse, ovvero per quei datori di lavoro con unica sede di lavoro ma associati ad organizzazioni imprenditoriali che abbiano predisposto a livello nazionale schemi di convenzioni certificati dalla commissione di certificazione istituita presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nell'ambito delle risorse umane e strumentali già operanti presso la Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro.

3.5.4. Consigli provinciali dei consulenti del lavoro.

Alla lettera *c-ter* dell'art. 76, introdotta con la legge finanziaria del 2006 e modificata con il «Collegato Lavoro» si fa riferimento ai consigli provinciali dei consulenti del lavoro di cui alla legge 11 gennaio 1979, n. 12, esclusivamente per i contratti di lavoro instaurati nell'ambito territoriale di riferimento senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica *e comunque unicamente nell'ambito di intese definite tra il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e il Consiglio nazionale dei consulenti del*

*lavoro, con l'attribuzione a quest'ultimo delle funzioni di coordinamento e vigilanza per gli aspetti organizzativi.*⁴⁷

Proprio quest'ultima previsione sembra riflettere l'apprensione del legislatore⁴⁸, peraltro già dimostrata dalla possibilità, per siffatte commissioni, di certificare solo contratti di lavoro nell'ambito territoriale di riferimento.

3.5.5. Le Università e le Fondazioni universitarie.

L'introduzione della competenza certificativa in capo alle Università⁴⁹, auspicata per favorire una maggiore integrazione tra università e mercato del lavoro⁵⁰, è stata oggetto di critiche da parte della dottrina⁵¹.

La competenza è stata assegnata alle università pubbliche e private e indipendentemente dal vincolo territoriale, purché iscritte in apposito albo, indicato al comma 2 dell'art. 76, del d.lgs. 276/2003. Albo istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali con apposito decreto dello stesso ministero di concerto con il Ministro dell'istruzione, della università e della ricerca. Per ottenere la registrazione, le università sono tenute a inviare, all'atto della registrazione e ogni sei mesi, studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro con riferimento a tipologie di lavoro indicate dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Questa previsione trova la propria *ratio* nella diffidenza degli operatori circa il coinvolgimento delle università nella procedura, posto che, mentre le altre commissioni

⁴⁷ La parte in grassetto è stata inserita dal legislatore con la novella del 2010.

⁴⁸ G. DONDI, *Procedure di certificazione*, cit., 104.

⁴⁹ Inserita nell'art. 5 della legge delega alla Camera grazie all'approvazione di un emendamento presentato dell'onorevole Campa (Forza Italia)

⁵⁰ M. BIAGI, *Università e orientamento al lavoro nel dopo riforma: verso la piena occupabilità?*, L. MONTUSCHI – M. TIRABOSCHI – T. TREU, *Un giurista progettuale*, Giuffrè, 2003.

⁵¹ V. SPEZIALE, *La certificazione*, cit., 112, in cui l'a. afferma che si tratta di un'innovazione difficilmente comprensibile. Di «bizzarria» parla E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 279.

avevano al loro interno rappresentanti sindacali o funzionari pubblici aventi competenze, anche di natura conciliativa, alle università mancherebbe, non solo un'esperienza sul campo ma anche una certa sensibilità nel valutare i diversi interessi coinvolti⁵².

La previsione di commissioni unitarie potrebbe servire a colmare questo scarto di «sensibilità» delle Università, le quali, d'altro canto, fornirebbero una competenza tecnica che è di primo livello, visto che la commissione è presieduta da docenti di diritto del lavoro di ruolo, per quanto anche quest'ultimo dato abbia suscitato perplessità inerenti alla posizione di docenti che esercitino anche la libera professione⁵³.

Quanto detto rispetto all'iscrizione all'albo perplime⁵⁴ nella misura in cui, ciò che sembra mettere in discussione il legislatore con il controllo degli indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro, non è la mancanza di esperienza pratica quanto la competenza delle commissioni universitarie, laddove la qualificazione dei suoi membri apparirebbe, invece, ovvia, trattandosi di docenti di diritto de lavoro di ruolo. Competenza tecnica che è invece riconosciuta in capo agli enti bilaterali senza la previsione di alcuna verifica⁵⁵. Probabilmente la spiegazione va ravvisata nel fatto che la natura privata della commissione non offre una presunzione di accuratezza nella selezione dei suoi componenti, assicurata, invece, ai sensi dell'art. 97 Cost., nel caso della DTL, del Ministero del lavoro e dei consigli Provinciali⁵⁶.

⁵²*Ibidem.*

⁵³ L. NOGLER, *La certificazione*, cit., 40.

⁵⁴ Parla di evidente irragionevolezza di tale complessivo impianto, G. DONDI, *Le procedure di certificazione*, cit., 26.

⁵⁵ L'opportunità di una vigilanza sulle commissioni di certificazione promananti dagli enti bilaterali è suggerita da E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali*, cit., 534.

⁵⁶ G. DONDI, *Le procedure di certificazione*, cit., 27.

3.6 La competenza degli organi certificatori.

Per quanto attiene alla competenza territoriale, nulla viene espressamente detto nella legge delega e per fugare i dubbi di costituzionalità per eccesso di delega si potrebbe sostenere che la competenza sia un aspetto legato fisiologicamente alla procedura di certificazione, oggetto di delega espressa. Ad ogni buon conto, l'art. 77 del decreto delegato, stabilisce «Nel caso in cui le parti intendano presentare l'istanza di avvio della procedura di certificazione presso le commissioni di cui all'articolo 76, comma 1, lettera b), le parti stesse devono rivolgersi alla commissione nella cui circoscrizione si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale sarà addetto il lavoratore. 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 commissioni costituite dalle rispettive associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro». La norma si riferisce, quindi, alle commissioni istituite presso le Dtl e le province, mentre nel secondo periodo si fa riferimento alla competenza territoriale degli enti bilaterali, lasciando agli stessi la facoltà di fissare l'ambito territoriale di riferimento, in accordo con il principio dell'autonomia sindacale fissato dall'art. 39 Cost. Si tratta di una competenza non per territorio ma per area o categoria professionale⁵⁷.

La norma pone altre problematiche riguardanti proprio l'autonomia sindacale, intesa in senso negativo, ossia alla facoltà dei lavoratori e dei prestatori di non aderire ad alcun sindacato. L'ultima parte dell'art. 77 del decreto legislativo 276/2003 stabilisce che le parti richiedenti la certificazione debbano rivolgersi alle commissioni costituite dalle rispettive associazioni. La qual cosa potrebbe far pensare ad un obbligo per le parti di iscriversi al sindacato per poter svolgere la procedura di certificazione in quella sede.

⁵⁷ E. GHERA, *La certificazione, cit.*, 282.

Un'iscrizione obbligatoria sarebbe in netto contrasto con la libertà sindacale *ex art. 39* così come *supra* definita. Si potrebbe sostenere, come ha fatto attenta dottrina, che solo se il datore di lavoro e il prestatore di lavoro siano iscritti al sindacato debbano necessariamente rivolgersi a quest'ultimi per espletare la procedura di certificazione, senza poterne contattare altri⁵⁸. Disposizione che condiziona la libertà individuale e valorizza il vincolo associativo, giustificabile attraverso il principio di prevalenza dell'interesse collettivo su quello individuale⁵⁹. Certo è che se le parti non intendano ricorrere alla struttura sindacale competente secondo l'interpretazione suddetta, possono utilizzare strutture diverse, vista la molteplicità di sedi certificative previste dalla legge. Nulla viene detto rispetto alla competenza delle Università e delle fondazioni. Vale, quindi, quanto già anticipato: non sembra che il legislatore abbia inteso assegnare alle stesse una competenza territoriale e ciò in ragione della competenza tecnica che gli riconosce nonché del prestigio e autorevolezza di cui questa sede è dotata⁶⁰.

La competenza territoriale del Ministero del lavoro va ricercata nella lettera *c-bis* dell'art. 76, difatti, essendo tale sede prevista solo nel 2006, è stata inserita direttamente nel suddetto articolo, senza intervenire sull'art. 77 del d.lgs. 276/2003. È possibile instaurare la procedura presso il Ministero del lavoro esclusivamente nei casi in cui il datore di lavoro abbia le proprie sedi di lavoro in almeno due province, anche di regioni diverse, ovvero per quei datori di lavoro con unica sede di lavoro associati ad organizzazioni imprenditoriali che abbiano predisposto a livello nazionale schemi di convenzioni certificati dalla commissione di certificazione istituita presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nell'ambito delle risorse umane e strumentali già operanti presso la Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro. Sembra,

⁵⁸ L. NOGLER, *ult.op.cit.*, 35.

⁵⁹ V. SPEZIALE, *ult.op.cit.*, 170.

⁶⁰ In questo senso v. anche *Ibidem*, 168.

quindi, che questa sede sia anche un surrogato di competenza nazionale delle commissioni provinciali nel caso in cui vi sia un conflitto di competenza tra due province, posto che può anche essere il frutto di una scelta convenzionale con associazioni imprenditoriali.

Anche per i consigli provinciali dei consulenti del lavoro di cui alla legge 11 gennaio 1979, n. 12, la commissione è competente «esclusivamente per i contratti di lavoro instaurati nell'ambito territoriale di riferimento».

3.7. L'incompetenza degli organi certificatori.

A presidio dell'assegnazione di una precisa competenza territoriale degli enti non è stata prevista alcuna sanzione. Discorso analogo vale per la violazione dei criteri di composizione delle commissioni di certificazione su enucleati.

Problematica che si pone anche rispetto al tentativo di conciliazione che deve svolgersi presso le stesse commissioni di certificazione e che si è già posta in passato per il tentativo di conciliazione svolto ai sensi dell'art. 410 c.p.c.. Non è una questione di poca rilevanza, viste le conseguenze di natura sostanziale e processuale che pone. Si pensi, ad esempio, al valore sospensivo dei termini di decadenza che potrebbe non essere riconosciuto nel caso di commissione di certificazione incompetente, mentre per quanto attiene all'effetto interruttivo della prescrizione, non si dubita che possa verificarsi comunque, atteso che l'art. 410 c.p.c. fa riferimento all'inoltro della domanda di conciliazione e non alla conclusione della stessa. Occorre, però, scindere la questione a seconda che venga in rilievo il ruolo conciliativo della commissione di certificazione in sede di impugnazione dell'atto di certificazione stesso e della relativa procedibilità dell'azione, ovvero i riflessi sull'atto di certificazione emanato dalla commissione

incompetente ovvero ancora il caso in cui la competenza conciliativa che verta sul qualsiasi controversia lavoristica, introdotta dall'art. 31 del «Collegato Lavoro» .

Non ci può esimere, in prima battuta, dal notare che non si può far ricorso alle norme che disciplinano l'incompetenza in sede giurisdizionale perché si agisce in ambito extraprocessuale: «una sorta di terra di nessuno dove non trovano piena applicazione né le categorie processualcivilistiche né quelle di diritto sostanziale»⁶¹

Al riguardo, parte della dottrina aveva notato come l'eventuale incompetenza dell'ufficio non avesse riflessi né sulla procedibilità dell'azione giudiziale, atteso che la conseguenza del mancato esperimento della conciliazione fosse l'improcedibilità del giudizio, né sulla validità della conciliazione⁶².

Altra autorevole dottrina sosteneva che se la commissione è incompetente, il tentativo deve considerarsi come non svolto⁶³ e che questa conseguenza estrema debba ricorrere ogni qualvolta che sia la controparte o il giudice d'ufficio a sollevare l'incompetenza, posto che è difficile ammettere la procedibilità dell'azione qualora il tentativo si sia svolto avanti a un organo incompetente – vuoi dal punto di vista territoriale vuoi compositivo – al quale il convenuto non ha preso parte in ragione dell'incompetenza del conciliatore⁶⁴, con conseguente nullità degli atti processuali successivi⁶⁵.

Orbene, trattandosi di procedura volontaria, si potrebbe prospettare di lasciare alle parti la decisione sull'incompetenza dell'organo che ha svolto il tentativo di conciliazione.

⁶¹ D. BORGHESI, *La giurisdizione nel pubblico impiego*, 2002, Cedam, 204.

⁶² Opinione espressa da V. PINTO, *Il tentativo di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico, Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Commentario diretto da F. CARINCI – M. D'ANTONA, 2a edizione, III, Giuffrè, 2000, 1913; F. BIANCHI D'URSO, *Commento dell'art. 69 bis, Riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle pubbliche amministrazioni*, N.L.C.C., 1999, 1486, n.t. 6.

⁶³ F.P. LUISO, *Commento all'art. 36 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80*, in *Amministrazioni pubbliche, lavoro e processo*, (a cura di) M. DELL'OLIO-B.SASSANI, Giuffrè, 2000, 462.

⁶⁴ D. BORGHESI, *loc. ult. op.cit.*

⁶⁵ L. DE ANGELIS, *Le controversie di lavoro pubblico: profili del tentativo obbligatorio di conciliazione*, DLRI, 1998, 817, 826

Alle parti è riservato lo strumento dell'eccezione d'incompetenza – in senso atecnico da sollevare nel giudizio. E, quindi, le parti manifesterebbero la loro volontà di tenere per buono il tentativo di conciliazione non sollevando innanzi al giudice la questione di competenza. Diversamente quando ritengano che l'incompetenza abbia arrecato un reale danno, possono eccepire la questione, considerato che la mancata partecipazione al tentativo di conciliazione potrebbe essere valutata dal giudice ai sensi dell'artt. 91, 92 e 96 c.p.c..

Giova, peraltro, ricordare che non essendo operative le regole giudiziali, nessun principio d'inderogabilità territoriale è invocabile. Sposare questa tesi significa riconoscere che – nella mancata individuazione del problema d'incompetenza – vi sia una ratifica dell'operato della commissione incompetente, escludendo, quindi, che il giudice possa d'ufficio sollevare la questione. Si tratterebbe di una deroga alla competenza implicita, che si fonda sull'accordo delle parti. Accordo che non si concretizza nel caso in cui una parte non abbia partecipato al tentativo di conciliazione, o nel caso in cui dall'incompetenza sia derivato un pregiudizio reale alla parte, perché diversamente l'eccezione di incompetenza potrebbe essere utilizzata artatamente dalla parte per togliere validità all'accordo raggiunto ovvero per evitare che il giudice tenga conto del comportamento delle parti in sede conciliativa ai sensi dell'art. 116 del c.p.c. Conclusioni che dovrebbero valere anche quando una parte abbia sollevato l'eccezione innanzi alla commissione che si ritiene competente. In tal caso la commissione, così come nell'ipotesi in cui la stessa abbia autonomamente la propria incompetenza, può (dovrebbe) rifiutarsi di svolgere la propria funzione conciliativa⁶⁶. E qualora, invece, la commissione non si reputi incompetente? Oppure dinieghi non correttamente la propria

⁶⁶ Analogamente a quanto accadeva per la Dpl nel caso del tentativo di conciliazione dell'art. 410 c.p.c. V. al riguardo V.PINTO, *op.cit.*, 1912.

competenza? Proprio in questo caso occorre distinguere l'ipotesi certificativa dalla conciliativa.

Nel caso di atto di certificazione emesso da un organo incompetente, l'impugnazione proposta innanzi al giudice del lavoro è vincolata alle sole ipotesi previste dall'art. 80 del d.lgs. 276/2003, indi per cui, non è possibile far valere questa doglianza seguendo questa strada. Il provvedimento di certificazione è un atto amministrativo e l'incompetenza è pur sempre un vizio del procedimento⁶⁷, quindi, si potrà far valere la doglianza avanti al Tar che potrà annullare l'atto. Altrettanto potrebbe accadere nel caso di ingiustificato diniego della competenza. Diversamente si svuoterebbe di significato la previsione della competenza territoriale dell'organo certificatorio. Se, invece, il tentativo di conciliazione riguarda l'ipotesi d'impugnazione dell'atto di certificazione, l'incompetenza della commissione in veste conciliativa potrebbe essere assorbita nell'impugnazione dello stesso atto di certificazione, atteso che il tentativo si svolge obbligatoriamente innanzi alla stessa commissione che ha emesso la certificazione impugnata.

Qualora le parti vogliano impugnare l'atto per incompetenza, non sono obbligate a svolgere il tentativo di conciliazione presso la commissione di certificazione che ha emanato l'atto, atteso che l'obbligatorietà concerne l'impugnazione avanti al giudice del lavoro. Potrebbero impugnare direttamente l'atto, tuttavia, qualora l'incompetenza emerga dopo lo svolgimento del tentativo di conciliazione, può essere lamentata nell'impugnazione per violazione del procedimento innanzi al Tar, fermo restando quanto detto sulle impugnazioni strumentali dell'incompetenza dell'organo di certificazione.

⁶⁷ Ascrivono l'incompetenza a vizio del procedimento V. SPEZIALE, *La competenza, cit.*, 170-171. M. MAFFUCCINI, *La certificazione dei contratti di lavoro, QC*, §5.

Se, invece, ci si muove nell'ambito della funzione conciliativa assegnata alla commissione di certificazione dal «Collegato Lavoro» per ogni vertenza lavoristica, la norma di riferimento è l'art. 2113 c.c.: le rinunce e le transazioni operate nella sede protetta sono inoppugnabili. Si tratterebbe di un vizio formale che attiene alla procedura conciliativa. Al riguardo, la Suprema Corte aveva avuto modo di precisare la completa irrilevanza degli eventuali vizi formali della formazione della conciliazione sindacale ai fini della validità delle rinunce e transazioni⁶⁸. Si pensi che quanto detto vale per violazioni procedurali che attengono ad esempio i criteri di scelta dei licenziamenti collettivi, procedure in cui gli errori di natura formale sono quasi fisiologici. Siffatto ragionamento – per identità di *ratio* – potrebbe applicarsi, *mutatis mutandis*, nel caso di conciliazione presso l'incompetente commissione di certificazione.

Nel caso, invece, di diniego di competenza, non essendo la procedura conciliativa prevista a pena d'improcedibilità, le parti dovranno rivolgere le loro istanze agli altri organi deputati alla conciliazione, quali le Dtl ad esempio.

3.8 Il procedimento di certificazione

Alla legge delega, anche rispetto al tema delle indicazioni sulla procedura di certificazione, si può muovere il consueto rimprovero di genericità. L'art. 5 della l. 30/2003 si limitava ad enucleare l'indicazione del contenuto e della procedura di certificazione nei principi e criteri direttivi. Non può certo dirsi che il decreto delegato abbia meglio puntualizzato la disciplina del procedimento di certificazione che, come si vedrà, continua ad essere avvolta da una coltre di indeterminatezza. Più correttamente, il decreto delegato ha rinviato, a sua volta, la puntuale definizione del procedimento di

⁶⁸Cass., 24 marzo 2004 n. 5940, *MGC*, 2004, 3.

certificazione ai regolamenti delle sedi certificative. L'eterogeneità delle sedi avrebbe forse imposto qualche direttiva maggiore, per prevenire che, anche il procedimento di certificazione, sia lasciato alla completa iniziativa degli organi certificatori. Questa delega in bianco riflette la volontà del legislatore di non imbrigliare la procedura di certificazione con formalismi e preclusioni che, di fatto, ne irrigidirebbero l'*iter* e per l'effetto ne paralizzerebbero il ricorso. La certificazione è stata pensata come uno strumento flessibile in mano alla volontà delle parti, le quali, oltre a decidere se ricorrere alla procedura, possono sceglierne la sede e non solo sulla base del costo e degli orientamenti seguiti, ma anche per la maggiore snellezza della procedura. La qual cosa porta a ritenere che le commissioni di certificazione cercheranno di rendere la procedura il più agile possibile per rimanere competitivi.

Ad ogni buon conto la procedura di certificazione è volontaria e si attiva con un'istanza scritta firmata da entrambe le parti. Al riguardo occorre precisare che la forma scritta è *ad substantiam* nella misura in cui il consenso della parte non può essere desunto che dalla sottoscrizione dell'istanza. Il che non significa che il consenso della parte sia libero da ogni condizionamento, specie se si tratti di contratti non in corso, posto che la debolezza del lavoratore raggiunge l'acme nel momento di instaurazione del rapporto. Anche nel caso di contratti già in esecuzione, il timore di perdere l'occupazione potrebbe essere un ottimo deterrente per evitare di manifestare resistenze in ordine al procedimento certificatorio. Si tratta, tuttavia, di un problema che assume proporzioni ben più ampie, posto che interessa il diritto del lavoro quale branca del diritto storicamente caratterizzata da una dialettica sbilanciata a favore di una parte. Il problema si acuisce se si pensa alle rinunce e delle transazioni e alla certificazione delle stesse. Difatti, mentre per quanto riguarda l'aspetto qualificatorio, la certificazione non

ha valore immanente, atteso che il provvedimento della commissione può sempre essere impugnato dinnanzi al giudice ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. 276/2003, altrettanto non può dirsi per la volontà abdicativa manifestata nelle sedi protette. Dimostrato, infatti, che l'assistenza alla parte è stata effettiva, le rinunce sono inoppugnabili⁶⁹. Del pari, nelle transazioni l'inoppugnabilità è concessa a condizione che emerga dal contratto transattivo, sia la *res dubia* oggetto della lite (in atto o potenziale) sia le «reciproche concessioni», senza peraltro entrare nel merito dell'opportunità delle stesse. Mentre le quietanze a saldo o liberatorie sottoscritte dal lavoratore al termine del rapporto, ove la dichiarazione di rinuncia a maggiori somme sia riferita, in termini generici, a titoli di pretese in astratto ipotizzabili in relazione alla prestazione di lavoro subordinato e alla conclusione del relativo rapporto, possono assumere valore di rinuncia alla condizione che risulti accertato, sulla base dell'interpretazione del documento o per il concorso di altre circostanze desumibili «aliunde», che essa è stata rilasciata con la consapevolezza della esistenza di diritti determinati o obiettivamente determinabili e con il cosciente intento di abdicarvi⁷⁰.

Il legislatore tende a sperare che la genuinità del consenso sia conseguenza automatica della convenzionalità della sede in cui viene reso, come peraltro sembra dimostrare anche con l'intervento del «Collegato lavoro». Si tratta di un approccio formalistico che trova l'avallo della giurisprudenza, ma che non presidia in alcun modo la volontarietà abdicativa e certificativa del lavoratore. Come detto peraltro in sede di commento alla fattezze assunte dalla clausola compromissoria a seguito della novella del 2010, ciò che si può auspicare è che la competenza tecnica di alcune commissioni e la sensibilità di altre possano essere messe al servizio del lavoratore almeno per colmare il *gap*

⁶⁹Cass.23 ottobre 2013 n. 24024, *Dejure*;

⁷⁰Cass.14 dicembre 2009 n. 26165, *ivi*; Cass.,25 gennaio 2008 n. 1657, *ivi*

informativo che da sempre caratterizza la posizione del lavoratore, seppur in misura maggiore o minore a seconda delle epoche storiche.

Benché volontaria, la procedura di certificazione segue «obbligatoriamente» a un'istanza comune delle parti del contratto di lavoro, secondo quanto disposto dall'art. 78 comma 1 del d.lgs. 276/2003. Non si tratta di una contraddizione in termini, semplicemente se le parti intendono volontariamente – ad eccezion fatta per i casi trattati *supra* – devono necessariamente attivare la procedura con un'istanza scritta che di fatto serve ad assicurare che la procedura promani dall'iniziativa delle parti – non necessariamente due, si pensi al caso del subappalto – del rapporto di lavoro.

Dell'avvio della procedura conciliativa è data notizia alla Dtl, la quale a sua volta provvede a comunicarlo a tutte le autorità pubbliche nei confronti delle quali, la certificazione è destinata a produrre effetti. Il riferimento è dunque all'Agenzia delle Entrate, Inps, Inail, etc.

La ragione per cui il legislatore ha previsto quest'obbligo di comunicazione è da riconnettere alla volontà di coinvolgere gli enti ispettivi nella procedura di certificazione, come si comprende dalla sollecitazione agli stessi mossi nel prosieguo del comma, in cui si invitano gli enti a presentare osservazioni al riguardo. Risulta evidente che la partecipazione di questi soggetti alla procedura certificativa è resa particolarmente difficile dall'evidente carico di lavoro di cui sono oberati. Non si tratta però dell'unica ragione per cui la comunicazione dell'avvio della procedura è stata prevista, come si vedrà *infra*.

3.8.1. La comunicazione alla Dtl e la direttiva Sacconi.

La direttiva emanata il 18 settembre 2008 dall'allora Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali Maurizio Sacconi, nota per l'appunto come «direttiva Sacconi» richiama l'attenzione sulla centralità di una visione dell'attività di vigilanza attenta alla qualità ed efficacia dell'azione ispettiva «anche al fine di avviare un rinnovato e costruttivo rapporto con gli operatori economici e i loro consulenti, essenziale per portare a compimento il processo di modernizzazione del mercato del lavoro avviato con la Legge Biagi».

In particolare, la direttiva in tema di appalto e subappalto, indirizza le attività ispettive sui contratti che non sono stati oggetto di certificazione, ma non solo: «con riferimento ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa, in qualsiasi modalità, anche a progetto, e alle associazioni in partecipazione con apporto di lavoro, si dovrà concentrare l'accertamento ispettivo esclusivamente su quelli che non siano già stati sottoposti al vaglio di una delle commissioni di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo n. 276 del 2003, in quanto positivamente certificati o ancora in fase di valutazione, salvo che non si evinca con evidenza immediata e non controvertibile la palese incongruenza tra il contratto certificato e le modalità concrete di esecuzione del rapporto di lavoro». E ancora: «le collaborazioni coordinate certificate saranno oggetto di verifica ispettiva soltanto a seguito di richiesta d'intervento del lavoratore interessato e sempreché sia fallito il preventivo tentativo di conciliazione monocratica»

Dalla lettura delle disposizioni in tema di vigilanza impartite dalla direttiva, può desumersi un ruolo diverso ricoperto dalla comunicazione alla Dtl dell'avvio della procedura certificativa. Dall'emanazione della direttiva Sacconi in poi, la comunicazione alla Dtl potrebbe servire per informare gli ispettori che il contratto di

lavoro è certificato, ovvero che è in corso la procedura di certificazione, posto che nell'ordine delle priorità delle ispezioni, i contratti certificati o certificandi dovrebbero assumere una posizione «defilata». La qual cosa non si traduce in un divieto di ispezione qualora il rapporto di lavoro sia certificato, ma, nel caso dell'appalto di lavoro, nel dare preminente attenzione ai contratti non certificati, ovvero, nel caso delle co.co.pro., nel limitare l'accesso ispettivo nei soli casi in cui sia il lavoratore a chiederlo e a seguito del fallimento della conciliazione monocratica, ovvero infine per le co.co.pro. e le associazioni in partecipazione, deve emergere una palmare discrasia tra il programma negoziale certificato e le concrete modalità esecutive del rapporto di lavoro. In questo senso la direttiva Sacconi potrebbe rappresentare un ulteriore incentivo per ricorrere alla certificazione dei contratti di lavoro, laddove un elemento premiale della certificazione è individuato nell'effetto preclusivo della comminazione delle sanzioni derivanti dall'accesso ispettivo fino alla vittoriosa impugnazione dell'atto di certificazione, salvi i soli provvedimenti cautelari, evitare l'accesso o condizionarlo potrebbe diventare un innegabile vantaggio.

Infine, sebbene la norma imponga di comunicare l'avvio della procedura di certificazione alla Dtl a seguito del ricevimento dell'istanza, è probabile che, tale avviso, sia dato dagli organi di certificazione solo quando abbiano già avuto modo di vagliarne la fondatezza. Gli organi di certificazione non sono enti ispettivi e non sono peraltro tenuti a comunicare alla Dtl il rigetto della domanda di certificazione né delle motivazioni che hanno condotto al rifiuto di certificare, di cui viene dato atto nel provvedimento di diniego. La qual cosa significa che se, ad esempio nell'ambito di un contratto di appalto, la commissione di certificazione rigetti l'istanza perché riscontra un'ipotesi di interposizione, avendo dato comunicazione alla Dtl dell'avvio, la mancata

conclusione del procedimento avrebbe in qualche modo valore confessorio e potrebbe indurre un accertamento ispettivo. Si tratterebbe di un effetto collaterale che mal si sposa con la logica premiale che il legislatore aveva inteso costruire.

3.8.2. Il procedimento di certificazione davanti alla Dtl e alle Province: il Dm 21 luglio 2004.

Lo svolgimento della procedura di certificazione è demandata alle norme dell'atto di costituzione delle commissioni di certificazione, nel rispetto dei codici di buone pratiche.

In attesa dell'emanazione dei suddetti codici di buone pratiche, il Ministero del lavoro è intervenuto a dare istruzioni in merito alla composizione, già analizzata nel §3.5.2, e al procedimento di certificazione davanti alla Dtl e alle Province mediante il dm. 21 luglio 2004.

Per prima cosa, ai sensi dell'art. 3 comma 2 del citato decreto ministeriale, l'istanza di certificazione, redatta su apposito modulo, dovrà essere presentata in carta da bollo e sottoscritta in originale dalle parti, con allegata copia del documento di identità dei firmatari. La stessa istanza «deve contenere l'indicazione espressa degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali in relazione ai quali le parti chiedono la certificazione, inoltre deve essere corredata dall'originale del contratto sottoscritto dalle parti, contenente i dati anagrafici e fiscali delle stesse».(art. 3 comma 3 dm. 21 luglio 2004). Tale disposizione potrebbe apparire superflua se si ritiene che i suddetti effetti si producano *ope legis*, potrebbe, invece, avere un senso se si ritiene che siano disponibili per le parti. Si dubita, tuttavia, vista la natura pubblicistica dell'atto di certificazione,

che le parti possano decidere, ad esempio, di rinunciare agli effetti fiscali dell'atto e tenerne ferma invece la valenza amministrativa.

La commissione di certificazione, ricevuta l'istanza, provvede all'istruttoria documentale, ossia «Sulla base degli atti e dei documenti presentati, la Commissione verifica la correttezza del contratto scelto dalle parti e, ove si renda necessario, propone eventuali modifiche e integrazioni» (art. 3 comma 4) per poi dare spazio all'audizione delle parti (art. 3 comma 5).

Le parti devono presentarsi dinanzi alla Commissione nella data e nell'ora stabilite dalla comunicazione che può alle stesse essere inviata vuoi tramite fax vuoi tramite e-mail (art. 2 comma 2).

Particolare rilevanza è data alla presenza delle parti, rilevato che «L'eventuale assenza anche solo di una delle parti rende improcedibile l'istanza e rende necessaria la presentazione di una nuova domanda ai sensi dell'articolo 3». (art. 5 comma 1).

Disposizione, quest'ultima, in linea con la volontarietà della procedura, che non si traduce solo nella presentazione dell'istanza congiunta, ma anche nella partecipazione attiva della parte al procedimento di certificazione. Non è fatto obbligo, tuttavia, alle parti di presenziare all'*audit* personalmente ma possono farsi rappresentare da un soggetto appositamente delegato – solo in caso di comprovate motivazioni valutate dal Presidente della Commissione – ai sensi dell'art. 5 comma 3. Datore di lavoro e lavoratore possono farsi assistere dalle rispettive organizzazioni sindacali o di categoria o da un professionista regolarmente abilitato. Assistenza che si prefigura come necessaria qualora la parte sia presente in persona di un proprio rappresentante (art. 5 comma 4).

L'audizione delle parti serve ad assumere informazioni sui fatti e sugli elementi dedotti o da dedurre nel contratto di lavoro di cui si chiede la certificazione (art. 5 comma 2) e delle dichiarazioni rese dalle parti e dell'attività svolta dalla Commissione, deve redigersi verbale nel provvedimento finale di certificazione.

3.8.3. Le procedure di certificazione e i codici di buone pratiche.

Come ricordato all'inizio del precedente paragrafo, il procedimento di certificazione è regolato dalla scarna disciplina presente nello stesso articolo, nonché dai codici di buone pratiche.

I codici di buone pratiche sono mutuati dall'esperienza anglosassone dei *code of practies*. Secondo la definizione offerta dall'ILO, *icode of praticies*:

«set out practical guidelines for public authorities, employers, workers, enterprises, and specialized occupational safety and health protection bodies (such as enterprise safety committees). They are not legally binding instruments and are not intended to replace the provisions of national laws or regulations, or accepted standards. Codes of Practice provide guidance on safety and health at work in certain economic sectors (e.g. construction, opencast mines, coal mines, iron and steel industries, non-ferrous metals industries, agriculture, shipbuilding and ship repairing, forestry), on protecting workers against certain hazards (e.g. radiation, lasers, visual display units, chemicals, asbestos, airborne substances), and on certain safety and health measures (e.g. occupational safety and health management systems; ethical guidelines for workers' health surveillance; recording and notification of occupational accidents and diseases; protection of workers' personal data; safety, health and working conditions in the transfer of technology to developing countries).»⁷¹

⁷¹<http://www.ilo.org/safework/info/standards-and-instruments/lang--en/index.htm>

Essi non sono strumenti giuridicamente vincolanti e non sono destinati a sostituire le disposizioni di leggi o regolamenti nazionali, possono però essere valutati dagli *employment tribunals* come strumenti di prova⁷².

Nell'ordinamento comunitario i *code of practices* rientrano nelle *soft laws*, ossia negli atti comunitari dotati di un potere vincolante minore rispetto ai regolamenti, decisioni, direttive e vengono di norma adottati nell'ambito della strategia occupazionale⁷³.

Il sistema italiano di diritto del lavoro è presidiato da regole vincolanti, dettate dal legislatore o convenute in sede di contrattazione collettiva. Precetti inderogabili che da sempre escludono o limitano la libera pattuizione individuale: «spesso si tratta di precetti rigidi, inattuabili, tali da favorire l'evasione e gli aggiramenti, fomentando comunque il contenzioso. Nei Paesi di tradizione di *common law* esistono strumenti diversi, come i *codes of practice* e, più in generale, le *soft laws*, che mirano a orientare il comportamento delle parti, senza costringerle a tenerne uno specifico, ma vincolandole tuttavia al conseguimento di un determinato obiettivo»⁷⁴.

Il richiamo all'interno dell'art. 78 del d.lgs. 276/2003 è stato interpretato come l'ennesimo caso di importazione esterofila incosciente: i codici di buone pratiche si

⁷² V. SPEZIALE, *La procedura di certificazione ed i codici di buone pratiche*, cit., 180

⁷³ Nella *Strategia europea per l'occupazione* (il coordinamento delle politiche occupazionali degli Stati membri previsto dal Trattato di Amsterdam e noto come «processo di Lussemburgo») vengono annualmente definiti dal Consiglio gli "orientamenti" in materia di occupazione che costituiscono senz'altro forme di *soft laws*. Il Consiglio europeo di Stoccolma (aprile 2001) ha preannunciato l'elaborazione, a cura del Consiglio di concerto con la Commissione, di indicatori (anche quantitativi) sulla qualità del lavoro, da adottarsi al Consiglio europeo di Laeken (dicembre 2001).

⁷⁴ M. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, RIDL, III, 2001, §2, in cui l'autore auspica che «I primi esempi di queste "norme leggere" potrebbero essere inseriti nei contratti nazionali di lavoro, sotto forma di clausole che rinvino alla contrattazione di secondo livello, pur prefigurando il conseguimento di certi obiettivi. Ma anche una rivisitazione della normativa sulla salute e sicurezza del lavoratore potrebbe comportare l'adozione di tecniche simili. Superare l'inderogabilità della norma giuridica dunque non basta: occorre dotare il diritto del lavoro di una nuova gamma di strumenti regolatori già in uso in Paesi con cui l'Italia si confronta nella competizione globale».

traducono in un«anglicismo impreciso oltre che insopportabile: non si tratta infatti di *fair practies* o *good practices* cioè di usi sociali o collettivi.»⁷⁵.

Il legislatore nazionale con l'espressione «codici di buone pratiche» intendeva far riferimento alle linee guida, ai modelli da seguire nelle procedure di certificazione che contenessero, vuoi delle norme procedurali, vuoi degli *standards* per l'operazione di qualificazione del contratto, vuoi una *check list* di clausole indisponibili. Appare evidente, quindi, che a questi codici siano state attribuite funzioni diverse, o quantomeno, ulteriori rispetto a quelle di norma assegnate all'istituto.

Ad ogni modo, il comma 4 dell'art. 78 del d.lgs. 276/2003 stabilisce che il Ministero di Lavoro – entro sei mesi dall'entrata in vigore del presente decreto legislativo – dovrà adottare con proprio decreto, codici di buone pratiche 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.

Preme preliminarmente notare come il comma 4 faccia riferimento all'individuazione delle clausole indisponibili⁷⁶ in sede di certificazione e, dunque, viene a palesarsi una doppia funzione dei codici di buone pratiche: dettare norme di natura procedurale e influenzare il contenuto dell'atto di certificazione. Peraltro, gli scopi dei codici di buone pratiche s'incrementano secondo quanto previsto in chiusura dell'articolo: si stabilisce, infatti, che tramite decreto – non è chiaro se debba essere lo stesso con cui sono emanati i codici di Buone pratiche ma non viene fatto riferimento alcuno al termine di trenta

⁷⁵ E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 286, il quale precisa che non si tratta infatti di *fair practies* o *goodpractices* cioè di usi sociali o collettivi.

⁷⁶ Da notare, ancora una volta, la confusione dal punto di vista lessicale tra inderogabilità e indisponibilità. Il legislatore fa riferimento alle clausole indisponibili, tuttavia, le clausole sono di norma sono inderogabili, mentre indisponibili sono i diritti. Seppure i due fenomeni sono stati associati nella misura in cui all'inderogabilità della norma si è sostenuto seguisse la indisponibilità dei diritti

giorni⁷⁷ – ad appositi formulari o moduli per la certificazione del contratto di lavoro che tengano conto degli orientamenti prevalenti della giurisprudenza in materia di qualificazione. Le due previsioni – quella del comma secondo e del quarto – sembrano rispecchiare la duplice natura della certificazione, facendo l’una riferimento alla funzione di derogazione assistita in cui si richiamano gli accordi collettivi (se esistenti) e l’altra alla qualificazione del programma negoziale secondo gli orientamenti prevalenti della giurisprudenza. Se non fosse che della prima non è rimasto quasi nulla nella trasposizione da legge delega a decreto delegato e gli unici germi di derogazione assistita siano stati introdotti solamente con il «Collegato lavoro». Non è mancato, tuttavia, chi in dottrina⁷⁸ ha sostenuto che il richiamo del legislatore a fonti diverse, accordi collettivi e giurisprudenza, dovrebbe essere riconnesso alle numerose ipotesi di derogabilità individuale in *pejus*⁷⁹ e la differenza con la derogazione assistita sarebbe che nel modello fondato sugli artt. 81 e 78 comma 4 del d.lgs 276/2003 la pattuizione derogatoria è valida anche senza l’assistenza della commissione⁸⁰.

A parere di chi scrive, la disposizione per avere un senso slegato alla derogazione assistita – che è stata esclusa dalle intenzioni del legislatore – deve essere letta in combinato disposto con l’art. 81 ovvero sia con la funzione di assistenza e consulenza delle parti⁸¹. In altri termini, la commissione deve al momento della certificazione ovvero nella sua fase di consulenza verificare la presenza di clausole inderogabili e qualora ne rilevi la presenza può – in tal senso assistendo le parti – farle sostituire

⁷⁷ Questo per la complessità dell’operazione secondo L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro, cit.*, 43.

⁷⁸ Sostiene che il riferimento sia da intendere nei termini dell’ammissione di patti dispositivi alla qualificazione, P. TOSI, *Appalto, distacco e lavoro a progetto. Appunti da una conferenza, LG*, 2004, 239 ss.

⁷⁹ Si pensi agli artt. 41-64- 66 della l. Biagi.

⁸⁰ A. TURSI, *op.cit.*, 617-618.

⁸¹ V. *contra*, V. PINTO, *La modernizzazione promessa. Osservazioni critiche sul d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, www.unicz.it.

rispettando gli *standard* della contrattazione collettiva, diversamente non è certificabile un contratto che contenga siffatte clausole, posto che certamente non sembra delegarsi alla commissione di certificazione un'attività di determinazione delle stesse⁸². Le norme inderogabili sono state, quindi, richiamate per stabilirne il doveroso rispetto nello svolgimento delle procedure di certificazione, atteso che non si è attribuita al Ministero del Lavoro la capacità di discernere tra norme derogabili e inderogabili.

I codici di buone pratiche, oltre ad orientare il lavoro delle commissioni di certificazione, dovrebbero servire anche a risolvere il problema dell'eterogeneità di vedute in ordine ai criteri da adottare ai fini della qualificazione del programma negoziale. Questione, peraltro, di una certa rilevanza posto che criteri più accomodanti potrebbero indirizzare i richiedenti verso una commissione piuttosto che verso un'altra. Considerazione questa che trova conferma nell'art. 84 del d.lgs. 276/2003, ove si ribadisce l'esigenza di emanare codici di buone pratiche al fine di individuare indici presuntivi in materia di interposizione fittizia. D'altronde richiamare gli orientamenti prevalenti della giurisprudenza potrebbe servire per rafforzare la stabilità della qualificazione certificata⁸³ ovvero a determinare criteri guida al fine di individuare l'erronea qualificazione del contratto da parte degli organi certificatori⁸⁴.

In merito all'efficacia vincolante dei codici di buone pratiche e dei moduli/formulari, la questione potrebbe liquidarsi velocemente, posto che non vi si può attribuire alcun valore giuridico, essendo finalizzati alla qualificazione del contratto⁸⁵. Peraltro, intendere come obbligatori codici di buone pratiche e formulari significherebbe

⁸² A. BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d.lgs. 276/2003*, *CSDLE*, N.35/04, 13. Nello stesso senso M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, 596, in cui l'a. sottolinea come le commissioni non possano innovare il diritto vigente e i codici di buone pratiche, di fatto, rappresentano una ricognizione del diritto (legale e contrattuale).

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ V. SPEZIALE, *ult.op.cit*, 181; L. DE ANGELIS, *op.cit.*, §4.

⁸⁵ V. SPEZIALE, *ult.op.cit*, 181.

generare una forma di disponibilità del tipo negoziale non consentita alla legge e a maggior ragione al decreto ministeriale. Potrebbe parlarsi al massimo di vincolatività derivata nella misura in cui i codici di buone pratiche recepiscano le disposizioni inderogabili della contrattazione collettiva⁸⁶.

3.8.4. La conclusione del procedimento di certificazione e le altre norme di procedura.

Il procedimento di certificazione deve chiudersi entro trenta giorni dal ricevimento dell'istanza. È quanto disposto alla lettera b) dell'art. 78 del d.lgs 276/2003. La dottrina si è interrogata sul valore di detto termine. La sua perentorietà dovrebbe essere esclusa per un duplice ordine di ragioni: la mancanza della previsione di una esplicita decadenza e la natura volontaria del procedimento di certificazione. Per quanto attiene la prima ragione, è noto che il termine perentorio impone il compimento di un atto entro un determinato momento, a pena di decadenza, con esclusione della possibilità di essere abbreviati o prorogati, nemmeno con l'accordo delle parti. La natura perentoria di un termine deve risultare espressamente dalla legge (art. 152 del c.p.c.). Rientrano tra i termini perentori, a titolo esemplificativo, quelli relativi all'impugnazione della sentenza di primo grado (artt. 325 e 327 c.p.c.); quello previsto ex art. 183, comma sesto, c.p.c. relativamente alle produzioni documentali e alle istanze istruttorie; il termine per la notifica del decreto ingiuntivo (art. 644 del c.p.c.).

L'art. 78 non prevede la maturazione di alcuna decadenza allo spirare infruttuoso del termine, tuttavia la perentorietà del termine può derivare – oltre che dalla legge⁸⁷ –

⁸⁶ P. TULLINI, *op.cit.*, 839.

⁸⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 6 agosto 2013 n. 4150, FA, 2013, VII-VIII, 1986 a mente del quale: «Costituisce principio generale del diritto, di cui le previsioni dell'art. 2, l. 7 agosto 1990 n. 241

anche dallo scopo o dalla funzione del termine stesso. La perentorietà del termine può essere imposta da esigenze di certezza del diritto ovvero, perché considerare il termine come non perentorio, di fatto, inibisce l'esercizio di diritti soggettivi, quali ad esempio il ricorso alla giustizia⁸⁸. Nel caso della procedura di certificazione è il carattere volontario che assume valore dirimente: le parti decidono nell'esercizio delle loro facoltà di avviare il procedimento di certificazione e, quindi, la decisione in merito all'efficacia del provvedimento certificatorio reso fuori termine, dovrebbe spettare a loro. Nulla vieta, posta la natura ordinatoria del termine riconosciuta da quasi tutta la dottrina⁸⁹, che nella convenzione con la commissione di certificazione le parti assegnino un termine per la conclusione della procedura e che tale termine sia da intendersi essenziale, atteso che si agisce sul piano negoziale e che potrebbe incidere sulla validità dell'atto di certificazione. Sarebbe, tuttavia, il caso di immaginare in queste ipotesi un meccanismo analogo a quello previsto per l'arbitrato⁹⁰ per evitare che la scelta di avvalersi del termine derivi da un provvedimento di certificazione poco favorevole alla parte.

L'ordinatorietà del termine è peraltro in linea con quanto disposto dall'art. 2 della l. 241/1990 secondo il quale il termine entro cui concludere il procedimento amministrativo è sempre ordinatorio e il suo superamento non determina né la

costituiscono conferma a livello di normazione primaria, che i termini del procedimento amministrativo devono essere considerati ordinatori, ove non siano dichiarati espressamente perentori dalla legge».

⁸⁸V. ad. esempio, in tema di arbitrato rituale il termine, convenzionalmente previsto dalla clausola compromissoria per la promozione del procedimento arbitrale, «deve essere qualificato come perentorio, secondo quanto desumibile dallo scopo perseguito e dalla funzione che esso è destinato ad assolvere, in quanto segna il discrimine temporale tra il ricorso alla giustizia arbitrale e l'esercizio del fondamentale diritto alla tutela giurisdizionale e, quindi, il limite di efficacia della deroga all'art. 102, primo comma, Cost., mentre negare la perentorietà vanificherebbe l'utilità del procedimento arbitrale, che sarebbe proponibile «sine die», ed, al contempo, la possibilità di un tempestivo esercizio del diritto garantito a tutti dall'art. 24, primo comma, Cost». Cass. 19 settembre 2013 n. 21468, *de jure*.

⁸⁹P. TULLINI, *op.cit.*, 838; V. SPEZIALE, *ult. op. cit.*, 176; NOGLER, *La certificazione, cit.*, 40.

⁹⁰L'art. 821 c.p.c. stabilisce che il decorso del termine indicato nell'articolo 820 non può essere fatto valere come causa di nullità del lodo se la parte, prima della deliberazione del lodo risultante dal dispositivo sottoscritto dalla maggioranza degli arbitri [art. 823 n. 6], non abbia notificato alle altre parti e agli arbitri che intende far valere la loro decadenza [art. 829 n. 6]

decadenza dal potere di emanare l'atto né l'illegittimità dello stesso⁹¹, fermo restando nel caso di inerzia ingiustificata, l'interessato avrà diritto all'indennizzo previsto dall'art. 2 *bis*, comma 1 *bis*, l. n. 241/1990, a prescindere da qualsiasi coefficiente di colpevolezza, ove la stessa sia colpevole l'interessato avrà diritto al risarcimento del danno⁹².

Si è già sottolineato come la disciplina del procedimento di certificazione sia piuttosto scarsa e proprio le valutazioni sul termine inducono brevi riflessioni in ordine alla possibilità che in caso di lacune della normativa si possa fare riferimento alle norme sul procedimento amministrativo. Qualche dubbio si palesa nel caso in cui il *certifier* sia un soggetto privato, tuttavia, potrebbe obiettarsi che nel caso della certificazione, tali organi esercitino una funzione pubblica che non può non ispirarsi ai principi della legge 241/1990⁹³. Ration per cui, sembra potersi propendere per un'integrazione della normativa, anzi più correttamente, visti i pochi dettami contenuti nella l. Biagi, potrebbe sostenersi che ogni procedura di certificazione dovrebbe essere in linea con quanto disposto dalla suddetta legge.

Un autore ha valutato come perentorio il termine suddetto e posto che, nelle procedure amministrative conciliative, la mancata ottemperanza del termine abilita il ricorso alla giustizia, nel caso della certificazione, non c'è nessun accesso alla giustizia da autorizzare per cui si potrebbe soltanto ipotizzare un profilo di responsabilità degli organi certificatori⁹⁴.

⁹¹ V. SPEZIALE, *ult. op.cit.*, 176-177. In giurisprudenza da ultimo T.A.R. Genova, sez. I, 13 marzo 2014, n. 426, *Redazione Giuffrè amministrativo*, 2014, III, 497 e Consiglio di Stato sez. IV 10 giugno 2013 n. 3172, *FA*, 2013, VI, 1580.

⁹² T.A.R. Genova, *cit.*

⁹³ L. NOGLER, *ult. op.cit.*, 40. *Contra* M.G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, *cit.*, 594, nt 36 il quale sottolinea che ciò non vale per i terzi che non siano enti previdenziali.

⁹⁴ E. MASSI, *Riforma del lavoro, d.lgs 10 settembre 2003 n.276, Il nuovo mercato, i nuovi contratti, le nuove sanzioni*, *DPL*, 2003, 40, *Suppl.*, 136

Bisognerebbe, tuttavia, prima di paventare un profilo di responsabilità degli organi certificatori, comprendere quale siano le ragioni addotte per la mancata ottemperanza del termine. L'attività di qualificazione del contratto di lavoro è notoriamente delicata e richiede – in giudizio e non vi sono ragioni per dubitare che lo stesso valga nel procedimento di certificazione – un'istruttoria decisamente complessa. Per cui, il mancato rispetto del termine potrebbe essere giustificato vuoi dalla forse eccessiva brevità dello stesso vuoi da ragioni di natura fisiologica, legate alla complessità dell'accertamento qualificatorio.

Il problema del termine si pone in maniera più accentuata per i casi obbligatori di certificazione. Ad esempio, per gli appalti in ambienti confinati non è possibile stipulare contratti di subappalto nel caso in cui questi non siano certificati. Probabilmente in queste ipotesi è prevedibile un profilo di una responsabilità dell'ente di certificazione, proprio perché si tratta di contratti che non possono o non dovrebbero avere esecuzione a causa dell'inerzia della commissione di certificazione.

3.9. Le altre ipotesi speciali di certificazione: le rinunzie e delle transazioni.

La versione originaria dell'art. 82 del d.lgs. 276/2003 recitava: «Le sedi di certificazione di cui all'art. 76, comma 1, lettera a) del presente decreto legislativo sono competenti altresì a certificare le rinunzie e le transazioni di cui all'articolo 2113 del codice civile a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse».

Il legislatore, tra le possibili sedi di certificazione ha deciso di attribuire agli enti bilaterali la competenza di certificare le rinunce e le transazioni, dotandole, per l'effetto del regime di inoppugnabilità di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c.

Probabilmente la ragione per cui il legislatore ha inteso attribuire quest'ulteriore e delicato compito agli enti bilaterali va individuata nella composizione di detta commissione: la presenza delle rappresentanze sindacali di ognuna delle parti è stata interpretata come una garanzia della responsabile valutazione dell'intento delle parti⁹⁵.

Restano, peraltro, fermi gli interrogativi già posti rispetto alla competenza a certificare di tali enti, ossia vi è da chiedersi se gli enti bilaterali sappiano svolgere in modo approfondito simili compiti di carattere tecnico-giuridico⁹⁶. Il legislatore potrebbe aver ritenuto di abilitare gli enti bilaterali sulla scorta della sensibilità alla gestione del conflitto industriale ad essi riconosciuta ed evidentemente ritenuta preminente rispetto alle maggiori competenze tecniche delle Università ad esempio, visto che le Dtl erano già abilitate a questo ruolo mediante la conciliazione ai sensi dell'art. 410 c.p.c., allora condizione di procedibilità del giudizio.

Il legislatore avrebbe potuto operare una valutazione di competenza – e non di affidabilità⁹⁷ – distinta tra certificazione del contratto di lavoro e delle volontà abdicative, proprio perché si tratta di attività differenti. Nel primo caso la competenza tecnica serve perché è necessario conoscere gli orientamenti giurisprudenziali in tema di qualificazione e adeguarvisi, almeno se s'intende dotare di una certa stabilità il provvedimento certificatorio. Nel secondo caso, invece, oltre a rendere il lavoratore edotto dei propri diritti, occorre nella rinuncia verificare l'assenza di condizionamento mentre nella proposta transattiva bisogna far emergere le reciproche concessioni. Diciamo che gli enti bilaterali potrebbero essere votati ontologicamente a far emergere

⁹⁵ E. GRAGNOLI, *Rinunzie e transazioni*, (a cura di) E.GRAGNOLI –A PERULLI *La riforma del mercato del lavoro*, cit., 856.

⁹⁶ R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 220.

⁹⁷ Parla di incomprensibile diversa valutazione di affidabilità E GRAGNOLI, *op.cit.*, 857.

tanto la consistenza della rinuncia, quanto la *res litigiosa* composta con le rispettive concessioni.

L'attività di certificazione delle rinunce e transazioni è poi maggiormente delicata anche per un'ulteriore questione relativa alla diversa stabilità della certificazione. Infatti, mentre sulla qualificazione del contratto di lavoro la parola fine spetta comunque all'autorità giudiziaria, le rinunce e transazioni certificate, nel rispetto delle condizioni summenzionate, sono dotate del crisma dell'inoppugnabilità.

Lo sforzo di trovare una qualche spiegazione al dettame dell'art. 82 è reso inutile dall'intervento del legislatore del 2010, il quale in buona sostanza dimostra che si trattava di mera distonia legislativa⁹⁸.

Il «Collegato lavoro» che all'art. 2 comma 14 ha stabilito: «All'articolo 82 del decreto legislativo 10 settembre 2003 n.276, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, le parole: «di cui all'articolo76, comma1, lettera a)» sono sostituite dalle seguenti: «di cui all'articolo76»;b) è aggiunto, in fine, il seguente comma:«1-bis. Si applicano, in quanto compatibili, le procedure previste dal capo I del presente titolo».».

Con la novella citata, la competenza a certificare le rinunzie e transazioni è stata estesa a tutte le sedi di certificazione, ivi comprese quelle inserite dallo stesso «Collegato lavoro» e ha stabilito l'applicabilità della procedure di certificazione previste nello stesso capo.

Orbene, l'estensione, sebbene fughi i dubbi inerenti all'attribuzione di differenti funzioni alle sedi certificative, apre altri quesiti interessanti.

Infatti, la ragione suesposta in ordine alla valutazione di bilanciamento tra maggiori competenze tecniche e maggiore sensibilità per il conflitto industriale, può essere

⁹⁸ Come aveva auspicato, peraltro, V.SPEZIALE, *Le commissioni di certificazione, cit.*, 235.

utilizzata per dubitare dell'opportunità dell'estensione di tale competenza anche alle fondazioni universitarie e alle Università.

Giova ricordare, infatti, che le rinunce e le transazioni sono valide solo laddove l'assistenza prestata sia effettiva. E provando a interrogarsi sulla portata del termine effettività – posto che tale indagine esula dal presente scritto – non può essere associato alla sola competenza tecnica⁹⁹.

Inoltre, la certificazione *ex art. 82 del d.lgs. 276/2003* non attiene semplicemente alle rinunce e transazioni rese in sede di certificazione dei contratti di lavoro ma possono essere certificate indipendentemente dalla certificazione del rapporto di lavoro. Certamente la volontà abdicativa e transattiva manifestata in sede di certificazione del contratto di lavoro non ancora in esecuzione o in atto, sarebbe ancora di più sottoposta ad implicazioni intimidatorie¹⁰⁰.

Peraltro, le commissioni di certificazione, come più volte ricordato, hanno guadagnato con il «Collegato lavoro» anche un ruolo conciliativo inerente ogni aspetto del rapporto di lavoro. Per cui, sorge spontaneo chiedersi in che cosa tale attività si differenzi dalla certificazione delle rinunzie e transazioni¹⁰¹ e interrogarsi sul significato del disposto «competenti a certificare»¹⁰².

Secondo una parte della dottrina la Commissione di certificazione si limita – nella sua attività di certificazione delle rinunce e transazioni – a qualificare l'atto dispositivo,

⁹⁹Cfr. 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.

¹⁰⁰ALLEVA P. -ANDREONI A. – ANGIOLINI V. – COCCIA F. – NACCARI G., *Un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti*, cit., 86ss.

¹⁰¹ Secondo S. CENTOFANTI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, 35, tale attività, in concreto, non si differenzia dalla funzione conciliativa svolta in sede giudiziale, sindacale, dalla DTL ed in particolare dalla conciliazione monocratica ai sensi dell'art. 11, comma 1, d.lgs. 23 aprile 2004, n.124.

¹⁰² Di significato non piano parla E. GRAGNOLI, *loc.ult.op.cit.*

accertando l'esistenza di una manifestazione di volontà del lavoratore¹⁰³, quindi, alle transazioni e rinunce certificate non si potrebbe attribuire l'inoppugnabilità tipica dell'art. 2113¹⁰⁴. Le rinunzie e transazioni rese in questa sede non hanno natura irrevocabile ma possono «solo confermare la volontà abdicativa o transattiva delle parti stabilendo, ad esempio, che una certa dichiarazione non ha il valore di una quietanza a saldo»¹⁰⁵. Ne conseguirebbe che per ottenere l'inoppugnabilità, le parti dovrebbero rivolgersi a una delle sedi protette indicate dall'art. 2113, quarto comma, c.c. E non si comprenderebbe per quale ragione dovrebbero rivolgersi alla commissione di certificazione per ottenere un provvedimento che dovrebbe in qualche modo essere ratificato dagli altri organi di cui all'art. 2113 c.c., quando potrebbero raggiungere lo stesso risultato rivolgendosi direttamente a questi ultimi. Sarebbe irrazionale non solo in termini di costo ma anche per la grossa perdita di tempo che ne deriverebbe. Quest'interpretazione renderebbe, di fatto, l'art. 82 inattuato¹⁰⁶.

Per conferire alla disposizione una ragion d'essere bisogna assegnare alle certificazioni suddette il medesimo effetto di irrevocabilità previsto nel caso delle conciliazioni presso le sedi protette¹⁰⁷, fermo restando che sebbene l'efficacia giuridica del verbale di conciliazione e del provvedimento di certificazione sia equiparabile nel caso delle rinunzie e transazioni, profondamente diversa è la funzione esercitata. Nel primo caso le parti non hanno raggiunto un accordo su una vertenza lavoristica e si rivolgono alla commissione affinché componga la vertenza e renda inoppugnabile la rinuncia del lavoratore o il negozio transattivo resi all'esito dell'attività conciliativa. Nel caso della

¹⁰³ V. per tutti, M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici»*, LD, 2003 I, 118.

¹⁰⁴ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della certificazione*, cit., 123

¹⁰⁵ V. SPEZIALE, *Le commissioni di certificazione*, cit., 234; NOGLER, *loc.ult.op.cit.*; Contra L. DE ANGELIS, *La certificazione*, op.cit., 243; A. TURSI, *op.cit.*, 697 il quale sostiene che si tratti di un'ipotesi di derogazione assistita.

¹⁰⁶ In senso dubitativo E. GRAGNOLI, *op.cit.*, 858-859.

¹⁰⁷ Come suggerisce L. DE ANGELIS, *loc.ult.op.cit.*

certificazione, le parti hanno già cristallizzato la loro volontà abdicativa o transattiva e si rivolgono alla commissione solo perché verifichi la presenza dei crismi richiesti dall'art. 2113 c.c.

Altra problematica posta dalla novella dell'articolo, attiene all'introduzione del comma 1 *bis*. che dispone l'applicazione, in quanto compatibili, delle procedure previste dal capo I del presente titolo.

Il mancato richiamo al Capo I, operato invece negli artt. 83 e 84, era stato addotto come ragione per escludere che la certificazione *ex* art. 82 fosse impugnabile ai sensi dell'art. 80 dello stesso decreto delegato. La qual cosa dovrebbe portare a sostenere che visto il richiamo ora operato dal comma 1 *bis*, la certificazione sia impugnabile. Conclusione questa da respingere fortemente considerato che l'efficacia di tale ipotesi di certificazione è quella dell'art. 2113, quarto comma, c.c. e per l'effetto non è possibile prevederne l'impugnazione. Diversamente come detto *supra*, questa ipotesi di certificazione non avrebbe la benché minima applicazione nella pratica. Il richiamo al Capo I è da intendersi solo per gli aspetti di natura procedimentale, che peraltro, essendo abbastanza scarni, pertanto, il riferimento può interpretarsi questa come un modo per consentire ai codici di buone pratiche di disciplinare anche questa ipotesi di certificazione.

In conclusione, non ci si può esimere dal notare come nella novella del 2010 il legislatore non abbia colto l'occasione per dirimere la questione inerente alla validità delle certificazioni delle rinunce e transazioni, salvo desumere una risposta indiretta dalla funzione conciliativa assegnata alla commissione, posto che il provvedimento ha i crismi dell'inoppugnabilità. In fondo, in termini semplicistici, se si vuole dotare di tale

crisma la rinuncia o la transazione basta adire la commissione di certificazione nella sua variante conciliativa.

3.9.1. Certificazione e clausola compromissoria (rinvio).

Per quanto attiene alla certificazione della clausola compromissoria introdotta con il «Collegato Lavoro» si ritiene di dover rinviare a quanto detto nel §4 del presente capitolo nonché all'ultimo paragrafo del capitolo primo.

3.9.2. La certificazione dei contratti di appalto.

Più volte nel corso della trattazione si è accennato alle funzione deflattiva della certificazione dei contratti di lavoro. Deflazione che non inerisce unicamente il fenomeno di qualificazione in senso stretto, ossia la riconduzione del programma negoziale in esecuzione alla fattispecie astratta, ma in alcuni casi – e quello del contratto di appalto è paradigmatico – alla verifica della presenza di quegli indici di genuinità che la giurisprudenza e la dottrina enucleano per verificare che non si versi in fenomeni di interposizione illecita.

L'art. 84 del d.lgs 276/2003, rubricato «Interposizione illecita e appalto genuino», stabilisce che le procedure di certificazione di cui al capo primo possono essere utilizzate, sia in sede di stipulazione di appalto di cui all'articolo 1655 del codice civile sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale, anche ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto ai sensi delle disposizioni di cui al Titolo III del presente decreto legislativo.

Dalla lettura della disposizione emergono due dati importanti: il primo è che la certificazione può intervenire anche per il contratto in corso. Nulla di diverso se questa

previsione fosse stata inserita dal «Collegato Lavoro», il quale ha contemplato che la certificazione possa intervenire sempre a contratto in esecuzione. In realtà, invece, su quest'articolo non si è intervenuti dalla sua emanazione. Questo evidenzia probabilmente come il legislatore sperasse che, proprio rispetto a quest'ipotesi, la certificazione potesse svolgere un ruolo importante in ottica deflattiva: l'interposizione fittizia, che può comunque essere verificata anche rispetto all'analisi del solo programma negoziale, potrebbe palesarsi nel raffronto delle reali modalità esecutive del rapporto di lavoro e il programma negoziale operato in sede di *audit* aziendale e per far questo il contratto deve essere già in esecuzione. D'altronde il contenzioso in materia di qualificazione è alimentato in maniera quasi esclusiva dalla distonia tra il programma negoziale sottoscritto e attuato, per cui, per aver qualche *chance* deflattiva il legislatore doveva aprire ai contratti in corso di esecuzione.

La finalità della certificazione in materia di appalto è resa nota sin dalla rubrica e viene esplicitata nella norma dove si precisa che alla certificazione può ricorrersi «anche ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto».

La commissione di certificazione ha, quindi, il compito di accertare la genuinità del contratto di appalto verificando che le modalità di attuazione non siano quelle tipiche della somministrazione illecita o irregolare. Per far questo, la commissione deve aver modo di apprendere quale siano le reali modalità esecutive del contratto. Al riguardo non può bastare la mera audizione delle parti, ma è necessario che sia la stessa commissione a verificare in prima persona il dipanamento del rapporto di lavoro. Ciò è possibile solo mediante la visita dei luoghi ove l'appalto si svolge, dal momento che non sono certificabili solo gli appalti «interni», ossia quelli che si svolgono nei locali della committenza, anche se è evidente che la commissione è fisiologicamente più legata

a questa tipologia di appalto per due ragioni: negli appalti interni il rischio di ingerenza del committente è maggiore vista la sua presenza nei luoghi di esecuzione dell'appalto e in secondo ordine negli appalti esterni l'appaltatore è dotato di una maggiore struttura produttiva che garantisce di fatto un'autonomia.

La certificazione nel caso dell'appalto si traduce in una «patente di liceità» rilasciata dall'ente certificatore sulla base della verifica degli indici – sussunti dalla giurisprudenza e indicati dai codici di buone pratiche citati al comma 2 dell'art. 84 – che presenta il vantaggio di inibire la comminazione delle sanzioni da parte degli enti ispettivi fino alla vittoriosa impugnazione del provvedimento. Non solo, la presenza della certificazione dell'appalto ridefinisce, secondo la direttiva Sacconi, l'ordine delle verifiche ispettive, laddove non s'intenda concludere per un vero e proprio disincentivo al controllo dell'appalto certificato.

Gli indici posti a base dell'accertamento della commissione di certificazione, non essendo codificati, variano a seconda dell'organo certificatore cui si rivolgono le parti richiedenti. Si è già avuto modo di notare come ciò induca le parti a rivolgersi agli enti meno rigorosi, nell'ambito di una concorrenza al ribasso.

Certamente se le commissioni di certificazione vogliono conferire al loro provvedimento certificatorio una certa stabilità non possono non ignorare gli indici di matrice giurisprudenziale in materia di appalto.

La norma di riferimento è l'**art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276/2003**:

«L'appalto [...] regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei

confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa»

I **criteri di genuinità dell'appalto**, individuati dalla giurisprudenza, possono essere enucleati in:

- a) Compiutezza del servizio esternalizzato;
- b) Organizzazione di mezzi;
- c) Autonomia organizzativa;
- d) Rischio d'impresa.

L'analisi che segue dei requisiti per la genuinità dell'appalto è frutto – oltre che dello studio degli orientamenti giurisprudenziali – della collaborazione con la commissione di certificazione della Fondazione Biagi e delle verifiche condotte sul campo aziendale.

Per quanto concerne il primo criterio – ossia la **compiutezza del servizio**¹⁰⁸ – si ricava analizzando il profilo statico dell'appalto e coincide vuoi con un autonomo risultato produttivo a carico dell'appaltatore oggettivamente verificabile, vuoi con una separazione funzionale delle attività esternalizzate.

Il primo profilo assume rilevanza considerato che si tende a guardare con diffidenza appalti che non comprendano un'intera fase di un ciclo produttivo perché sono espressione della mancanza di un significativo *know-how* in capo all'appaltatore. Inoltre, inserire l'attività dell'appaltatore in mezzo alla filiera produttiva significherebbe favorire la commistione tra i lavoratori nonché agevolare le interferenze direttive del committente.

La separazione funzionale diventa necessaria in presenza di più attività esternalizzate, qualora nei locali dell'azienda siano presenti più appaltatori, ovvero di attività svolte

¹⁰⁸ L'importanza di un risultato produttivo autonomo è sottolineata in giurisprudenza di recente dal T. PISA, 10 luglio 2009 n. 268, *de jure*.

dalla stessa committenza. Il riferimento non è soltanto a una delimitazione fisica, che di sicuro è di maggior impatto, ma anche alla riconoscibilità dei lavoratori immediata, nonché agli orari di lavoro diversi ovvero caratterizzati da pause di lavoro sfalsate.

L'organizzazione dei mezzi viene identificata con la proprietà/disponibilità dei macchinari. La qual cosa significa che se i macchinari sono forniti dal committente, occorre che l'apporto dell'appaltatore non sia marginale. Questa precisazione ci porta a disquisire, seppur brevemente della distinzione tra appalti *labour intensive* e appalti ad alta intensità di capitale. Per definizione gli appalti *labour intensive* sono caratterizzati dalla prevalenza di prestazioni lavorative rispetto all'impiego di macchinari. Ne costituiscono un chiaro esempio, gli appalti che abbiano ad oggetto il facchinaggio, la logistica¹⁰⁹ o le pulizie. E' possibile ravvisare una fattispecie di appalto genuino in tali ipotesi con la presenza di due fattori essenziali: in capo al solo appaltatore deve riconoscersi l'esercizio del potere direttivo nei confronti dei lavoratori unito all'effettiva assunzione del rischio d'impresa. In particolare, il rischio d'impresa può essere dimostrato dall'assunzione di costi fissi, quali canoni di locazione macchinari, spese di manutenzione. L'utilizzo di strumenti di proprietà del committente non può quindi considerarsi elemento decisivo per la qualificazione del rapporto. Solo in caso di insussistenza dei fattori sopra elencati, si integra la fattispecie di somministrazione

¹⁰⁹Secondo una recente sentenza - Trib. Reggio Emilia 19 luglio 2012, LG. 2012, 1117)- : risponde allo schema tipologico dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276/2003 – secondo cui l'organizzazione dei mezzi da parte dell'appaltatore, funzionale all'opus dedotto in contratto, può consistere anche solo nell'esercizio di potere organizzativo e direttivo verso i lavoratori – un contratto d'appalto avente a oggetto servizio di logistica, entro magazzini, di capi d'abbigliamento. È ipotesi appieno integrante la figura dell'appalto c.d. *labour intensive*. Il che è tanto più vero quando l'appalto risponda alle seguenti caratteristiche: a) la presenza di più prestazioni oggetto d'appalto, che vanno dal controllo di qualità dei capi, alla loro etichettatura, al loro stoccaggio a magazzino, al confezionamento e imballo per le spedizioni; b) l'alto numero di lavoratori chiamati a operare in ciascun magazzino, donde la necessità di un coordinamento delle prestazioni di ciascuno e, ancor più, di formare gruppi di lavoro ripartiti in ragione delle varie prestazioni dedotte in appalto; c) l'obbligo di movimentare una certa quantità di capi entro limiti temporalmente prefissati dalla clientela dell'appaltatore – costituendo ciò il risultato del servizio che il committente attende dall'appaltatore –, sì che il potere organizzativo ex art. 29, comma 1, assume forte consistenza, nell'obiettivo di dover assicurare, giorno dopo giorno, una professionalità della prestazione lavorativa in linea con i livelli di obiettivo richiesti dal committente»

irregolare di manodopera¹¹⁰. La fattispecie di somministrazione irregolare di manodopera, che s'integrerebbe nel caso in cui non sussistano gli elementi propri dell'appalto genuino, comporta come conseguenza, la conversione del rapporto in rapporto di lavoro subordinato in capo alla pseudo-committente

La disposizione di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, come già anticipato, consente di individuare una fattispecie di appalto genuino tramite la contemporanea sussistenza dell'esercizio del potere organizzativo e direttivo dell'appaltatore nei confronti dei lavoratori utilizzati e dell'assunzione del rischio d'impresa da parte dello stesso. L'utilizzo dei mezzi di proprietà, pur continuando ad essere generalmente una caratteristica dell'appalto, assume un rango indiziario di secondo livello. In sostanza quindi, rispetto all'interpretazione che caratterizzava il periodo antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. 276/2003, l'appalto non figura più nel suo connotato principale della disponibilità dei mezzi di produzione (pur conservandone una capacità distintiva), bensì nell'elemento del potere direttivo ed organizzativo verso il lavoratore, congiuntamente all'assunzione del rischio d'impresa. Il datore di lavoro effettivo risulta, quindi, essere colui che detiene il potere direttivo ed organizzativo nei confronti dei lavoratori impiegati nell'appalto e che si assume il rischio d'impresa. L'accertamento dell'eterodirezione e della correlativa sottoposizione del lavoratore ad un potere disciplinare e sanzionatorio del datore di lavoro, deve avvenire tramite l'allegazione di circostanze molto puntuali e specifiche di cui l'interessato deve fornire prova idonea. Riguardo all'interposizione nelle prestazioni di lavoro, ai fini della configurabilità di un appalto fraudolento, non è quindi sufficiente soltanto che il personale dell'appaltante impartisca disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore, ma è fondamentale anche

¹¹⁰ T. Roma, 1118/2013, inedita

verificare «se le disposizioni impartite siano riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro, in quanto inerenti a concrete modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative, oppure al solo risultato di tali prestazioni, il quale può formare oggetto di un genuino contratto di appalto»¹¹¹.

Parimenti è necessario verificare se l'appaltatore abbia l'organizzazione del servizio o se abbia la sola gestione amministrativa del rapporto di lavoro (nel qual caso sussiste l'illecita intermediazione)¹¹². La gestione amministrativa (ferie, malattie, retribuzione, aumenti, comunicazioni sindacali, erogazioni sanzioni disciplinari, ecc.) deve essere in capo all'appaltatore ma non assume valore assorbente.

Per quanto attiene all'autonomia organizzativa inerisce al profilo sostanziale dell'appalto e si dimostra essere, come ricordato *supra*, elemento dirimente¹¹³.

L'autonomia organizzativa può desumersi ad esempio dalla presenza in loco di un (unico) responsabile dell'appaltatore ovvero dal riscontro di una struttura gerarchica negli appalti complessi, ovvero dalla programmabilità dell'attività, che individua l'autonomia dell'appaltatore nella sua esecuzione, nonché dal livello di professionalità della prestazione, dalla gestione della formazione dei lavoratori nonché dall'esistenza di una organizzazione prevenzionistica (es. RSPP dell'appaltatore o medico competente).

L'autonomia organizzativa si dimostra anche mediante un controllo sul risultato non eccessivamente pedante. Tra i criteri di genuinità vi è per l'appunto l'assunzione del rischio d'impresa. Tale rischio è più elevato nel caso di controllo del committente a campione con l'imposizione di elevate penali nel caso di non conformità. Un controllo costante del committente difficilmente è qualcosa d'altro dall'interferenza. Si tratta in qualche modo di responsabilizzare l'appaltatore nella predisposizione degli strumenti e

¹¹¹Cass., 06 giugno 2011, n. 12201, *de jure*

¹¹²Corte appello Roma, sez. lav., 30 agosto 2012, *ivi*.

¹¹³Trib. Pisa *cit.*

del personale adeguati all'oggetto del contratto di appalto, posto che il rischio di ritardi e difformità di esecuzione sono a suo carico.

Altri criteri sussidiari sono individuati nella pluricommitenza, presenza sul mercato da diversi anni, nonché da alcuni requisiti soggettivi (con particolare riferimento alle cooperative: regolamento interno depositato, ultimo verbale di assemblea, copia del bilancio) che servono a dimostrare la professionalità del *partner* scelto. Questi ultimi dati si dimostrano rilevanti anche ad altri importanti fini. Il riferimento è alla verifica dell'idoneità tecnico professionale dell'appaltatore ai sensi dell'art. 26 del d.lgs. 276/2003, nonché ai fini dell'esenzione della responsabilità solidale prevista dall'art. 29 dello stesso decreto.

3.10 L'attività di consulenza e assistenza delle parti.

Il legislatore in chiusura del capo I ha assegnato alle commissioni un ruolo di assistenza e consulenza. In particolare l'art. 81 stabilisce che «le sedi di certificazione di cui all'articolo 75 svolgono anche funzioni di consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali, sia in relazione alla stipulazione del contratto di lavoro e del relativo programma negoziale sia in relazione alle modifiche del programma negoziale medesimo concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro».

Sembrerebbe che la citazione dell'art. 75 e non 76 del medesimo decreto rappresenti un banale refuso. Invero, l'art. 75 potrebbe essere stato richiamato non in riferimento alla sede ma per indicare una finalità ulteriore rispetto a quella prevista dallo stesso articolo.

Ad ogni modo la questione è priva di rilevanza pratica.

Poco assorbente è anche la questione che la legge delega, tuttavia, nulla dica in merito al fatto che le commissioni di certificazione svolgano «anche funzioni di consulenza e assistenza». Al riguardo si può sollevare l'ormai consueta censura di legittimità costituzionale¹¹⁴, posto, peraltro, che la suddetta attività afferisca alla competenza dei servizi di pubblico impiego per la promozione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, materia soggetta, ai sensi dell'art. 117, comma terzo, cost., alla competenza concorrente tra stato e regioni¹¹⁵. In verità la disposizione in esame potrebbe essere il frutto della valorizzazione del riferimento della legge delegata (art. 5, comma primo, lettera e)) «al programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione»¹¹⁶. Preme, invece, indagare sulla portata della disposizione ed in particolare chiedersi se di fatto il legislatore abbia inteso aprire alla derogazione assistita e che, quindi, la doppia anima della certificazione si sia realizzata, rispettivamente, negli art. 75 e 81 del d.lgs 276/2003.

Per parte della dottrina è evidente il ricorso al meccanismo dell'autonomia individuale assistita e non per la formazione di negozi dispositivi di diritti acquisiti ai sensi dell'art. 82, ma per la formazione e la qualificazione del regolamento contrattuale *in fieri*¹¹⁷.

La lettura della norma come trasposizione della lettera e) dell'art. 5 della legge delegata porta a conclusioni opposte. Fin dall'apparire della suddetta disposizione 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.

¹¹⁴V. SPEZIALE, Le funzioni ulteriori degli organi di certificazione, *cit.*, 225-226, il quale sottolinea però come tale possibilità possa desumersi dalle caratteristiche dell'istituto.

¹¹⁵L.NOGLER, *Il nuovo istituto della certificazione*, *cit.* 111-112

¹¹⁶P.TULLINI, *op.cit.*, 853

¹¹⁷E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, *cit.*, 285.

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 rapporto¹¹⁸.

Si tratta, in sostanza, di un segnale dato alle parti sociali secondo cui le stesse, ove intendano adottare, in relazione alle sole clausole collettive, la tecnica della derogabilità relativa, possono far riferimento alle commissioni di certificazione anche se non si avvertono presentimenti che questa sarà effettivamente la direzione di marcia della futura contrattazione collettiva. Il potere di innovare la derogabilità assoluta dei disposti legislativi avrebbe presupposto per lo meno una legittimazione esplicita.

Il testo del d.lgs. n. 276 del 2003 accoglie alcuni dei suggerimenti che erano emersi riguardo a questa possibile funzione dell'istituto e dedica perciò un'apposita disposizione all'«attività di consulenza e assistenza alle parti» specificando che siffatta attività deve essere effettiva (art. 81), promuovendo il superamento dell'asimmetria informativa¹¹⁹ che era stata individuata come principale ragion d'essere dell'istituto¹²⁰.

Sarebbe opportuno che questo profilo fosse 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 *guide lines* 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, insieme

¹¹⁸ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 8/2003, *cit.*, 57. P. TULLINI, *op.cit.*, 854. *Contra* A. VALLEBONA, *loc.ult.op.cit.*; Cfr. E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, *cit.*, 286-287.

¹¹⁹ «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».

¹²⁰ VALLEBONA A., *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettiva per la volontà assistita*, DL, 1992, I, 479 ss.

a un'attenta ricognizione delle esperienze già esistenti, anche di natura semplicemente endo-sindacale¹²¹.

Per quanto attiene l'effettività, l'intervento delle commissioni di certificazione dovrebbe sostanziarsi non in una mera formalità burocratica ovvero in una presenza semplicemente passiva. Dovrebbe invece pretendersi una partecipazione attenta ed fattiva¹²², esattamente come accade (o dovrebbe accadere)¹²³ per le rinunce e le transazioni.

Dall'effettività della partecipazione della commissione di certificazione prescritto dalla norma, deriverebbero importanti conseguenze dal punto di vista della responsabilità degli organi certificatori poco solerti¹²⁴. Non solo: la mancanza di effettività potrebbe riverberarsi sulla validità dell'atto di certificazione¹²⁵. Potrebbe rientrare nella violazione delle norme procedurali che rendono il provvedimento certificatorio impugnabile davanti al Tar ai sensi dell'art. 80 d.lgs. 276/2003. Non sembrerebbe, tuttavia, che la mancanza di effettività colpisca la procedura «nel senso di atti formali e sostanziali tipizzati dal legislatore e prodromici all'emissione del provvedimento di certificazione»¹²⁶. Diverso sarebbe se l'effettività dell'assistenza fosse in qualche modo teorizzata in talune previsioni contenute nei codici di buone pratiche. In tal caso si tratterebbe dell'inosservanza di norme procedurali e per l'effetto si potrebbe pensare di impugnare l'atto per violazione di norme procedurali. Più irto sembra essere il percorso di chi ha sostenuto che la mancata effettività dell'assistenza si tradurrebbe in un vizio

¹²¹ Come suggerisce L. NOGLER, *ult.op.cit.*, 58.

¹²² La «partecipazione alla definizione del contratto è affatto scontata»(V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro, cit.*, 285).

¹²³ V. nt. 102.

¹²⁴ P. TULLINI, *op.cit.*, 855, la quale cita una responsabilità di natura extracontrattuale. Si potrebbe ipotizzare una responsabilità contrattuale laddove le parti firmino una convenzione di certificazione e la stessa commissione assuma contrattualmente tale obbligo. Di responsabilità per i danni conseguenti parla M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro, cit.*, 431.

¹²⁵ *Contra* P. TULLINI, *op.cit.*, 856, secondo cui si potrebbe sperare solo in una pretesa risarcitoria.

¹²⁶ V. SPEZIALE, *Le funzioni ulteriori, cit.*, 227.

del consenso¹²⁷ che consentirebbe l'impugnazione avanti al giudice del lavoro per un duplice ordine di ragioni. In prima battuta si può rilevare come il vizio del consenso potrebbe rilevare solo nel caso di contratto stipulato con l'assistenza della commissione di certificazione. La qual cosa significa che non si potrebbe in alcun modo sanzionare la solerzia della commissione nel caso di assistenza inerente a un contratto in esecuzione. E la seconda ragione comporta una brevissima analisi dei vizi del consenso che potrebbero affliggere il contratto a causa della mancata effettività dell'assistenza. I vizi della volontà cui la legge attribuisce rilevanza sono l'errore, il dolo e la violenza¹²⁸. Tralasciando il dolo e la violenza che evidentemente esulano dalla problematica in esame, occorre concentrarsi sull'errore. In particolare sull'errore di diritto, posto che l'errore sulla qualità della persona riguarda unicamente l'altro contraente ed esclusa la valenza dell'errore c.d. ostativo nel caso di formulazione negoziale erronea ascritta alle parti o ad un terzo loro incaricato¹²⁹.

L'errore di diritto – che verrà adeguatamente analizzato nel capitolo inerente le impugnazioni del provvedimento certificatorio – concerne la stessa vigenza o l'interpretazione della norma ma deve essere accordato con il principio del *nemo censetur ignorare legem*. In tal senso l'errore ha dato origine ad una falsa o distorta rappresentazione della realtà, a causa della quale il contraente si sia determinato a

¹²⁷V. SPEZIALE, *Le funzioni ulteriori*, cit., 227.

¹²⁸Il discernimento tra dolo e errore è cristallizzato dalla Cass. 19 giugno 2008 n. 1663, GC, XII, 2761 : «La differenza ontologica esistente tra la figura dell'errore, in cui la falsa rappresentazione della realtà che inficia il processo di formazione della volontà è endogena alla volontà stessa, e quella del dolo, in cui essa è esogena, in quanto riconducibile alla condotta dell'altro contraente [...] impone l'adozione di distinte modalità nella disamina delle emergenze probatorie acquisite, nel senso che, mentre nel caso dell'errore l'accertamento dev'essere condotto con riferimento alla condotta della parte che ne è vittima, verificando se il vizio abbia inciso sul processo formativo della sua volontà, dando origine ad una falsa rappresentazione che l'ha indotta a concludere il contratto, nel caso del dolo occorre accertare la condotta tenuta dal *deceptor* e le conseguenze da essa prodotte sul *deceptus*, verificando se la condotta commissiva od omissiva del primo abbia procurato la falsa rappresentazione della realtà che ha determinato il secondo alla contrattazione, inducendo nel processo formativo della sua volontà un errore avente carattere essenziale, ferma restando la possibilità per il *deceptor* di provare che la controparte era a conoscenza dei fatti addebitati alla sua condotta maliziosa o che avrebbe potuto conoscerli usando la normale diligenza».

¹²⁹Cass. 15 aprile 2011 n. 8745, MGC. IV, 617

stipulare. L'errore per essere causa di annullamento del contratto deve essere essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente. L'indagine da compiere è, dunque, duplice: la prima, riferita al contraente che assume di essere caduto in errore, volta a stabilire se questi si sia stato indotto alla stipula in base ad una distorta rappresentazione delle realtà; la seconda, riguardante l'altro contraente, diretta ad accertare se questi, con l'uso della normale diligenza, avrebbe potuto rendersi conto dell'altrui errore.

Orbene, l'onere probatorio rispetto alla riconoscibilità dell'errore è particolarmente delicato. Infatti, posto che il datore di lavoro è storicamente dotato di un potere contrattuale maggiore, questo non implica automaticamente che l'errore fosse da lui riconoscibile atteso che anche lui si è rivolto alla commissione per ottenere una consulenza.

Ad impedire l'annullamento potrebbe essere il legittimo affidamento ai sensi dell'art. 1431c.c., volto a tutelare il solo affidamento incolpevole del destinatario della dichiarazione negoziale viziata nel processo formativo della sottostante determinazione volitiva, atteso che, lo si ribadisce, entrambi i contraenti si sono rivolti alla commissione. Il legittimo affidamento non opera solo nel caso in cui l'errore sia bilaterale ed in tal caso non è neppure necessario indagare sulla riconoscibilità¹³⁰.

L'errore può essere invocato, tuttavia, sempre e indipendentemente da qualsiasi circostanza lo abbia determinato? Anche se non riconducibile al comportamento delle parti ma di un soggetto terzo cui si sono rivolte volontariamente? Riservando una trattazione più approfondita del tema, qui basti dire che l'errore di diritto rileva soltanto se concerne circostanze esterne, influenti sulla valutazione soggettiva della convenienza del negozio e «deve escludersi la rilevanza dell'errore del contraente che conclude il

¹³⁰Cass., 15 dicembre 2011 n. 26974, *MGC*, 2011, XII, 1775

contratto ignorando l'esistenza delle norme imperative da cui deriva l'integrazione del negozio a norma dell'art. 1339 c.c. e, quindi, la modifica del regolamento contrattuale, attesa la mancanza del carattere negoziale delle clausole rispetto alle quali si è verificata una sostituzione legale»¹³¹.

Di conseguenza deve escludersi l'operatività dell'errore nel caso di mancata effettività dell'attività di consulenza e assistenza delle parti.

Lasciando, poi, al capitolo conclusivo valutazioni di merito sull'assistenza e consulenza delle parti, si rileva unicamente che tale attività non sembra avere limitazioni né di natura oggettiva – potendo ben riguardare ogni aspetto del contratto di lavoro – né temporali, posto che tale attività può essere resa sia al momento della formazione/conclusione del contratto ovvero per un programma negoziale già in esecuzione.

3.11. Certificazione e clausole generali.

Come si è avuto modo di chiarire il Collegato Lavoro è intervenuto sulla certificazione cercando di potenziarne l'operatività pratica, stante lo scarso ricorso delle parti all'istituto. Il potenziamento è avvenuto su tre fronti:

- Oggettivo: nella misura in cui la certificazione non è più utilizzabile nel caso dei contratti di lavoro ma allorquando nel programma negoziale ricorra – direttamente o indirettamente – una prestazione di lavoro;
- Temporale: la certificazione può intervenire anche per i contratti in corso di esecuzione e non soltanto *ex ante*;

¹³¹Cass., 21 dicembre 1994 n.11032, *MGC*. 1994, XII.

- Giudiziale: il comma secondo dell'art. 30 ha stabilito che nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione.

Rinviando a quanto detto *supra* per i primi due profili, occorre qui soffermarsi brevemente sul terzo.

La disposizione in esame appare di difficile comprensione. Probabilmente ispirata alle critiche in ordine alla flebile tenuta giudiziaria della certificazione, il legislatore intendeva intervenire proprio sulla stabilità dello strumento. Ad una prima lettura la norma sembra di dubbia costituzionalità, perché parrebbe creare un vincolo nell'azione dei diritti: al giudice sembrerebbe vietato discostarsi dal *nomen juris* attribuito dalle parti in sede di certificazione. Ciò sembra scontrarsi con il principio di matrice costituzionale per cui il giudice è sempre soggetto alla legge ed è pertanto precluso alle parti limitarne l'azione. Una lettura costituzionalmente orientata della norma impone il coordinamento della disposizione con la seconda parte del comma 30 che riconosce al giudice il potere di discostarsi dalle valutazioni delle parti nel caso di erronea qualificazione del rapporto, vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione. Sorge, quindi, spontaneo chiedersi cosa sia obiettivamente cambiato rispetto a quanto previsto nell'art. 80 del d.lgs. 276/2003. Per rispondere al quesito occorre focalizzarsi sul dato letterale della norma. Nella disposizione si fa riferimento alla «valutazione delle parti» e non alla qualificazione resa dalla

commissione di certificazione. Focalizzandosi su questo dato si potrebbe asserire che è attribuibile la medesima forza legale sia al provvedimento amministrativo reso in fase di certificazione sia alle semplici valutazioni delle parti rese in sede di certificazione. Così interpretando si giungerebbe all'assurdo per cui il giudice non potrebbe discostarsi da quanto dichiarato dalle parti e la certificazione sarebbe semplicemente la sede in cui rendere valutazioni contrattuali che poi migrano al processo per il mezzo del provvedimento di certificazione. La commissione di certificazione verrebbe di fatto spodestata dal potere di qualificare il contratto e il suo ruolo sarebbe quindi assimilabile a un notaio che garantisce che il *nomen juris* attribuito dalle parti promani dalle stesse. In realtà volendo provare a non giungere a tale paradosso, si deve concludere che il legislatore si riferisse al provvedimento certificatorio con innegabile forzatura del dato letterale. Ne consegue nuovamente l'operatività del quesito inerente alla portata innovativa della disposizione in commento al quale, stavolta non può sfuggirsi: francamente non sembra che novella del 2010 abbia introdotto alcun dato realmente significativo in ordine alla tenuta giudiziaria della certificazione.

CAPITOLO QUARTO

IL PROVVEDIMENTO DI CERTIFICAZIONE.

SOMMARIO: 4.1. Il provvedimento di certificazione e la sua natura. -4.1.1. Il provvedimento di certificazione e l'imputazione al *certifier*. -4.1.2. La responsabilità delle commissioni di certificazione.-4.2. Decorrenza ed efficacia della certificazione. -4.2.1 Efficacia dell'atto di certificazione-4.2.2. L'efficacia della certificazione nei confronti dei terzi: quale provvedimento è in grado di rimuovere l'effetto preclusivo della certificazione? La sentenza di merito e gli atti equivalenti. -4.3. L'ordinanza del rito Fornero. -4.4. Efficacia della certificazione contro i provvedimenti ispettivi. -4.5. Efficacia fiscale della certificazione.-4.6. Efficacia penale.

4.1. Il provvedimento di certificazione e la sua natura

All'esito dell'attività istruttoria, espletata secondo le modalità individuate dai regolamenti degli organi certificatori, viene reso il provvedimento di certificazione.

L'art. 78 del d.lgs. delegato precisa che l'atto di certificazione deve essere motivato e che deve contenere il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere, nonché l'esplicita menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione.

Dalle disposizioni del suddetto articolo si ricavano indizi importanti per indagare sulla natura del provvedimento di certificazione. La motivazione dell'atto e le modalità di ricorso sono elementi che caratterizzano i provvedimenti di natura amministrativa. E la dottrina è esito concorde nel ritenere che di atto amministrativo trattasi, posto peraltro che è impugnabile davanti al Tar senza limitazione alcuna in tema di doglianze. Appurato, quindi, che si tratta di atto amministrativo di natura non provvedimentoale, è sulla tipologia dell'atto che si registrano opinioni discordanti. La riconduzione del provvedimento di certificazione all'atto di certificazione è stata sostenuta per primo da

Ghera¹, salvo poi in uno scritto successivo enuclearla negli accertamenti con efficacia imperativa², categorie come vedremo entrambe rientrate nell'alveo dei provvedimenti ricognitivi ma assolutamente divergenti. Si proverà di seguito a distinguere tra le categorie amministrative di certazione e accertamento, e tra atti con valore meramente dichiarativo, costitutivo e valutativo, posto che non si tratta di un'operazione di mera tassonomia, ma la riconduzione nell'una o nell'altra categoria si riverbera tanto sull'efficacia del provvedimento quanto sul valore probatorio dell'atto.

Ad ogni modo, gli atti amministrativi non provvedimentali si distinguono in atti consistenti in dichiarazioni di volontà e atti non consistenti in dichiarazione di volontà. Nel caso delle certificazioni ci si muove nella seconda categoria, in cui la dottrina è solita distinguere tra:

- a) atti ricognitivi (o di manifestazione di scienza o di conoscenza);
- b) atti di valutazione (o giudizio);
- c) intimazioni.

Gli atti ricognitivi o dichiarativi si distinguono, poi, in:

- a) acclaramenti;
- b) accertamenti;
- c) certazioni.

I primi si caratterizzano per il fatto che tendono a rimuovere una situazione di incertezza sull'esistenza di qualità o modi di essere tecnici (nel senso di propri alle scienze tecniche) di persone o cose. Possono essere «semplici», quando si riferiscono a un unico fatto (per es., altezza di un edificio), o «complessi», quando richiedono un giudizio,

¹ E.GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, DPL, 2002, 533; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Esi, 2004, 283.

² Id., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 289.

espressione di discrezionalità tecnica dato su una pluralità di elementi di fatto: si sostanziano normalmente in perizie (per es., di idoneità di un veicolo a circolare) o consulenze tecniche³. La medesima dottrina definisce, invece, come *accertamenti* quei procedimenti che, dopo l'acclaramento, compiono un giudizio valutativo sull'esistenza di una qualità di persone o cose, basato però su profili giuridico-amministrativi: l'esempio riportato è quello, classico del giudizio d'idoneità di un partecipante a un pubblico concorso operato secondo valutazioni tecnico-discrezionali della Pubblica amministrazione. Essi creano *certezza legale* fino a che non siano rimossi (e dunque, a differenza di quelli ricondotti alla categoria degli acclaramenti, non possono essere disattesi) e sono tipici e nominati⁴. Mentre gli acclaramenti e gli accertamenti sono diretti a far luce su una realtà in origine incerta, la finalità delle *certazioni* è quella di creare una realtà giuridica prima inesistente: gli esempi riportati sono quelli del certificato di sana e robusta costituzione e del certificato di collaudabilità dell'opera pubblica, ma a essi potrebbe analogamente aggiungersi la cosiddetta certificazione di qualità «l'atto di certazione determina l'immissione nel mondo giuridico di una nuova realtà giuridica imponendone l'uso a tutti»⁵. Pertanto le *certazioni* si distinguono dal mero accertamento «in quanto non si limitano ad attribuire una qualità giuridica ad altra entità giuridica esistente [...] bensì creano esse stesse delle qualificazioni giuridiche»⁶. Diversamente dalle prime due categorie, le *certificazioni* «hanno efficacia costitutiva, creando una qualità giuridica delle persone o delle cose, necessaria alla realizzazione di effetti ulteriori. In questo caso, soltanto la dichiarazione dell'avvenuta certazione crea certezza legale, mentre il risultato del giudizio costituisce una mera certezza notiziale o

³ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, 1989, 526.

⁴ M. A. SANDULLI, *La certificazione*, www.treccani.it

⁵ *Ibidem*.

⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, 1988, 918

informativa, che, per quanto dotata di autorevolezza (maggiore o minore in relazione a quella di cui gode nel settore il suo autore), ammette in ogni caso la prova contraria: esso quindi è liberamente apprezzabile dal giudice, *peritus peritorum*, valendo come mera presunzione *iuris tantum*»⁷.

Il *discrimen* tra le due categorie, ossia tra atto valutativo e atto di certazione, viene individuato nella differente efficacia che si riconosce all'attività di qualificazione. Se si ritiene che la qualificazione operata dal *certifier* generi il rapporto perché ha efficacia costitutiva, allora la certificazione rientra negli atti di certazione che hanno il medesimo valore probatorio della certificazione. Qualora si asserisca che la qualificazione non crea una situazione giuridica prima inesistente ma si limiti alla semplice sussunzione del rapporto di lavoro nel tipo contrattuale, allora deve riconoscersi il valore dichiarativo della certificazione, che rientrerebbe negli atti valutativi con efficacia imperativa. L'opinione di chi scrive, che verrà adeguatamente motivata nel prossimo capitolo in cui si analizzerà il concetto di accertamento, è che l'attività di qualificazione, indipendentemente dal fatto che promani dal *certifier* ovvero dal giudicante, ha efficacia costitutiva, per cui la certificazione è atto di certazione, come peraltro afferma unanimemente la dottrina.

La certazione nell'impostazione tradizionale viene ricondotta nella prima categoria posto che si tratta di una dichiarazione di scienza esternata in un documento in funzione partecipativa e concernente fatti precedentemente acquisiti dall'ufficio pubblico⁸. Pertanto, seguendo tale categorizzazione anche per i rapporti di lavoro, la commissione di certificazione non accerterebbe uno stato di fatto ma qualificerebbe un rapporto contrattuale semplicemente rappresentando alle parti le conseguenze giuridiche.

⁷ M.A. SANDULLI, *cit.*

⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, cit.*, II, 506.

L'organo certificatore non sarebbe, per l'effetto, tenuto a verificare la veridicità delle dichiarazioni rese dagli istanti, né tantomeno il reale assetto di fatto che interessa per l'applicazione di una normativa piuttosto che dell'altra⁹.

La riconduzione dell'atto di certificazione come provvedimento di certazione potrebbe però essere smentita da tre dati importanti: il primo viene individuato nel fatto che chi riconosce che il provvedimento di qualificazione abbia efficacia dichiarativa nega che con la certificazione venga a crearsi una situazione giuridica prima non esistente. Con la certificazione s'intende cristallizzare la qualificazione contrattuale assegnata dalle parti. Non s'immette nel mondo giuridico alcuna nuova realtà, bensì si realizza un'opera di sussunzione del programma negoziale da certificare alla fattispecie astratta. È un'attività estremamente affine con lo *ius dicere*¹⁰ con ciò senza voler assimilare tal provvedimento all'accertamento giudiziale, poiché che difetta del tutto degli effetti di cui all'art. 2909 del c.c. Anzi, in quanto contenente una qualificazione non giurisdizionale, la certificazione è soggetta a verifica¹¹. Il problema è che parrebbe che l'attività della commissione di certificazione non sia espressione della discrezionalità tecnico-giuridica che, invece, caratterizza l'attività interpretativa della sentenza¹² e questo escluderebbe che si tratti di atto valutativo in senso stretto.

In *secundis*, l'attività di qualificazione non può sostanziarsi nel semplice informare le parti della reale portata normativa del tipo contrattuale scelto. La qualificazione operata dalla commissione è pur sempre dotata di forza legale e ciò non semplicemente – lo si ribadisce – in quanto sede istituzionale in cui dichiarare il *nomen juris* del rapporto di

⁹ B, GRANDI, *La certificazione dei rapporti di lavoro tra le categorie generali del diritto*, DRI, II, 2008, §2.

¹⁰ A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. MAGNANI- VARESI (a cura di) *Organizzazione del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2005, 638-639

¹¹ M.S. GIANNINI, *ult. op.cit.*, 1021

¹² Contra E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, *cit.*, 293.

lavoro. A dire il vero anche quest'obiezione può essere smentita dal fatto che, tanto la certazione quanto l'atto valutativo, hanno alla base un accertamento.

Last but non least, non corrisponde necessariamente al vero che la commissione di certificazione non sia tenuta a verificare il reale assetto di fatto che interessa per l'applicazione di una normativa. Certamente se il contratto non è in corso, l'impedimento sarà di natura fattuale nel senso che non si può procedere praticamente a questa verifica. In questi casi il ruolo della commissione si esplica nel rendere edotte le parti della disciplina normativa e nel verificare la genuinità del consenso prestato dal lavoratore nei limiti in cui ciò sia possibile. Si badi bene però che è la mancanza dell'esecuzione del contratto che impedisce il controllo sul campo delle modalità esecutive, non il ruolo della commissione e la natura del provvedimento certificatorio. Difatti, nel caso di contratto in corso la verifica in ordine alla corrispondenza tra quanto dichiarato in sede contrattuale e la materiale esecuzione del rapporto è invece, concretamente, realizzabile (*rectius*: auspicabile). Diversamente opinando, sarebbe difficile comprendere per quale ragione nell'art. 84 si faccia riferimento alla «distinzione **concreta** tra somministrazione di lavoro e appalto». Sono anche le istanze di stabilità della certificazione a suggerire un'attività di accertamento della commissione: se la commissione registrasse la mera volontà delle parti, si potrebbe parlare di mera attribuzione istituzionale del *nomen juris*, nella misura in cui le parti dovrebbero essere adeguatamente informate sul rapporto obbligatorio che intendono instaurare. La qual cosa potrebbe però avere un impatto modesto, se non nullo, davanti all'autorità giudiziaria che, invece, accerta la corretta qualificazione del contratto. In altri termini, se la certificazione vuol avere una qualche utilità deflattiva deve esserci – nei limiti di quanto possibile – un'attività di accertamento – in un certo senso fungibile

a quella svolta dal giudice. D'altronde il provvedimento di certificazione è più esposto alla contestazione in giudizio allorquando sia reso in via preventiva, visto che è fisiologicamente esposto all'impugnazione per intervenuta distonia tra modalità attuative del rapporto di lavoro e programma negoziale certificato. Non che nel caso di certificazione del contratto in corso questo non possa avvenire, ma se l'accertamento è condotto in maniera effettiva ed è ispirato ai criteri distintivi individuati dalla giurisprudenza, una qualche speranza deflattiva può trovare spazio.

Quanto detto si comprende anche dall'effetto inibitorio che connota il provvedimento di certificazione: agli enti ispettivi è vietata la comminazione di sanzioni, finché il provvedimento certificatorio non sia vittoriosamente impugnato con uno dei mezzi indicati all'art. 80. Significa che per togliere di mezzo la certificazione serve un accertamento di senso contrario contenuto in una sentenza di merito. La qual cosa significa che il provvedimento di certificazione può sostanziarsi in una dichiarazione valutativa¹³ ovvero in un atto complesso contenente vuoi una dichiarazione di scienza circa la volontà delle parti di porre in essere un rapporto vuoi la qualificazione del rapporto contrattuale che intendono instaurare.

Occorre, poi, domandarsi se la natura giudica del provvedimento di certificazione cambi se viene reso da privati, quali ad esempio l'ente bilaterale. L'attività di certificazione è tradizionalmente concepita come manifestazione del potere sovrano, tuttavia, gli atti certificativi possono essere emanati anche dai privati esercenti pubbliche funzioni (o pubblici servizi): si richiama l'esempio tipico dei notai¹⁴. Ne consegue che se la competenza è stabilita dalla legge non vi sono ragioni ostative all'emanazione di provvedimenti di natura amministrativa da soggetti privati.

¹³P.RAUSEI,*La certificazione dei contratti di lavoro*, DPL, 2003, 10, XVII

¹⁴M.A. SANDULLI,*cit. Contra F.CARINCI,Il casus belli degli Enti bilaterali*, LD, 2003, 208.

4.1.1. Il provvedimento di certificazione e l'imputazione al *certifier*.

Connessa all'indagine sulla natura del provvedimento di certificazione è l'imputabilità della qualificazione del rapporto di lavoro alle parti richiedenti ovvero all'ente di certificazione.

Utile per l'indagine è la lettera e) dell'art. 5 della legge delega, che attribuisce la qualificazione del contratto di lavoro all'organo preposto alla certificazione. Di conseguenza bisogna tenere nettamente distinti – e questo tornerà utile nell'analisi dei mezzi di impugnazione della certificazione – il contratto certificato e il provvedimento di certificazione. Difatti, taluno sostiene che la certificazione non si riverbera nel rapporto contrattuale rispetto al quale opera, per l'appunto, il negozio ma semmai nei confronti dei terzi¹⁵. A dire il vero la certificazione produce effetti anche per le parti, posto che l'inibizione da iniziative processuali di segno contrario alla certificazione è vietata anche ai contraenti. L'autonomia dell'atto e del contratto attiene ai diversi mezzi d'impugnazione che li colpiscono e al fatto che l'inefficacia dell'uno non travolge automaticamente l'altro. L'atto di certificazione impugnato vittoriosamente innanzi al Tar per violazione del procedimento porterebbe all'annullamento dello stesso ma tra le parti vige ancora un contratto che è pienamente operante e che continua anche dopo questa pronuncia a disciplinare il rapporto. L'indipendenza dell'atto e del contratto si palesa per l'imputabilità del primo al certificatore¹⁶ e del secondo alle parti.

L'imputabilità al *certifier* del provvedimento di certificazione consente di escludere che il provvedimento di certificazione possa rientrare nella figura dell'arbitraggio¹⁷.

¹⁵L. NOGLER, *L'istituto della certificazione*, cit., 120.

¹⁶*Contra*, V. D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del diritto del lavoro: finalità, natura, effetti*, LG, 2005, IV, 312.

¹⁷L. NOGLER, *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, MGL, 2003, III, 120.

L'istituto in parola ricorre quando le parti derogano ad un terzo la definizione dell'oggetto della prestazione impegnandosi ad accettarla¹⁸ (art. 1349 c.c.) e la determinazione dell'oggetto è imputabile alle parti. Sono due, quindi, le ragioni che portano ad escludere che si tratti di arbitraggio. Per prima cosa, la figura dell'**arbitraggio** presuppone che «le parti abbiano inteso deferire al terzo non la decisione su questioni controverse ma il completamento di un rapporto giuridico in via di formazione mediante l'esplicazione di un'attività sostitutiva di quella delle parti»¹⁹. Le parti si rivolgono alla commissione di certificazione non perché determinino l'oggetto della prestazione, sostituendosi ad esse, ma perché qualifichino adeguatamente l'operazione negoziale conclusa. Non è soltanto dal punto di vista oggettivo che non può ricorrere l'istituto dell'arbitraggio. La determinazione oggettiva operata dall'arbitratore – che può avvenire anche mediante il ricorso all'equo apprezzamento²⁰ - è imputabile alle parti perché si tratta del completamento del negozio contrattuale che le stesse sottoscriveranno. Il provvedimento di certificazione non è da considerarsi parte del negozio certificato e come tale rimane opera del *certifier* e allo stesso ascrivibile²¹. Quest'ultima ragione porta anche ad escludere che la certificazione rappresenti una forma di arbitrato libero²². Si tratterebbe di una soluzione che merita di essere vagliata –

¹⁸ Cass. 30 giugno 2005 n. 13954, *MGC*, 2005, VI.

¹⁹ Trib. Bergamo, 18 maggio 2005, *GM*, 2005, XII, 2587

²⁰ A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2013, 561-562

²¹ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 120.

²² G.ALPA, *L'arbitrato irrituale. Una lettura civilistica dell'art. 808-ter del codice di procedura civile*, *CI.*, 2011, 320; P. BIAVATI, *Arbitrato irrituale*, in *Arbitrato. Commentario, diretto da F. Carpi*, Zanichelli, 2007; M. BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, www.judicium.it; F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, *RTPC.*, 1991, 389; M. CURTI, *L'arbitrato irrituale*, UTET, 2006, 294; F. GALGANO, *Giudizio e contratto nella giurisprudenza sull'arbitrato irrituale*, *CI*, 1997, 885; M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, Giappichelli, 2002; E.F. RICCI., *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, *Rass. Arb.*, 1987, 13; B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, *RA*, 2007, 25; S. SATTA, *Nota sull'arbitrato libero*, *Rass. Arb.*, 1974, 1; F. TOMMASEO, *Arbitrato libero e forme processuali*, *RA*, 1991, 743; M. VASETTI, *Arbitrato irrituale*, *Nss.D.I.*, I, Utet, 1957; G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, *RA*, 2005, 665; V. VIGORITI, *L'autonomia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, *ivi*, 1996, 62.

secondo taluna dottrina²³ – sull’onda dell’elemento della volontarietà che caratterizza entrambi i procedimenti. Siffatta riconduzione deve essere, tuttavia, negata sulla scorta di una duplice argomentazione: nell’arbitrato libero il lodo è imputabile alle parti, mentre il provvedimento di certificazione al *certifier* e poi mancherebbe una normativa collettiva che ne definisca la portata, stante il disposto dell’art.412 ter c.p.c.²⁴. Quest’ultimo impedimento è venuto meno con il «Collegato Lavoro», attesa l’eliminazione del ruolo autorizzativo dei sindacati per l’instaurazione e la regolamentazione dell’arbitrato irrituale del lavoro²⁵.

Sembra dovuto, inoltre, precisare che la certificazione non possa essere assimilata all’arbitrato rituale²⁶, posti gli effetti assegnategli dall’art. 824 bis c.p.c. Si è asserito poc’anzi che la certificazione, seppur innegabilmente presupponga l’esercizio di un’attività di *ius dicere*, non rappresenti un accertamento di tipo giudiziale. Indi per cui, posto che il lodo emanato all’esito di una procedura arbitrale rituale produca gli stessi effetti della sentenza, deve escludersi che la certificazione abbia la stessa natura dell’arbitrato di rito.

Tornando all’arbitrato libero, si consenta di rilevare come la volontarietà sia l’unico elemento di comunanza effettivamente riscontrabile.

La prima differenza è per così dire ontologica: all’arbitrato le parti ricorrono per la risoluzione di una controversia e non *ex ante* per ottenere la corretta qualificazione del programma negoziale al fine di evitare eventuali liti. Nel procedimento di certificazione manca quel germe di litigiosità che caratterizza, invece, il ricorso ad arbitrato. Per

²³ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della certificazione*, cit., 121

²⁴ *Ibidem*

²⁵ V. cap.1 § e cap 2.

²⁶ Le differenze tra le due tipologie di arbitrato, vista la proliferazione di modelli di arbitrato irrituale proceduralizzati – e gli arbitrati del lavoro inseriti nel 2010 ne rappresentano un esempio paradigmatico – si sono abbastanza assottigliate tanto da poter dire che l’unico elemento di distinguo immanente è l’efficacia dell’uno e dell’altro modello. L’arbitrato rituale, ai sensi dell’art. 824 bis c.p.c., ha gli stessi effetti della sentenza pronunciata dall’autorità giudicante

spiegare, invece, la seconda ragione è necessario – seppur brevemente – richiamare una caratteristica dell'arbitrato libero.

L'arbitrato rituale è stato disciplinato dal legislatore solo nel 2006 attraverso l'introduzione dell'art. 808 ter c.p.c. Questo mezzo di autodefinizione (*rectius*: eterodefinizione nella modalità di risoluzione delle lite, autodefinizione per gli effetti)²⁷ delle controversie nasce come non regolato proprio perché frutto del libero esplicarsi dell'autonomia privata²⁸. Ai sensi dell'art. 808 ter c.p.c.: «Le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'articolo 824-bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale». Con l'arbitrato irrituale o libero le parti incaricano gli arbitri del compito di definire in via negoziale le contestazioni insorte o che possono insorgere tra di loro in ordine a determinati rapporti giuridici. La decisione nell'arbitrato irrituale ha valore contrattuale²⁹, con la conseguenza, che non è possibile il deposito in tribunale e la dichiarazione di esecutorietà. Nell'arbitrato libero lo schema è quello «tradizionale e preferibile»³⁰ del negozio *per relationem*³¹, per cui la definizione della controversia è imputabile direttamente alle parti ed è proprio su questo aspetto che occorre concentrarsi: il fondamento dell'arbitrato irrituale risiede nell'impegno delle parti a

²⁷ Di norma l'arbitrato rientra nei mezzi di eterodefinizione delle controversie proprio perché dipanate da un soggetto terzo, tuttavia, la natura di negozio *per relationem* fa sì che essendo la risoluzione imputabile alle parti come si vedrà *infra*.

²⁸ G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 2006, Giappichelli, 12.

²⁹ Per la natura negoziale dell'arbitrato, si veda, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edi, 1249 e da ultimo L. DAMBORSIO, *La "determinazione contrattuale" ex art. 808-ter c.p.c. quale espressione di potere dispositivo ex lege*, RA, II, 2014, 449ss.

³⁰ M. MARINELLI, *op.cit.*, 103 ss ed in particolare nt.3, 105, per gli ulteriori riferimenti dottrinali. L'inquadramento quale negozio *per relationem* si scontra con la natura ambigua dell'arbitrato delineato dall'art. 808 *ter* secondo C.PUNZI, *Disegno sistematico per l'arbitrato*, CEDAM, 2012, 255-257. Sulla natura ambigua dell'arbitrato irrituale si rinvia a G.VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., 671. M. MARINELLI, *Il termine per la pronuncia del lodo*, CG, 2007, 878, C.CONSOLO, *Deleghe processuali*, ivi, 2005, 1189; C.CORBI, *L'intramontabile fascino della c.d. «teoria unitaria» e l'ambiguità dell'arbitrato irrituale o libero*, RA, II, 2010, 327ss.

³¹ I tratti civilistici dell'istituto sono tracciati da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, 1960.

considerare come propria la volontà espressa dagli arbitri³². Altrettanto non può dirsi per l'atto di certificazione che invece è imputabile al *certifier*. La qual cosa – unita alla differenza ontologica summenzionata – porta a concludere che l'atto di certificazione non abbia la stessa natura dell'arbitrato irrituale.

4.1.2. La responsabilità delle commissioni di certificazione.

La commissione di certificazione è chiamata a svolgere funzioni diverse: qualificazione dei contratti, validazione delle rinunce e transazioni, conciliazione delle vertenze lavoristiche individuate dall'art. 409 c.p.c. Indi per cui, l'analisi dei profili di responsabilità della commissione non può prescindere dalla peculiarità delle funzioni summenzionate. Difatti, mentre per il ruolo di conciliatore si espone alle stesse responsabilità che si riconoscono in capo ai mediatori³³, nel caso dell'attività di certificazione, si tratta di un profilo da esplorare, specie in ordine all'eventuale esistenza di un rapporto contrattuale che lega le parti alla commissione di certificazione³⁴.

Preliminarmente giova ricordare che importanti profili di responsabilità derivano dal fatto che l'atto di certificazione è direttamente imputabile alla commissione di certificazione e che l'organo di certificazione sia tenuto, ai sensi dell'art. 81 della l. Biagi, a prestare un'effettiva attività di consulenza e assistenza alle parti.

³²Cass., 18 giugno 2014 n. 13899, *de jure*.

³³M. BRUNIALTI *Dovere di riservatezza e segreto professionale nella mediazione*, GC, IX, 2011,487. D. BORGHESI, *Riservatezza e segreto nella mediazione*, www.judicium.it. M. ROSSETTI, *La responsabilità del mediatore*, *Libro dell'anno del diritto* 2013, 2013.

³⁴Amnesso da M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci,2004, 431 e G. COSTANTINO, COSTANTINO G., *Profili processuali della certificazione dei contratti di lavoro*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, cit., 452. L'esistenza di un rapporto contrattuale è negata invece da, P. TULLINI, *Sub Art. 76-80*, in GRAGNOLI E, PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, 2004, 855; E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali*, cit., 534. Sottolinea, invece, che la responsabilità per dolo e colpa grave sia priva di ogni riferimento normativo V. SPEZIALE, *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, LUNARDON F., BELLOCCHI P. (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsa, vol. IV, 2004, 202.

In dottrina è pacificamente esclusa la natura negoziale della certificazione: si tratta indiscutibilmente di un provvedimento amministrativo³⁵. Sarebbe, quindi, coerente secondo Tursi non riconoscere l'esistenza di una responsabilità contrattuale in capo al certificatore³⁶. Se non fosse che dal punto di vista dogmatico l'obiezione non ha fondamento perché ad esempio nel caso dell'arbitrato rituale, il lodo non ha natura negoziale eppure tra le parti e gli arbitri s'instaura un contratto di arbitrato da cui seguono profili di responsabilità contrattuale³⁷. Ne consegue che, a parere di chi scrive, il rapporto tra le parti e il soggetto certificatore ha natura contrattuale, inquadrabile nello schema del mandato collettivo e con eventuali responsabilità assimilabili a quelle degli arbitri. Ma andiamo con ordine.

Per provare a indagare sull'eventuale rapporto contrattuale che lega le parti alla commissione di certificazione, occorre analizzarne le concrete modalità di svolgimento, ricordando, tuttavia che il legislatore ne ha delegato ai regolamenti delle commissioni di certificazione la disciplina.

Le parti inoltrano un'istanza al *certifier* il quale assume l'incarico vuoi per *facta concludentia* – inoltrando la comunicazione dell'avvenuto avvio della procedura alla Dtl – vuoi mediante la sottoscrizione di una convenzione, se prevista nei regolamenti degli organi certificatori. Ad una impressione, per così dire epidermica, la similitudine con quanto accade per l'arbitrato potrebbe indurci a ritenere che le parti conferiscano un mandato ai sensi dell'art. 1703 c.c. a qualificare l'operazione contrattuale che intendono realizzare o cui hanno dato corso. Si potrebbe, tuttavia, eccepire a questa tesi che la specificità dell'incarico di qualificare il rapporto negoziale mal si adatta all'agire «per conto» del mandante e con l'imparzialità che dovrebbe ispirare l'attività del

³⁵ V. per tutti, L. NOGLER, *La certificazione, cit.*, §3

³⁶ A. TURSI, *op.cit.*, 635-636.

³⁷ G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 80 ss.

certificatore. Critica probabilmente superabile sostenendo che si tratterebbe di un mandato collettivo perché l'istanza è firmata da entrambe le parti e perché dal momento dell'accettazione dell'incarico, la commissione assume un ruolo terzo e imparziale. E al pari di quanto accaduto nell'analisi del contratto di arbitrato, anche rispetto al *certifier* è possibile disquisire se si tratti effettivamente di mandato o di contratto d'opera ai sensi dell'art. 2222 c.c.³⁸. La qualificazione del rapporto contrattuale, al pari della risoluzione della controversia, si dimostra attività difficilmente omologabile a un'opera o un servizio reso al committente³⁹. Sembrerebbe piuttosto assimilabile dal punto di vista oggettivo al mandato⁴⁰. Ne conseguirebbe che le norme di riferimento per l'adempimento degli obblighi del mandato sono gli artt. 1175, 1176, 1710, 1719 c.c. e che gli enti certificatori possono rispondere per responsabilità contrattuale nei confronti degli istanti.

La responsabilità contrattuale secondo Garofalo trova fonte nello schema della garanzia e dell'art. 1485 c.c. e – sostiene l'autore – che qualora il datore di lavoro sia convenuto in giudizio per vedersi accertare una qualificazione contrattuale diversa da quella assegnata al rapporto di lavoro dalla commissione potrebbe, ai sensi dell'art. 106 e 420

³⁸ Per una ricostruzione storica della disputa, v. C. PUNZI, *op.cit.*, 336 ss. Si tratta ad ogni modo di una diatriba con riflessi meramente classificatori posto che non vi sono sensibili differenze nell'adozione di uno schema contrattuale piuttosto che l'altro e poi perché ormai la disciplina del contratto tra le parti e gli arbitri si trova all'interno del codice di rito. Per entrambi i rilievi, v. M. BOVE, *Responsabilità degli arbitri*, RA, II, 2014, 265ss.

³⁹ A proposito dell'arbitrato, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 70

⁴⁰ Alla stessa conclusione perviene, sempre in tema di arbitrato, M. BOVE, *La giustizia privata*, Cedam, 2013, 91, in cui l'a. sostiene che «il contratto in oggetto è comunque avvicinabile al mandato, che gli arbitri assolvono nell'interesse di tutte le parti, più che alla prestazione d'opera, perché gli arbitri, lungi dal limitarsi ad approntare una sorta di «materia logica» che va a dare contenuto ad un atto statale, in ipotesi l'unico giuridicamente efficace per l'ordinamento, pongono in essere propriamente l'atto di normazione concreta autonomamente vincolante per i litiganti. Opera, questa, che essi compiono nell'interesse collettivo dei loro mandanti (i litiganti), che, pur, ovviamente, contrapponendosi nel giudizio arbitrale, hanno tuttavia nella pronuncia del lodo (la sentenza privata) il loro interesse comune. V. la critica operata alla tesi del mandato da MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Giuffrè, 2008, 25 ss, il quale nega la spendibilità della categoria del «mandato» per la duplice ragione che, per un verso, gli arbitri non pongono in essere negozi giuridici e, per altro verso, essi pongono in essere un'attività, la decisione della controversia, che le parti altrimenti non potrebbero compiere. Entrambi i rilievi sono da accogliere. secondo M. BOVE, *La responsabilità*, cit., nt 6, «ma non si vede perché essi dovrebbero escludere il richiamo al mandato».

c.p.c., chiamare in giudizio il *certifier* e rivalersi su quest'ultimo per i danni che potrebbero derivare dall'accoglimento della domanda *ex adverso* proposta⁴¹. Ne consegue che in giudizio la commissione di certificazione dovrebbe dimostrare le ragioni che l'hanno indotta a respingere l'istanza di certificazione ovvero a qualificare il regolamento contrattuale entro un certo schema e non in un altro. Se la questione stesse in questi termini, difficilmente le commissioni di certificazione assumerebbero l'incarico di qualificare un contratto nella prospettiva che in caso di disaccordo con l'autorità giudicante, sarebbero chiamate a manlevare le parti per gli eventuali danni. È proprio la natura dell'attività svolta dalla commissione di certificazione che esclude che le stesse possano garantire per la qualificazione operata. Come si era detto nel cap. 1, la qualificazione contrattuale rappresenta un'operazione delicata, poste la lacune e le ambiguità che caratterizzano l'attuale normativa. L'individuazione del tipo contrattuale non è neppure agevolata dalle pronunce giurisprudenziale rilevata anche l'altalenanza degli orientamenti in tema. Ragion per cui non si vede come sia possibile chiamare la commissione a rispondere della qualificazione che ha fornito. Anche in questo caso, a parere di chi scrive, le norme sul mandato e sull'arbitrato possono essere utili a tracciare i confini della responsabilità del certificatore ed è inoltre opportuno discernere tra la certificazione *ex ante* ovvero quella a contratto in corso.

Nella prima ipotesi può essere utile ricordare il disposto dell'art. 1719 c.c., il quale stabilisce che «il mandante, salvo patto contrario, è tenuto a somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato». Ne conseguirebbe che il certificatore, non avendo modo per verificare quanto dichiarato dagli istanti, visto che il contratto deve ancora eseguirsi, deve necessariamente basare la sua qualificazione su

⁴¹ M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in P. CURZIO. (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dal decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, 2007, 619.

quanto riferito dalle parti e sul programma negoziale predisposto. Nel caso in cui in giudizio emerga che la certificazione era erronea, il *certifier* potrebbe sempre opporre la mancata somministrazione dei mezzi ovvero la inadeguata informazione in ordine alle reali intenzioni delle parti. Ai sensi dell'art. 1719 c.c., l'organo di certificazione non potrebbe essere ritenuto responsabile per l'erronea qualificazione operata e, *a fortiori*, per la distonia che potrebbe realizzarsi rispetto al programma negoziale che le parti hanno dichiarato di voler attuare in sede di certificazione e il contratto cui hanno dato esecuzione, posto che in questo caso la certificazione non dispiega effetti. La possibile discrasia tra lo schema negoziale certificato e le reali modalità di attuazione del contratto espone lo strumento certficatorio a fisiologiche impugnazioni che ne riducono la stabilità e di riflesso l'operatività pratica, ma questo non è obiettivamente imputabile al lavoro della commissione di certificazione.

Alla commissione è, invece, contestabile la mancata o non effettiva assistenza e consulenza alle parti, di cui peraltro si era già detto e si rinvia a quella sede. Qui basti dire che si rientra nella violazione del dovere di diligenza nell'esecuzione del mandato. Dovere, peraltro, che non è associabile a quello del buon padre di famiglia ma semmai la diligenza professionale⁴² individuata ai sensi del secondo comma dell'art. 1176 c.c.

Per quanto attiene invece l'omessa conclusione del procedimento certficatorio nei termini previsti ovvero per il caso in cui la commissione di certificazione rinunci al mandato senza giustificato motivo si potrebbe far riferimento alle disposizioni di cui all'art. 813 *ter* c.p.c. secondo il quale, «risponde dei danni cagionati alle parti l'arbitro che: 1) con dolo o colpa grave ha ommesso o ritardato atti dovuti ed è stato perciò dichiarato decaduto, ovvero ha rinunciato all'incarico senza giustificato motivo; 2) con

⁴² E. GHERA, *Nuove tipologie, cit.*, 534.

dolo o colpa grave ha omesso o impedito la pronuncia del lodo entro il termine fissato a norma degli articoli 820 o 826. Fuori dai precedenti casi, gli arbitri rispondono esclusivamente per dolo o colpa grave entro i limiti previsti dall'articolo 2, commi 2 e 3, della legge 13 aprile 1988, n. 117»⁴³.

L'art. 813 *ter* fissa poi i termini dell'azione di responsabilità che «può essere proposta in pendenza del giudizio arbitrale soltanto nel caso previsto dal primo comma, n. 1). Se è stato pronunciato il lodo, l'azione di responsabilità può essere proposta soltanto dopo l'accoglimento dell'impugnazione con sentenza passata in giudicato e per i motivi per cui l'impugnazione è stata accolta».

La *ratio* della previsione in esame è evitare che l'azione di responsabilità sia un espediente utilizzato per bloccare la procedura arbitrale⁴⁴ dalla parte che abbia avuto il sentore di una pronuncia poco favorevole. Allo stesso modo questa previsione potrebbe impedire di paralizzare la procedura di certificazione nel caso di qualificazione del contratto poco compiacente ad una delle parti.

Ad ogni buon conto, oltre alle due ipotesi summenzionate, che possono trovare esplicitazione anche nel caso della certificazione, un parallelo tra le due forme di responsabilità servirebbe ad imputare al certificatore non ogni possibile errore, ma unicamente l'errore inescusabile ex art. 2, comma 3, della legge n.117/1988. In particolare costituiscono colpa grave:

a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile;

⁴³Sulla responsabilità dei magistrati v., senza pretesa di completezza, P. BRONZO, *Responsabilità civile dei magistrati*, CP, 2014, X, 3213b; S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: gli illeciti, le sanzioni, il procedimento*, Giuffrè, 2013; M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. una vicenda italiana (e non solo)*, *G.Cost.*,2012, V, 3823; D. CAVALLINI, *Magistrati onorari e responsabilità disciplinare : giudice di pace, giudici onorari di tribunale, vice procuratori onorari*, Giuffrè,2009; Aa. V.v., *La responsabilità dei magistrati Atti di congressi*, Jovene, 2008; M. LUPOI, *La responsabilità civile del magistrato: primi bilanci sull'applicazione della l. n. 117/1988*, RCP, 2004, III, 679;

⁴⁴ Cass., 10 settembre 2012, n. 15067, *MGC*, 2012, IX, 1100

- b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento;
- c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento;
- d) l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

Come si è già detto la responsabilità della commissione di certificazione è più facilmente verificabile nel caso di certificazione di un contratto in corso di esecuzione dal momento che il certificatore può verificare le concrete modalità di attuazione del rapporto di lavoro. Ad esempio, una responsabilità della commissione di certificazione potrebbe essere ravvisata nel caso in cui, durante la visita aziendale in cui si apprendono le modalità di esecuzione del contratto, pur ravvisando alcuni elementi che potrebbero indurre a ritenere che si tratti di rapporto subordinato, decidano di pretermetterli nella motivazione del provvedimento e di concludere per una qualificazione diversa. Si ponga il caso in cui il lavoratore, probabilmente nell'ambito di una causa di licenziamento, giusto per rendere realistica l'ipotesi, decida di impugnare la qualificazione del rapporto di lavoro perché asserisce di essere legato al datore di lavoro da un contratto di lavoro subordinato in luogo del contratto atipico certificato e all'esito del procedimento giudiziale emerga che si tratti di subordinazione, il datore di lavoro potrebbe rivalersi sull'ente certificatore che colpevolmente abbia ignorato i germi della subordinazione, emersi in sede di audizione delle parti o durante la visita aziendale. Parimenti, nel caso di certificazione di un contratto d'appalto in cui venga riscontrata un'ipotesi di interposizione fittizia, durante un accertamento della Dtl e l'ispettore – non potendo procedere alla comminazione della relativa sanzione, decida di impugnare la

certificazione – previo esperimento del tentativo di conciliazione presso la commissione che ha emesso il provvedimento, e all’esito del giudizio emerga che si tratti proprio di interposizione fittizia, il committente – perché é l’unico tenuto per le sanzioni che ne conseguono perché reale datore di lavoro – potrebbe citare in giudizio la commissione di certificazione dimostrando che l’organo certificatore aveva i mezzi e gli strumenti per qualificare correttamente il rapporto di lavoro.

Volendosi spingere oltre, nel caso in cui il provvedimento di certificazione sia artatamente confezionato per inibire l’attività ispettiva, che tipo di responsabilità sorge in capo all’organo di certificazione? Posto che si tratterebbe evidentemente di un’ipotesi colorata anche da rilievi penalistici, potrebbero i terzi agire in via extracontrattuale per il risarcimento dei danni provocati dall’effetto inibitorio della certificazione? La risposta parrebbe essere affermativa, posto che ai sensi dell’art. 2043 c.c. la commissione di certificazione possa essere chiamata a rispondere dei danni derivanti ai terzi dall’illecito⁴⁵.

Da quanto appena detto pare evidente che in capo alla commissione di certificazione possano sorgere diversi profili di responsabilità ma occorre circoscriverne la portata a quanto detto *supra* in ordine all’errore inescusabile, diversamente, la certificazione avrebbe avuto solo l’obiettivo di rendere soggetti, diversi dalle parti, responsabili della qualificazione del rapporto di lavoro.⁴⁶

4.2. Decorrenza ed efficacia della certificazione.

Un’importante novità introdotta con la novella del 2010 concerne la possibilità per la certificazione di avere un’efficacia retroattiva. Prima della l. 183/2010 il provvedimento

⁴⁵ Così G. COSTANTINO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., 619.

⁴⁶ *Loc. ult. op. cit.*

di certificazione produceva effetti solo dal momento in cui veniva emanato e fino all'accoglimento di uno dei ricorsi individuati dall'art. 80 della l. Biagi e per i contratti non ancora in essere. Una volta aperto alla certificazione dei contratti in corso, occorreva fissare il *dies a quo* per la produzione degli effetti riconnessi al provvedimento di certificazione. Il legislatore, con il comma 17 dell'art. 31, della suddetta legge ha stabilito che: «Gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro, nel caso di contratti in corso di esecuzione, si producono dal momento di inizio del contratto, ove la commissione abbia appurato che l'attuazione del medesimo é stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede».

Gli effetti retroattivi, quindi, non si producono in maniera automatica ma solo laddove la commissione accerti che le modalità attuative del contratto fossero le medesime anche nel periodo precedente al ricorso alla commissione di certificazione. Si tratta a parere di chi scrive, di una previsione che indebolisce ulteriormente la già flebile credibilità dello strumento certificatorio. Come può la certificazione provvedere a questo accertamento se non dando per buono quanto dichiarato dalle parti? Ha assolutamente senso permettere alla commissione di certificazione di procedere alla qualificazione di contratti in corso, posto che, in realtà, è proprio con i rapporti in esecuzione che è più agevole riscontrare le modalità attuative, ma perplime che il provvedimento di certificazione abbia effetti non solo per l'avvenire. Si assiste all'ennesimo espediente del legislatore per incentivare la procedura certificativa, rendendola nei fatti meno affidabile. Questa previsione, infatti, potrebbe avere esiti alquanto discutibili. Si pensi ad esempio a un provvedimento di certificazione che intervenga nel corso di un accertamento – non ancora concluso della Dtl – in cui,

vengano irrogate sanzioni del tutto legittime, posto che nessun provvedimento di certificazione potrebbe essere opposto. S'immagini che l'atto di certificazione venga emanato in seguito e che copra anche il pregresso rapporto di lavoro. Ne conseguirebbe che i provvedimenti sanzionatori dovrebbero essere bloccati perché affetti da improcedibilità fino all'impugnazione ai sensi dell'art. 80. La certificazione diventerebbe un espediente per inibire l'attività ispettiva già in corso al momento della certificazione. Per impedire di giungere ad approdi illeciti, le commissioni di certificazione dovrebbero non dar seguito a istanze di certificazione là dove vi siano procedure ispettive in corso. La dottrina aveva espresso molti dubbi sulla parestasi che colpisce il potere sanzionatorio delle autorità pubbliche in caso di certificazione per asserita incompatibilità con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione, tutelato dalla costituzione all'art. 97⁴⁷. La questione era stata poi rimessa alla Consulta – pur avendo come oggetto principale la questione di legittimità della legge delega in riferimento all'art. 117 Cost.⁴⁸ – che ne aveva escluso la fondatezza. La pronuncia in parola è stata resa prima dell'intervento del «Collegato Lavoro» e senza che la Consulta avesse modo di confrontarsi con l'efficacia retroattiva della certificazione che potrebbe, stando alla lettera della legge, paralizzare

⁴⁷ L. NOGLER, *La certificazione*, cit., 23; M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, RGL, I, 2003, 381; L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, RIDL, I, §6.

⁴⁸ Corte Costituzionale, 28 gennaio 2005 n.50, *DeG*, 2005, 12, 15 (nota di: TURCO): «Poiché nelle materie riservate alla potestà normativa dello Stato vi è l'«ordinamento civile», spetta alla potestà legislativa statale disciplinare: a) i contratti di lavoro a tempo parziale (a nulla rilevando che tali norme siano dettate anche al fine di promuovere l'occupazione); b) la cosiddetta «certificazione» dei contratti di lavoro; c) la gestione centralizzata della banca dati informatica sullo stato dell'occupazione; d) le nuove norme sul contratto d'inserimento e in generale sui contratti di lavoro; non sono, pertanto, fondate le q.l.c. degli art. 1 e 5 l. n. 30 del 2003, nonché degli art. 15, 16, 17, 54 e ss. d.l.g. n. 276 del 2003». V. anche, al riguardo, S. SCAGLIARINI, *Principi fondamentali in materia di potestà concorrente e delegazione legislativa: una conferma dalla consulta*, *G. Cost.*, I, 2005, 486.

provvedimenti amministrativi legittimi, ma di fatto improcedibili a causa dell'emissione di un provvedimento di certificazione postumo.

In una prospettiva *de jure condendo* dovrebbe prevedersi che la certificazione non manifesti un effetto inibitorio contro sanzioni già irrogate e volendosi spingere oltre, che non sia possibile avviare un procedimento di certificazione nel caso di accertamenti amministrativi in corso. D'altronde la comunicazione dell'avvio della procedura alla Dtl e l'inoltro della stessa a tutte le autorità interessate dal procedimento potrebbe servire anche a conoscere la pendenza di eventuali accertamenti cui dovrebbe seguire, opportunamente, la sospensione della procedura del certificazione.

4.2.1 Efficacia dell'atto di certificazione.

Il tema dell'efficacia della certificazione è probabilmente l'aspetto più controverso dell'istituto della certificazione perché strettamente riconnesso alla tenuta giudiziaria. L'efficacia del provvedimento va poi distinta a seconda dell'ambito cui rileva, posto peraltro che la legge nulla dice in merito, sebbene la rubrica dell'art. 79 lasciasse intendere diversamente. Difatti, l'art. 79, intitolato «efficacia della certificazione» si limita a chiarire unicamente la decorrenza degli effetti anche nel caso di contratti in esecuzione.

La certificazione produce effetti civili, amministrativi, fiscali e previdenziali. Nei prossimi paragrafi si proverà a distinguere tra i diversi effetti della certificazione, qui, invece s'intende analizzare l'efficacia della certificazione nel suo significato più ampio.

La commissione di certificazione compie un'attività di accertamento. Certamente non si tratta di accertamento di natura giudiziale poiché non produce gli effetti che sono riconnessi a tali provvedimenti, primo fra tutti, la forza del giudicato *ex art. 2909 c.c.*

La dottrina lavorista ha sempre riferito di un effetto preclusivo della certificazione di lavoro⁴⁹. L'effetto preclusivo sarebbe la conferma del fatto che la qualificazione del rapporto di lavoro rappresenta un accertamento e questo introduce la necessità di disquisire, brevemente, del concetto di accertamento: un tema classico, sebbene poco indagato, che coinvolge da vicino il mondo del diritto processuale civile ma non solo. Se è vero che il processo rappresenta la sede più «naturale ed elevata»⁵⁰ è altrettanto vero l'accertamento non è una prerogativa giudiziale. L'accertamento è categoria anche del diritto privato e l'accertamento spetta anche ai privati. Si pensi, ad altri istituti, ricondotti nell'alveo dell'accertamento, a torto o a ragione, come l'arbitrato, all'arbitraggio, la perizia contrattuale, al vero e proprio negozio di accertamento⁵¹. Pertanto, non è la promanazione da un soggetto privato, posto peraltro che anche dei soggetti pubblici sono deputati alla certificazione, che impedisce di assegnare un effetto preclusivo in senso tecnico.

L'accertamento⁵² produce – secondo la teoria di Falzea – essenzialmente tre effetti:

- **Efficacia costitutiva** in cui la situazione giuridica stabilita dalla norma diverge in modo netto e giuridicamente apprezzabile dalla situazione giuridica preesistente⁵³;
- **Efficacia dichiarativa** in cui la situazione giuridica, stabilita dalla norma converge nell'essenziale, con la situazione giuridica preesistente⁵⁴;

⁴⁹ V. per tutti, E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro, cit.*, §4.1.

⁵⁰ M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, 2002, Giappichelli, 2.

⁵¹ Si rinvia proprio a M. FORNACIARI, *op.cit.*, 293 ss, per fare definitivamente chiarezza sul riconoscimento di tali categorie nell'istituto dell'accertamento.

⁵² Sulla nozione di accertamento si rinvia a A. FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, 1958, 205

Accertamento, e M. FORNACIARI, *op.cit.*, 75. Entrambi sgombrano il campo dall'equivoco della teoria tradizionale del riconnettere all'efficacia giudica, unicamente un'efficacia trasformativa e innovativa.

⁵³ L'esempio del Falzea è che non può spiegare l'efficacia giuridica una vendita di cosa già di proprietà dell'acquirente.

- **Efficacia preclusiva** in cui la situazione giuridica stabilita dalla norma sorge indipendentemente dalla (conformità o difformità della) situazione giuridica.

La qualificazione del rapporto di lavoro è stata intesa dalla giurisprudenza meno recente quale «azione di accertamento positivo di tale qualità e tende ad una sentenza avente natura dichiarativa e non costitutiva, soggetta al termine prescrizione ordinario decennale *ex art. 2946 c.c.*, che decorre anche in costanza di rapporto dalle parti formalmente qualificato di lavoro autonomo»⁵⁵.

Pronuncia che troverebbe riscontro nelle teorie di un certo filone dottrinale – italiano e tedesco – che riconosce all'accertamento unicamente un'efficacia dichiarativa posto che i fatti di accertamento mirano a determinare la realtà giuridica anteriore e non già a trasformarla e modificarla. Tuttavia, come osserva Falzea, questa affermazione è contraddetta dalla stessa indicazione degli effetti assegnati ai fatti di accertamento, rilevato che, pur ammettendo che la struttura dei fatti di accertamento sia dichiarativa non necessariamente questo è l'effetto giuridico da riconnettervi. Falzea fornisce due esempi che si dimostrano paradigmatici: il primo attiene a una dichiarazione di volontà, ossia a un fatto a struttura chiaramente costitutiva, che produce effetti dichiarativi, quale l'intimazione di pagamento; il secondo riguarda una dichiarazione di scienza, ossia un fatto a struttura tipicamente dichiarativa, che produce effetti costitutivi, quale il riconoscimento del figlio naturale. Se ne conclude che seppure la struttura dei fatti sia dichiarativa, non necessariamente gli effetti ad essi connessi hanno natura dichiarativa. La qual cosa ci porta a dedurre, tornando alla qualificazione, che sebbene

⁵⁴ La ricognizione del rapporto enfiteutico può spiegare gli effetti che il diritto le assegna solo in quanto il rapporto preesista alla realtà giuridica. Ancora una volta il riferimento è di Falzea.

⁵⁵ Cass., 12 febbraio 1985 n.1196, *MGC*. 1985, II.

l'accertamento del tipo negoziale sia una dichiarazione di scienza e non di volontà⁵⁶, produce effetti costitutivi. La struttura dei fatti è dichiarativa ma ha come effetto l'instaurazione del rapporto di lavoro, per usare il linguaggio di Falzea. Infatti, l'accertamento ha propriamente lo scopo «di superare, mediante una vincolativa determinazione della realtà giuridica, l'ostacolo frapposto alla realizzazione dei valori giuridici, dall'esistenza di una contestazione, di un conflitto di apprezzamenti, da parte dei soggetti implicati in codesti valori». La determinazione della realtà postula un'attività spirituale diretta a stabilire l'effettivo contenuto della situazione giuridica: un'attività dichiarativa. Or dunque, nel caso della certificazione del contratto di lavoro cui le parti daranno corso, si può dire che l'accertamento della commissione di certificazione abbia natura meramente dichiarativa, in quanto si limita a stabilire l'effettivo contenuto della situazione giuridica. Nel caso in cui l'organo certificatore intenda qualificare il contratto di lavoro in termini diversi da quelli espressi dalle parti, non si limita ad accertare una situazione giuridica divergente da quella che emerge dal programma negoziale sottoscritto dalle parti ma all'atto della qualificazione segue l'ulteriore effetto di modificare la realtà preesistente, al pari di quanto fa il giudicante. Nel caso in cui venga accertata una qualificazione del rapporto diversa – indipendentemente dal fatto che si tratti di una sede giurisdizionale – viene a **costituirsì** un rapporto di lavoro. Proprio quest'ultima conclusione segna un punto di rottura con Falzea, il quale afferma che il rapporto di lavoro è preesistente all'attività di accertamento e quindi l'attività compiuta dal giudice o dal *certifier* si sostanzia in una mera «specificazione». Quel che esiste è un generico obbligo alla prestazione, posto che è la precisa individuazione delle modalità pratiche di svolgimento del rapporto di

⁵⁶ Conclusione negata da M. FORNACIARI, *op.cit.*, 157, secondo cui, essendo l'accertamento slegato dalla verifica della verità storica non si concluderebbe mai in una dichiarazione di scienza ma di volontà.

lavoro, «obbligo che sorge appunto solo dopo che le istruzioni vengano impartite o le circostanze si presentino. In relazione a tale obbligo, i fatti in questione ricoprono un ruolo in tutto e per tutto costitutivo»⁵⁷.

Orbene la qualificazione operata dalla commissione di certificazione ha anch'essa effetto costitutivo o ha effetto preclusivo, ammesso che una differenza dogmatica esista?

Secondo Falzea, l'accertamento non ha un effetto né *tout court* costitutivo né meramente dichiarativo. Mentre nel primo caso si realizza un'innovazione della situazione giuridica preesistente, mentre il secondo determina la conservazione dello *status quo*, l'effetto preclusivo è ambivalente perché prescinde dalle situazioni pregresse e da ogni atteggiamento di conformità ovvero discontinuità. Tuttavia, come nota Fornaciari, prescindere dalle situazioni pregresse significa instaurare un meccanismo di produzione di effetto giuridico a titolo originario che non è nulla di diverso, in sostanza, dall'effetto costitutivo. Per questa ragione – sempre secondo Fornaciari – parlare di effetto preclusivo non significa individuare un effetto ulteriore rispetto alla dicotomia effetto dichiarativo/costitutivo.

L'effetto preclusivo deve essere inteso nel senso della «preclusione di qualsiasi indagine sulla situazione giuridica antecedente al fatto di accertamento e pertanto la irrilevanza di ogni contestazione relativa al contenuto della situazione giuridica accertata sulla base della sua validità storico-giuridica [...] dopo il fatto di accertamento ogni ulteriore contestazione non tanto è vietata quanto è resa irrilevante».

⁵⁷*Ibidem*, 256.

Orbene, non parrebbe che la certificazione dispieghi questo effetto, posto che questo istituto costituisce «una forma che ha la capacità di munire il contratto stesso, anche di fronte ai terzi, di stabilità del tipo»⁵⁸.

La caducazione degli effetti della certificazione innanzi all'accertamento giudiziale sembra in contrasto con quanto intendeva Falzea per effetto preclusivo. Probabilmente perché si tratta dell'effetto preclusivo degli atti di certazione, quale categoria del diritto amministrativo⁵⁹: «effetto preclusivo» nella misura in cui si «preclude» (inibisce) agli enti ispettivi e alle parti di far valere diritti diversi da quelli consequenziali alla qualificazione del rapporto di lavoro realizzata dall'organo certificatore senza impugnare vittoriosamente il provvedimento di certificazione. Ovvero di effetto preclusivo provvisorio⁶⁰, diversamente dall'effetto preclusivo definitivo, previsto per la certificazione nel modello tedesco della *Statusfestellungsverfahren*⁶¹.

La commissione di certificazione effettua un'attività di accertamento che non essendo giudiziale non è suscettibile di divenire incontrovertibile ma si tratta di qualcosa di diverso della semplice assegnazione del *nomen juris* effettuata dalle parti. L'istituzionalità della sede e le competenze tecniche dell'organo di certificazione inibisce le iniziative/pretese di senso contrario vuoi delle parti vuoi degli enti ispettivi.

Si è osservato che la certificazione non produce effetti nei confronti delle parti, che sono invece, vincolate dal contratto, ma solo rispetto ai terzi⁶². Sul punto occorre intendersi.

La certificazione produce effetti anche per le parti. La qual cosa è confortata anche solo dal dato letterale dell'art. 79 che asserisce «gli effetti dell'accertamento dell'organo

⁵⁸L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., §6.

⁵⁹M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 484-485. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2000, 322 ss.

⁶⁰E. GHERA, *La certificazione*, cit., 294.

⁶¹ Sul tema L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 237 ss.

⁶² E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 290. V. contra M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, RIDL, III, 2007.

preposto alla certificazione del contratto di lavoro permangono, **anche** verso i terzi» oltre dalla ratio della norma. Sarebbe difficile comprendere per quale ragione i terzi, ovverosia, le autorità amministrative non possano emettere provvedimenti contrari alla certificazione ed invece questa facoltà sia concessa alle parti. E' tuttavia vero che le parti sono già vincolate dal contratto e che avendo forza legale tra le parti, comporta, inevitabilmente che la sottrazione dagli obblighi da esso scaturenti ovvero la pretesa di diritti non consequenziali, debba essere supportata dall'impugnazione del contratto. Se così fosse, allora, le parti non sarebbero onerate al tentativo obbligatorio innanzi alla commissione di certificazione e invece così non è. Le parti sono onerate ad impugnare il provvedimento di certificazione – previo esperimento dell'obbligatorio tentativo di conciliazione – allorché decidano di contestare la qualificazione ivi operata. Qualora, ad esempio, il lavoratore intenda chiedere le differenze retributive e contributive derivanti dall'accertamento di un rapporto di lavoro subordinato deve impugnare la certificazione.

La forza della certificazione si dispiega più che nel paralizzare le iniziative delle parti, quanto nel fatto che la certificazione sia resistente anche ad accertamenti amministrativi di segno opposto e destinata a cedere il passo solo a fronte di un accertamento vincolante dell'autorità giudiziaria, preclusivo di ulteriori valutazioni, per dirla alla Falzea.

4.2.2. L'efficacia della certificazione nei confronti dei terzi: quale provvedimento è in grado di rimuovere l'effetto preclusivo della certificazione? La sentenza di merito e gli atti equivalenti.

La certificazione ha effetto inibitorio anche verso i terzi. Si tratta dell'aspetto promozionale più interessante del provvedimento di certificazione. Le autorità

amministrative non possono irrogare sanzioni fino a che l'atto di certificazione sia pienamente efficace. Si tratta di una sorta di *stand-by*⁶³ peraltro controbilanciato dalla possibilità di ottenere dei provvedimenti cautelari di cui si parlerà *infra*. Qualcuno in dottrina ha sostenuto che le sanzioni possono essere comminate ma non sono esecutive. Tuttavia la lettera della norma pare essere chiaramente indirizzata all'improcedibilità dell'emissione della sanzione, non di una sospensione della sua efficacia, come peraltro conferma la Circolare del 2005 Inps di cui diremo *infra*.

Lo stesso art. 79 fa riferimento alla sentenza di merito quale strumento per rimuovere l'effetto inibitorio della certificazione. Occorre preliminarmente accertare se il riferimento sia al passaggio in giudicato della sentenza di merito. Si può partire dal dato testuale: non si fa riferimento ad un accertamento definitivo ossia al passaggio in giudicato della sentenza. Ne conseguirebbe che la certificazione, quale accertamento, cede il passo a un accertamento di natura giudiziale vincolante per le parti, ispirato al principio dello *iura novit curia*.

In seconda battuta è importante intendersi sull'atto che contiene l'accertamento della qualificazione del contratto idoneo a sostituire quella operata dall'organo certificatore.

La norma, come ricordato, fa riferimento espressamente alla sentenza di merito ma non lascia intendere che si tratti dell'unico atto a ciò deputato, per cui si potrebbe legittimamente pensare che anche altri provvedimenti giudiziali possano produrre i medesimi effetti.

Perché il riferimento alla sentenza di merito deve essere inteso, a parere di chi scrive, nei termini di un provvedimento idoneo a passare in giudicato, non rilevando all'uopo se la cognizione che lo caratterizza sia piena o sommaria.

⁶³ L'espressione è di L. DE ANGELIS, *ult. op.cit.*

Diventa quindi opportuno provare – seppur brevemente – a chiarire a quali tipi di atto a cognizione sommaria facciamo riferimenti. Per prima cosa occorre discernere tra la cognizione sommaria perché superficiale dalla cognizione sommaria perché parziale.

Nel primo caso, la cognizione sommaria superficiale si caratterizza per l'alto tasso di discrezionalità riconosciuto al giudice nel guidare lo svolgimento del processo⁶⁴. Basti pensare al procedimento a cognizione sommaria di cui all'art. 702 *ter* c.p.c. : se non provvede ai sensi dei commi precedenti, alla prima udienza il giudice, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande. Ma non solo: all'art. 703 c.p.c. che ha reso definitivamente facoltativa l'instaurazione della fase a cognizione piena dopo la pronuncia dell'interdetto possessorio; l'art. 624, comma 3°, c.p.c. che dopo la pronuncia a cognizione sommaria dell'ordinanza di sospensione del processo esecutivo consente di esaurire il giudizio di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi, con estinzione del pignoramento, se tutte le parti vi consentono⁶⁵; l'art. 512 c.p.c. secondo cui le controversie distributive sono decise con ordinanza «sentite le parti e compiuti i necessari accertamenti», e non più con sentenza idonea al giudicato all'esito di un giudizio ordinario⁶⁶; l'art. 669-*octies*, comma 6°, c.p.c. – rispetto al quale si renderà necessario operare ulteriori valutazioni in merito all'idoneità a rimuovere gli effetti del provvedimento di certificazione – che è imperniato sulla possibilità del giudice di «omettere ogni formalità non essenziale al contraddittorio» e che all'art. 669

⁶⁴ G. CHIOVENDA, *Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 122.

⁶⁵ S. MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento nella necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, *RDC.*, 2006, 869.

⁶⁶ A. GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, *RTDPC*, I, 2009, 137.

sexies espressamente facoltizza a procedere «nel modo che ritiene più *opportuno* agli atti di istruzione», ricordato, inoltre, che in materia cautelare è stato allentato il vincolo di strumentalità necessaria, rendendo facoltativa l'instaurazione del giudizio di merito, rispetto «ai provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 e agli altri provvedimenti idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito», con potenzialità espansive ovviamente enormi, giacché per effetto di questa disposizione tutti i provvedimenti cautelari a carattere anticipatorio (presenti e futuri)⁶⁷, benché emessi a cognizione sommaria, sono virtualmente in grado di offrire una regolamentazione stabile del rapporto controverso⁶⁸; il nuovo rito per i licenziamenti⁶⁹, introdotto con la l. 92/2012 (c.d. Riforma Fornero) ormai quasi univocamente riconosciuto come a cognizione sommaria e rispetto al quale – così come per i procedimenti cautelari, anche se per ragioni diverse – occorrerà chiedersi se sia idoneo a inibire gli effetti dell'atto di certificazione. Ciò che accomuna i diversi schemi procedimentali nei quali esse s'incardinano è l'ampia se non addirittura totale discrezionalità del giudice nel determinare l'*iter* procedurale da seguire⁷⁰.

Non si tratta, tuttavia, dell'unica tipologia di cognizione sommaria che conosciamo.

Talvolta, il giudice è impossibilitato ad avere una conoscenza piena della controversia

⁶⁷È controverso in dottrina se il vincolo di strumentalità necessaria sia stato allentato anche con riguardo ai provvedimenti d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. privi del carattere dell'anticipatorietà; in senso tendenzialmente affermativo D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in *Sulla riforma del processo civile*, in *Atti dell'incontro di studio* (Ravenna, 19 maggio 2006), Bologna, 2007, 72; per la negativa invece P. BIAVATI, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, *RTDPC*, 2006, 565.

⁶⁸A titolo esemplificativo possono essere richiamate le misure cautelari anticipatorie previste dagli artt. 37 e 40 d.lgs. n. 206 del 2005 (c. cons.) in materia di azioni collettive a tutela dei consumatori; dall'art. 44 d.lgs. n. 286 del 1998 in materia di discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (oggi applicabile anche alle discriminazioni indirette e alle molestie per via dei d.lgs. nn. 215 e 216 del 2003); dall'art. 131 d.lgs. n. 35 del 2006 (c.p.i.) in tema di inibitoria della violazione della proprietà industriale; dall'art. 152, commi 5° e 6°, d.lgs. n. 196 del 2003 (c. privacy), relativo all'inibitoria contro i provvedimenti resi dal Garante.

⁶⁹Sul rito Fornero, rispetto al quale compiere una ricognizione dei commenti è ormai pressoché impossibile ma si v. nt. 83, si precisa unicamente che il JOBS ACT ha escluso l'applicazione del rito Fornero per i neo assunti.

⁷⁰A. GRAZIOSI, *op.cit.*, §2.

ed è chiamato a rendere il suo provvedimento sulla base di quanto allegato da una sola delle parti. Si tratta dei provvedimenti concessi *inaudita altera parte*: ad esempio naturalmente il procedimento monitorio di cui agli art. 633 ss. c.p.c., tanto nella sua forma pura che in quella c.d. documentale⁷¹, facente parte, nella terminologia di Chiovenda, degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva, in quanto caratterizzati, dal punto di vista funzionale, dall'esigenza di far conseguire al creditore più rapidamente possibile un titolo esecutivo che consenta di avviare l'esecuzione forzata⁷². La sommarietà della cognizione, in tal caso, non dipende dal *modus procedendi* del giudice ma è esaustivamente disciplinata dalla legge, lasciando poco spazio alla discrezionalità del giudice, tanto in relazione all'*iter* procedurale (artt. 637-644) che al giudizio sul fondamento della domanda (artt. 633-636): «ciò che però determina lo stesso la sommarietà della cognizione è che il giudice, quando decide, non è a conoscenza delle difese del controinteressato»⁷³.

Ai nostri fini giova precisare che il procedimento monitorio, per le sue intrinseche qualità soggettive od oggettive o per la particolare affidabilità delle prove documentali utilizzate per dimostrarne l'esistenza, è idoneo nel caso di mancata opposizione a passare in giudicato. Se è vero che il processo è introdotto con un'intimazione ad adempiere pronunciata dal giudice *inaudita altera parte*, è altrettanto vero che non sussiste alcuna lesione del contraddittorio tra le parti⁷⁴, posto che si è in presenza di un contraddittorio differito e lasciato all'iniziativa del debitore, il quale, se lo vuole, può

⁷¹ Secondo la tradizionale distinzione risalente a CALAMANDREI (*Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Giuffrè, 1926, 9 ss.), il procedimento monitorio è documentale quando l'ingiunzione si fonda su fatti documentalmente provati dal ricorrente (es. art. 633, comma 1°, n. 1, c.p.c.), è puro quando l'ingiunzione si fonda sulla mera affermazione dei fatti costitutivi del credito da parte dell'attore (es. art. 633, comma 1°, nn. 2 e 3, c.p.c.).

⁷² C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, 2012, Giappichelli, 8.

⁷³ A. GRAZIOSI, *op.cit.*, §2.

⁷⁴ Sulla compatibilità del contraddittorio differito con i principi costituzionali, v. R. CONTE, *Il procedimento ingiuntivo tra diritto di difesa e principio di uguaglianza*, RDP, 1993, 1200 ss.

promuovere in un termine perentorio un giudizio a cognizione piena nel cui ambito può chiedere la revoca del provvedimento monitorio⁷⁵, che altrimenti diverrà definitivo⁷⁶.

Orbene, tracciati brevemente i tratti dei procedimenti a cognizione sommaria è possibile vagliarne, uno per uno, l'idoneità ex art. 79 d.lgs. 276/2003.

Il decreto ingiuntivo non opposto è idoneo a passare in giudicato e di conseguenza non vi sono ragioni per non ammettere che possa validamente porre nel nulla gli effetti della certificazione⁷⁷. Certamente occorre chiedersi come sia possibile, ad esempio, per il lavoratore far valere il proprio credito asserendo un rapporto di lavoro subordinato, laddove il contratto sottoscritto sia sussumibile in un rapporto atipico. In altri la difficoltà parrebbe nell'integrazione del requisito della prova scritta ex art. 634 c.p.c. ma non vi sono ragioni di ordine sistematico per escludere il ricorso al procedimento monitorio.

Rispetto ai procedimenti cautelari è necessario un ulteriore distinguo tra provvedimenti anticipatori in senso stretto – che si caratterizzano per l'anticipazione degli effetti della sentenza definitiva e per l'effetto pienamente efficaci anche dopo l'estinzione del processo (c.d. strumentalità attenuata) – e anticipatori in senso ampio, nella misura hanno una portata per così dire interinale ossia l'anticipazione degli effetti propri del

⁷⁵ «Questa tecnica mira ad evitare lo svolgimento del giudizio a cognizione piena (processualmente complesso e quindi molto dispendioso in termini di risorse giudiziarie) in tutti i casi in cui l'obbligato non abbia serie contestazioni da muovere alle domande giudiziali promosse nei suoi confronti. Per conseguire questo risultato si sposta sull'unico soggetto che sa se e quali eccezioni sono opponibili ad una determinata pretesa, l'onere di instaurare il contraddittorio. Il vantaggio perciò non è solo endoprocessuale, ma prevalentemente di sistema, poiché, se da un lato il titolare del diritto fatto valere potrebbe ricevere la tutela giurisdizionale in tempi molto rapidi, dall'altro l'apparato giudiziario, nel suo complesso, dovrebbe risultare sgravato di tutte o di buona parte delle azioni pacificamente fondate». A. GRAZIOSI, *op.cit.*, §2.

⁷⁶ Si tratta ormai di una conclusione pacifica. V. da ultimo. Cass. 28 agosto 2009, n. 18971, *MGC*, 2009, IX, 1268: «Il decreto ingiuntivo non opposto acquista efficacia di giudicato tanto in ordine all'oggetto che ai soggetti del rapporto giuridico; impedendo che lo stesso possa essere nuovamente posto in discussione in altro successivo giudizio, l'efficacia di detto giudicato si estende agli accertamenti che costituiscono i necessari e inscindibili antecedenti o presupposti logico-giuridici della pronunzia d'ingiunzione».

⁷⁷ L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., §6. v. contra G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione*, cit., 617.

provvedimento di cui vuole assicurare la fruttuosità e che al momento della pronuncia da luogo alla caducazione del provvedimento (c.d. strumentalità piena). Ai nostri fini, ciò che conta è che il provvedimento sia idoneo a passare in giudicato. Ne consegue l'inidoneità dei procedimenti cautelari a strumentalità forte, quali i sequestri. Questa tipologia di provvedimenti cautelari, sebbene non utilizzabili per rimuovere gli effetti della certificazione, possono essere concessi in attesa del procedimento di accertamento della qualificazione del contratto per evitare che venga compromessa la successiva fruttuosità del provvedimento esecutivo per i diritti vantati (es. differenze retributive ovvero per garantire il pagamento delle sanzioni ispettive). Pienamente, arruolabile, da questo punto di vista il procedimento cautelare atipico (art. 700 c.p.c.) rispetto al quale, si pongono problemi di altro genere. Per prima cosa: la compatibilità dell'accertamento della natura del rapporto di lavoro con la sommarietà del procedimento cautelare innominato. La qualificazione del rapporto di lavoro richiede un'istruttoria complessa e questo porterebbe ad escluderne la ricorribilità⁷⁸. Vi è poi una seconda obiezione che segue all'analisi della natura dell'accertamento giudiziale della qualificazione del rapporto di lavoro. Si è appurato in quella sede che si tratta di un accertamento avente natura costitutiva. Da sempre si discute dell'utilizzabilità del procedimento d'urgenza nel caso di azioni costitutive⁷⁹. Le contestazioni risiederebbero nella considerazione per cui la tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. **dovrebbe ritenersi ammissibile solo in presenza di diritti perfetti preesistenti alla stessa pronuncia** richiesta al Giudice:

⁷⁸Tribunale Alcamo sez. lav., 5 luglio 2007, Il merito 2007, N. spec. 4, 20: «Una domanda cautelare avente ad oggetto crediti di lavoro dovuti sulla scorta di un rapporto lavorativo la cui qualificazione giuridica è controversa non può essere accolta in quanto, l'accertamento della corretta natura del rapporto lavorativo presuppone un'approfondita attività istruttoria che mal si concilia con la natura della tutela invocata con la procedura cautelare».

⁷⁹ In senso negativo, v. per tutti, S.SATTA, *Limiti di applicazione del provvedimento di urgenza*, FI, 1952, I, 132, il quale sostiene che le obbligazioni non sono suscettibili di pregiudizio irreparabile se non in linea di fatto, mentre la costituzione provvisoria di un diritto appare inconcepibile e contraddittoria. V. contra C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, 2014, 362-363.

«pertanto, le sentenze costitutive non sono suscettibili di tutela urgente, proprio perché si eserciterebbe una funzione strutturalmente anticipatoria che produrrebbe subito quella stessa costituzione del rapporto giuridico che dovrebbe essere presumibilmente introdotto con la sentenza costitutiva, laddove il disposto dell'art. 700 c.p.c. presuppone l'attualità del diritto cautelando»⁸⁰.

Nel caso della qualificazione del contratto di lavoro, come ricordato *supra*, la sentenza ha natura costitutiva perché il rapporto e i conseguenti diritti non preesistono alla cristallizzazione del tipo contrattuale. In altri termini non si tratta di specificare gli obblighi di un rapporto di lavoro ma di instaurare un rapporto di lavoro che viene ad esistenza con l'operazione qualificatoria operata dal giudice.

I termini della questione, volendo semplificare, si riconducono alla storica incompatibilità tra pronunce costitutive e procedimento di urgenza, che tuttavia, merita un'ulteriore specificazione. La giurisprudenza è orientata, pressoché unanimemente, nel senso di riconoscere la possibilità della tutela d'urgenza dei diritti potestativi che si attuano con azione costitutiva necessaria e per le utilità consequenziali alla pronuncia costitutiva, mentre per le azioni costitutive non necessarie sembra prevalere la tesi dell'inammissibilità⁸¹. La qual cosa significa che il provvedimento d'urgenza è ammesso solo per far valere diritti consequenziali all'esercizio di un diritto potestativo ad attuazione stragiudiziale. Nel caso della qualificazione, esemplificando, le differenze retributive non possono essere inquadrate nell'alveo dei diritti consequenziali all'esercizio di un diritto potestativo, posto che è prodromico l'accertamento della natura del rapporto di lavoro cui derivano tali diritti. Sembrerebbe, quindi, che sia da escludere il ricorso all'art. 700 c.p.c.

⁸⁰ Trib. Bari sez. lav. 09 giugno 2008, *dejure*.

⁸¹ V. sul tema A.PANZAROLA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *I procedimenti cautelari*, a cura di A. CARRATTA, Zanichelli, 2013, 872.

4.3. L'ordinanza del Rito Fornero.

La legge 92/12 ha introdotto un rito speciale in tema di licenziamenti. Si tratterebbe di «un rito particolarmente snello, che prevede l'eliminazione delle formalità non essenziali all'instaurazione di un pieno contraddittorio»⁸² creato, quindi, con l'obiettivo di ottenere una tutela rapida ed efficace in materia dei licenziamenti⁸³.

L'ambito di applicazione del rito in esame, individuato dall'art.1 comma 47 della suddetta legge, è circoscritto alle sole ipotesi di impugnazione dei licenziamenti disciplinate dall'art. 18 St.Lav

Orbene, qualora la riqualificazione del rapporto di lavoro s'inserisca nell'ambito di un licenziamento ex art. 18 st. lav, è possibile ricorrere al procedimento sommario di cognizione introdotto dal rito Fornero? Non si tratta di un'ipotesi peregrina, posto che la contestazione della qualificazione del rapporto di lavoro segue di norma le vicende patologiche dello stesso rapporto e rilevato che la giurisprudenza è quasi unanimemente orientata per l'obbligatorietà del rito Fornero⁸⁴. In questo caso occorre distinguere l'ipotesi in cui la vertenza concerne il tipo contrattuale ovvero se attenga all'interposizione fittizia.

L'utilizzabilità del Rito Fornero per la prima ipotesi è pacificamente ammessa dalla lettera della norma: l'art. 1 comma 47 della l. 92/12 stabilisce che: «Le disposizioni dei

⁸² Relazione illustrativa del governo, disponibile in www.senato.it

⁸³ Sul rito Fornero, si veda senza alcuna pretesa di esaustività, BENASSI G., *La riforma del mercato del lavoro: modifiche processuali*, LG, 749 ss; A.BOLLANI, Il rito speciale in materia di licenziamenti, in M.MAGNANI- M.TIRABOSCHI (a cura di) *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, 314 ss; BORGHESI D., *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, F. CARINCI – M.MISCIONE (a cura di) *in Commentario alla Riforma Fornero* (Legge n.92/2012 e Legge n.134/2012), 14 ss; D. DALFINO, *Il nuovo procedimento di impugnazione nel d.d.lfornero*, GP, III, 2012; L. DE ANGELIS, *Licenziamenti, Riforma Fornero e tormento del processo*, in <http://csdle.lex.unict.it>; ID., *Art.18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, cit.; G.TREGLIA, *Brevi note sul nuovo processo per i licenziamenti introdotto dalla riforma del lavoro*, LG, 763 ss; A.VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, 72 ss.

⁸⁴ Si è espressa in termini di non obbligatorietà del rito il solo T. Firenze, LG, 2012, 18.

commi da 48 a 68 si applicano alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, **anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro**». Non sembrano, quindi, esserci degli impedimenti se si tratta di contestare la qualificazione del rapporto di lavoro operata dalla commissione di certificazione, posto che non s'incide sul *petitum* della domanda ma semmai sulla *causa petendi*.

Una risposta affermativa per la seconda ipotesi, invece, merita un ulteriore approfondimento perché non è così automatico, come parrebbe, invece, il caso di riconduzione della fattispecie contrattuale al tipo legale.

Orbene, affinché la domanda di costituzione del rapporto di lavoro in esame sia dichiarata ammissibile nel rito Fornero sembrerebbero, sulla carta, percorribili due strade: potrebbe sostenersi che la domanda *de qua* sia basata sull'identico fatto costitutivo del licenziamento – posto che il e poi, al comma 48 del medesimo articolo «Con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo, **salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi**»– ovvero che si tratti di questione relativa alla qualificazione del rapporto di lavoro. Per quanto attiene la prima via è da escludere che la costituzione del rapporto di lavoro possa basarsi sull'identico fatto costitutivo posto a base del licenziamento, necessitando – l'accertamento dell'interposizione fittizia – di ben altra allegazione. Per quanto concerne, invece, la seconda strada, secondo una recente ordinanza del Tribunale di Milano, l'art. 1 comma 47 l. Fornero presuppone l'identità del rapporto di lavoro dedotto in giudizio con quello per cui si chiede la tutela reintegratoria ai sensi dell'art. 18 St.Lav., «con conseguente esclusione di diversi e ulteriori rapporto di lavoro con

soggetti terzi rispetto al formale datore di lavoro»⁸⁵. In altri termini l'azione costitutiva conseguente all'imputazione del rapporto di lavoro al datore di lavoro effettivo esorbiterebbe dalle mere problematiche relative alla qualificazione del rapporto di lavoro, necessitando, peraltro, di un'istruttoria che bene non si confà alla natura sommaria della cognizione del rito Fornero⁸⁶. L'esclusione della domanda deriverebbe poi anche dal fatto che, dimostrata l'interposizione fittizia, al datore di lavoro effettivo non si potrebbe ordinare la reintegra «ma al più il ripristino del rapporto di lavoro ancora in corso perché mai risolto, proprio perché non si tratterebbe d'impugnativa di licenziamento in senso proprio»⁸⁷. Da segnalare, peraltro, che l'ordinanza del Tribunale di Milano, in merito alla sorte della domanda che esorbiti l'ambito di applicazione del Rito Fornero, ha sancito l'inammissibilità del ricorso, escludendo però l'intervento della decadenza *ex art. 32* della l.183/2010 argomentando che – ai fini della tempestività – rilevi la data del deposito del ricorso, indipendentemente dalla correttezza del rito prescelto, trattandosi di questione di natura endoprocedimentale⁸⁸. Soluzione questa che non incontra la condivisione della dottrina⁸⁹ e a dire il vero disattesa anche in molte altre pronunce giurisprudenziali⁹⁰ in cui si è optato per la separazione delle domande, affidando ciascuna al proprio rito sulla scorta di quanto previsto dall'art. 4 d.lgs. 150/2011.

In buona sostanza occorre comprendere se la locuzione «questione relativa alla qualificazione del rapporto di lavoro» si riferisca unicamente al tipo di rapporto di lavoro, ossia alla natura autonoma o subordinata, vuoi a tempo determinato vuoi

⁸⁵ T. Milano, 23 ottobre 2012, *MGL*, 2013, IV, 252 ss.

⁸⁶ Id., 15 marzo 2013, n. 637*dejure*,

⁸⁷ T. Roma, 31 ottobre 2012, *MGL.*, 2013, IV, 251

⁸⁸ T. Milano, 23 ottobre 2012, *cit.*

⁸⁹ P. POZZAGLIA, *L'accertamento di un rapporto di lavoro con un soggetto diverso dal formale datore di lavoro esula dal nuovo rito del lavoro*, *MGL*, 2013, IV,253.

⁹⁰ T. Napoli 26 ottobre 2013 e Trib. Lecce 21 novembre 2012, entrambe in *MGL*, 2013, 81ss. Nello stesso senso T. Firenze, *cit.*, 18.

indeterminato⁹¹ ovvero se, invece, attenga anche a profili soggettivi quali l'individuazione di un datore di lavoro effettivo diverso da quello formale⁹². In questo secondo senso, la Corte d'appello di Milano rileva che non rappresentano ragioni ostative a fini dell'applicazione della l. 92/2012 né la natura costitutiva dell'azione *ex art. 27 l. Biagi* né la qualificazione sotto il profilo soggettivo del rapporto di lavoro. La stessa ha poi evidenziando come tale interpretazione sia maggiormente in linea con la *ratio* della riforma ovverosia con la riduzione dei tempi del processo del lavoro in tema di licenziamento⁹³. Escludere la domanda di accertamento dell'effettivo datore di lavoro dal rito Fornero significherebbe ingenerare una proliferazione di domande che ineriscono alla medesima questione. Il lavoratore, infatti, dovrebbe proporre ricorso avverso il licenziamento ai sensi dell'art. 1 comma 47 e proporre contestualmente domanda di costituzione del rapporto di lavoro in capo al committente. Domanda, quest'ultima, che verrebbe separata ai sensi dell'art. 4 d.lgs. 150/2011 e che seguirebbe il rito ordinario. Le due azioni, tuttavia, non potrebbero proseguire in parallelo in quanto l'accertamento del rapporto formale in capo a un soggetto diverso da colui che ha intimato il licenziamento rappresenta un antecedente logico necessario ai fini della dichiarazione di inefficacia del licenziamento. Di conseguenza il rito Fornero subirebbe un arresto – si verserebbe in un'ipotesi di sospensione necessaria ai sensi dell'art. 295 c.p.c. – in attesa di definizione dell'accertamento dell'interposizione fittizia, con buona pace delle ragioni di accelerazione del processo in materia di licenziamento. Ragion per cui, sembrerebbe preferibile la soluzione che ammette la proposizione mediante il rito Fornero della domanda di accertamento di un rapporto di lavoro con un soggetto terzo rispetto al formale datore di lavoro.

⁹¹ T. Roma, 31 ottobre 2012, *ult. cit.*

⁹² A. Milano, 25 maggio 2013, *ult. cit.*

⁹³ *Ibidem.*

4.4. Efficacia della certificazione contro i provvedimenti ispettivi.

La certificazione ha il compito di impedire agli enti ispettivi di esercitare il loro potere di autotutela⁹⁴. Dal punto di vista pratico in cosa si sostanzia questa inibizione? Per quanto attiene le ispezioni della Dtl, la direttiva Sacconi ha fornito qualche indicazione in merito al solo ordine di esecuzione delle verifiche. Non è chiaro quale patologia affligga i provvedimenti fiscali, contributivi e previdenziali. In altri termini, le sanzioni non possono essere emesse? Sono emanate ma non sono esecutive fino ad impugnazione della certificazione? Se sono emanate e basta l'esibizione della certificazione a far scattare l'onere di impugnare la certificazione per l'ente o tale onere sorge nella fase di impugnazione della sanzione avviata dal datore di lavoro?

Secondo parte della dottrina, l'atto amministrativo è esecutivo ma il suo destinatario può proporre opposizione secondo le norme del rito del lavoro⁹⁵. E ciò vale sia che si tratti di omissione contributiva, retributiva o fiscale. Per taluna dottrina l'effetto inibitorio opera solo sul piano dell'esecutorietà e non sul piano sostanziale⁹⁶, per talora, invece, i relativi rapporti, pena la nullità degli atti seguenti non potranno essere presupposto della notifica di addebito dei crediti contributivi, fiscali o previdenziali⁹⁷. Gli enti non potrebbero iscriverne a ruolo il credito confidando nella mancata

⁹⁴ *Contra* M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 436; diversamente da quanto lo stesso aveva sostenuto in *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, RGL, I, 2003. G.COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 451-452.

⁹⁵ M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., 600. *Contra* L. NOGLER, *Il nuovo istituto*, cit., 117 e *La certificazione dei contratti di lavoro*, 219; V.SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 284; DE ANGELIS, *Le certificazioni*, cit., §6.

⁹⁶ P. CAPURSO, *Sull'efficacia legale della certificazione nel rapporto contributivo*, RDSS, 2005, 335ss.

⁹⁷ Così, oltre agli autori citati nella nota precedente: G. DONDI, *Procedure di certificazione*, cit., §5; M. CINELLI-C.A. NICOLINI, *Il DPEF per gli anni 2004-2007; la previdenza nel decreto di attuazione della legge Biagi*, RIDL, 2003, III, 183; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 137, il quale asserisce che la nullità resterà ferma anche in caso di successivo stravolgimento giudiziale della certificazione *ab origine*.

opposizione⁹⁸ posto che nell'eventuale giudizio di esposizione si esporrebbero alla condanna alle spese⁹⁹, senza considerare l'aggiramento dell'obbligatorio tentativo di conciliazione¹⁰⁰.

Quanto detto parrebbe trovare conferma nella circolare Inps n.71 del 1 giugno 2005, che al punto 3.3. fornisce alcuni indirizzi operativi nel caso in cui, nel corso della normale attività di vigilanza si accerti, per un rapporto di lavoro certificato, una discordanza fra il programma negoziale certificato e quello concretamente rilevato in sede di visita ispettiva: «In questo caso, considerata la previsione dell'art. 80 illustrata al punto precedente, il funzionario di vigilanza, qualora dalla discordanza accertata discendano addebiti contributivi, procederà, fermi restando gli altri aspetti della verifica che formeranno oggetto del verbale conclusivo, alla notifica di un distinto verbale ispettivo contenente unicamente gli elementi a sostegno delle ragioni dell'Istituto e la quantificazione, ai soli fini cautelari, delle somme ritenute dovute. Successivamente, gli Uffici procederanno ad esperire il tentativo di conciliazione presso le Commissioni di certificazione, all'esito del quale gli stessi Uffici assumeranno i conseguenti provvedimenti, quali la ridefinizione o l'annullamento dell'addebito, ovvero la trasmissione degli atti all'Avvocatura di Sede per attivare il giudizio dinanzi al Giudice del Lavoro».

Da segnalare la pronuncia del Tribunale di Milano¹⁰¹ che ha riconosciuto l'efficacia della certificazione del contratto di appalto, nel caso in cui l'Inps, invece di dar seguito alle disposizioni operative della circolare, abbia provveduto a notificare una cartella di

⁹⁸ *Contra* G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 451. A. TURSI, *op.cit.*, 42.

⁹⁹ G. DONDI, *op.cit.*, 117.

¹⁰⁰ Così G. COSTANTINO, *ult.op.cit.*

¹⁰¹ Trib. Milano, sez. Lav., 22 giugno 2009 n. 2647.

pagamento. Il giudice ha sancito, quindi, l'improcedibilità dell'azione di recupero, stante l'omissione del tentativo di conciliazione obbligatorio.

4.5. Efficacia fiscale della certificazione.

La certificazione produce effetti fiscali. È la stessa norma che espressamente riconosce alla certificazione questa efficacia. Valgono anche in questo caso le osservazioni operate in merito agli accertamenti ispettivi, anche se si intende affrontare lo specifico fenomeno delle fatture soggettivamente inesistenti che attiene al mondo degli appalti, quand'anche questi siano certificati.

La fattispecie delle «fatture soggettivamente inesistenti» è riferita ai casi in cui la transazione commerciale – cessione di beni o erogazione di servizi – è effettivamente avvenuta (in tal modo non potendosi parlare di operazioni oggettivamente inesistenti), ma il fornitore reale risulta essere differente da quello che appare, e che ha emesso la fattura. Alla base di tali operazioni ci sono società fornitrici che omettono il pagamento dell'Iva incassata (se non anche il versamento delle imposte dirette), e altri soggetti – il o i clienti – che ne beneficiano indirettamente attraverso una riduzione del prezzo di acquisto o altro ancora. Spesse volte, tuttavia, il soggetto-cliente, ignaro di un'operazione tesa a evadere l'Iva concepita da parte del suo fornitore, acquista in buona fede, da quest'ultimo, la merce o il servizio. In tale circostanza, l'Agenzia delle Entrate tende a recuperare a tassazione tutta l'Iva detratta dalle operazioni intercorse con il fornitore evasore¹⁰². In questi casi: la commissione tributaria è tenuta a sospendere il procedimento nel caso di certificazione dell'operazione di appalto

¹⁰²Il committente-cessionario al quale sia contestata, sulla base di elementi presuntivi forniti dall'amministrazione, la detrazione dell'Iva versata in rivalsa al soggetto diverso dal cedente-prestatore che ha emesso la fattura, ha il diritto di detrarre l'imposta soltanto se provi, ai sensi dell'art. 2697, comma 2, c.c., che non sapeva o non poteva sapere di partecipare ad un'operazione fraudolenta. (Cass. 26 febbraio 2014 n. 4609, *Dejure*).

sottostante? La prassi attuale prevede che se l'accertamento attiene a questioni squisitamente tributarie non si debba sospendere il procedimento perché manca la contestazione della fattispecie lavoristica sottostante. Nel caso dell'omesso versamento dell'Iva, la giurisdizione è quella tributaria, secondo un criterio *rationae materiae*, ma non è così certo che l'inesistenza soggettiva dell'appaltatore potrebbe essere accertata incidentalmente dalla commissione tributaria, senza rimuovere gli effetti della certificazione. Potrebbe disapplicare l'atto amministrativo e procedere con il giudizio tributario e in tal modo bypassare la certificazione del contratto di lavoro, svuotando di significato la previsione degli effetti fiscali della certificazione, ma non significa necessariamente che possa decidere incidentalmente dell'illiceità dell'appalto per la comminazione della sanzione Iva. D'altra parte, come si era detto nel paragrafo introduttivo, immaginare di sospendere in attesa del giudizio lavoristico ed eventualmente amministrativistico pone problemi di speditezza del giudizio perché innescherebbe il meccanismo della pregiudiziale, laddove l'interesse dello Stato sia recuperare il prima possibile lo scarto d'Iva. Tuttavia, sembrerebbe che per sostenere l'insussistenza soggettiva dell'imprenditore occorra prima contestare la genuinità dell'appalto e rispetto a questa vertenza rimane competente il giudice del lavoro.

4.6. Efficacia penale.

L'art. 78 del d.lgs. 276/2003 invita le parti a dichiarare nel provvedimento per quali effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, chiedono la certificazione. Nessuna menzione viene operata rispetto agli effetti penali della certificazione, quindi, il mero dato letterale non conforta la tesi dell'efficacia penale della certificazione, anche perché – ragionando *a contrario* – laddove il legislatore ha inteso conferire tale efficacia l'ha

fatto espressamente. Basti pensare al caso dei modelli organizzativi previsti dalla l. 231/2001, i quali – a fronte di una efficace attuazione – comportano l’esonero dell’azienda dalla responsabilità amministrativa. Ad ogni modo la certificazione potrebbe avere un’efficacia penale, aggirando il problema del principio di legalità, perché si opererebbe un’analogia in *bonam partem*.

Per prima cosa, se la certificazione avesse un’efficacia penale, non porrebbe un vincolo all’esercizio dell’azione penale del pubblico ministero ma, provocherebbe, al massimo l’insorgenza di una questione pregiudiziale inedita. La norma di riferimento di tale istituto è l’art.2, commi uno e due, del c.p.p. : «il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione salvo che sia diversamente stabilito [...] la decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo». Ne consegue che quando sussiste una questione pregiudiziale civile o amministrativa, il giudice penale deve risolvere la questione senza sospensione del processo. Tuttavia, «qualora la decisione sull’esistenza del reato dipenda dalla risoluzione di una controversia civile o amministrativa di particolare complessità, per la quale sia già in corso un procedimento presso il giudice competente, il giudice penale, se la legge non pone limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa, può disporre la sospensione del dibattimento, fino a che la questione non sia stata decisa con sentenza passata in giudicato» (art. 479 c.p.p.). L’esistenza di un atto amministrativo che, ad esempio, qualifica la genuinità dell’appalto in maniera contraria a quanto sostenuto da chi ravvisa un appalto illecito, dimostra in *re ipsa*, che si tratti di una questione di particolare complessità, rispetto alla quale risulta competente il solo giudice del lavoro. La qualcosa provocherebbe la sospensione del processo penale finché la questione non sia decisa dal giudice del

lavoro con sentenza passata in giudicato. Si badi bene, però, che la sospensione non dipende dalla mera esistenza del provvedimento di certificazione, semmai dal contrasto di qualificazione tra una commissione di esperti e il titolare dell'esercizio dell'azione penale, che palesa la complessità della questione. Posto, quindi, che la certificazione non costituisce un'esimente, perché il legislatore non ha espressamente disposto in tal senso e che resta sempre ferma la possibilità, in dibattimento, di sospendere il processo penale a fronte della risoluzione della questione di qualificazione del rapporto di lavoro, occorre verificare se la certificazione può interagire in altro modo con alcune fattispecie penali che ineriscono l'interposizione illecita. Il riferimento è alle fattispecie contravvenzionali di:

- 1) **somministrazione di lavoro abusiva** (art. 18, c. 1. Biagi) che punisce chi esercita l'attività di somministrazione di lavoro in assenza di autorizzazione ovvero fuori dalle ipotesi previste ed espressamente autorizzate;
- 2) **somministrazione di lavoro fraudolenta** di cui all' art. 28 del D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 che punisce chi pone in essere la somministrazione di lavoro con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo¹⁰³;
- 3) **pseudo-appalto** di cui all'art. 29 del D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 che punisce chi pone in essere un appalto, d'opera o di servizi, in assenza dei requisiti di un appalto lecito di cui all'art. 29 del medesimo d.lgs. (l'organizzazione dei mezzi produttivi, la direzione dei lavoratori, il rischio di impresa in capo all'appaltatore e non al committente utilizzatore delle prestazioni);

¹⁰³La somministrazione fraudolenta, pur rientrando anch'essa nel *genus* delle contravvenzioni, come si ricava dal tipo di pena (ammenda) prevista, è una di quelle particolari ipotesi, presenti nel nostro ordinamento, in cui il legislatore, in deroga al principio dell'indifferenza del dolo o della colpa, richiede anche per la contravvenzione l'elemento psicologico del dolo: nel caso di specie il dolo specifico.

4) **distacco illecito** di cui all'art. 30 del medesimo D.lgs. che punisce chi pone in essere un distacco fittizio di un lavoratore ovvero in assenza dei requisiti di cui all'art. 30, c.1, dello stesso D.lgs. (temporaneità del distacco, interesse specifico del distaccante).

E al delitto d'**interposizione illecita** di cui all'art. 603 bis c.p.

Orbene, rilevato che per la prima fattispecie incriminatrice risulta difficile prevedere un ruolo per la certificazione altrettanto non può dirsi per le altre quattro.

Per il reato di somministrazione fraudolenta, l'elemento soggettivo è quello del dolo specifico, ovvero non basterebbe semplicemente la coscienza e la volontà di commettere il fatto tipico ma è necessario il fine ulteriore di eludere le norme inderogabili di legge e della contrattazione collettiva. Se manca il dolo specifico, non può esservi imputazione per somministrazione fraudolenta. Orbene, se le parti si sono rivolte volontariamente ad un organo di certificazione affinché qualificasse il rapporto di lavoro, parrebbe plausibile sostenere che la loro intenzione non fosse quella di eludere la normativa inderogabile, atteso che la commissione di certificazione avrebbe proprio il compito di informare adeguatamente le parti e di assisterle nella formazione del contratto. Non si ritiene che la presenza del provvedimento di certificazione escluda automaticamente il fine elusivo della normativa, ma non si può negare, senza prevedere un'ipotesi concorsuale della commissione di certificazione nell'illecito, che le parti possano aspettarsi necessariamente una qualificazione del rapporto di lavoro che li favorisca. In altri termini, non è certo che la commissione, quale soggetto terzo ed imparziale, decida di optare per una qualificazione che non sia quella confacente per l'elusione della normativa, escludendo l'illecito per mancanza dell'elemento oggettivo. Non sembrerebbe, così peregrino, affermare che il rivolgersi ad un organo di certificazione dimostri, nei fatti, l'assenza della volontà e coscienza di eludere la

normativa inderogabile di legge o di contrattazione collettiva perché espone le parti a qualificazioni di segno opposto. Nel caso del distacco e dell'appalto illecito si è in presenza di due fattispecie contravvenzionali «pure», nella misura in cui sono punite vuoi a titolo di colpa vuoi a titolo di dolo. Per quanto attiene il dolo, vale quanto detto sopra, sebbene in questo caso si tratti di dolo generico: la coscienza e la volontà di commettere il fatto tipico cozzano con il rivolgersi ad una commissione di esperti affinché li assista. Tuttavia nel caso dell'appalto non genuino, il discorso si mantiene in piedi solo se le parti attuano il rapporto di lavoro seguendo pedissequamente quanto suggerito dalla commissione di certificazione e in maniera conforme rispetto a quanto previsto nel programma negoziale sottoscritto, diversamente, neppure la certificazione sarebbe operante.

Per quanto attiene invece l'elemento soggettivo della colpa, si potrebbe pensare all'errore di fatto quale causa di esclusione della colpevolezza. Ai sensi del comma terzo dell'art. 47 c.p. «l'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce reato». In altri termini l'elemento soggettivo nei reati contravvenzionali è escluso dalla buona fede dell'agente, ma «la buona fede dell'agente tale da escludere l'elemento soggettivo non può essere determinata dalla mera non conoscenza della legge, bensì da un fattore positivo esterno che abbia indotto il soggetto in errore incolpevole» buona fede determinata non dalla mera non conoscenza della legge, bensì da un fattore positivo esterno (es. circolare ministeriale) che abbia indotto il soggetto in errore incolpevole»¹⁰⁴. La certificazione promanante da un soggetto che il legislatore ha deputato come competente a qualificare

¹⁰⁴ Cass. Penale, sez. III, 06 novembre 2007, 172, *Cass. pen.*, 2008, XII, 4673

il rapporto di lavoro potrebbe integrare quel «fattore positivo esterno» che rende scusabile l'errore delle parti.

Per quanto concerne invece la fattispecie delittuosa prevista al nuovo art. 603 bis cp sembrerebbe da escludere ogni efficacia della certificazione. Con il reato di cui all'art. 603 *bisc.p.*, il legislatore punisce «salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque svolga un'attività organizzata d'intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori».

Si tratta di una fattispecie piuttosto complessa, posto che il legislatore si è premurato di individuarne le modalità di esecuzione, rendendo il reato *de quo* a forma c.d. vincolata. Difatti il delitto in parola viene ad integrarsi allorquando il soggetto attivo mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori svolga attività di intermediazione caratterizzata da sfruttamento.

Il legislatore, precisa poi che «ai fini del primo comma, costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di una o più delle seguenti circostanze:

- 1) la sistematica retribuzione dei lavoratori in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato;
- 2) la sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie;
- 3) la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro, tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale;

4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza, o a situazioni alloggiative particolarmente degradanti.

È proprio la forma vincolata della fattispecie incriminatrice che esclude qualsivoglia efficacia scriminante della certificazione.

In conclusione può dirsi che, anche rispetto a fattispecie di natura penale, la certificazione in quanto accertamento istituzionalizzato della qualificazione del rapporto di lavoro potrebbe spiegare una qualche efficacia.

CAPITOLO QUINTO

I RICORSI AVVERSO IL PROVVEDIMENTO DI CERTIFICAZIONE.

SOMMARIO: 5.1. Introduzione. -5.2. Il ricorso al giudice del lavoro: il tentativo di conciliazione obbligatorio. -5.3. Il comportamento delle parti innanzi alla commissione di certificazione. -5.4. La competenza. -5.5 La connessione dei procedimenti. -5.6. Legittimazione attiva e passiva e litisconsorzio facoltativo degli enti ispettivi. -5.7. Efficacia probatoria del provvedimento di certificazione: presunzione relativa *vs* argomento di prova -5.8 La tenuta giudiziaria della certificazione: le scarse pronunce giurisprudenziali.-5.9.L'impugnazione per erronea qualificazione del rapporto di lavoro. -5.10. Atto di certificazione e contratto: l'impugnazione per erronea qualificazione del contratto. -5.11. Difformità del programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione. -5.12. Vizi del consenso. -5.13. Efficacia dell'accertamento. -5.14. Il ricorso innanzi al giudice amministrativo.

5.1. Introduzione.

La certificazione dei rapporti di lavoro serve a dotare il tipo contrattuale di una certa stabilità precaria, se si concede l'ossimoro. La qualificazione del rapporto di lavoro del *certifier*, difatti, non è incontrovertibile ma conserva piena efficacia solo fino a che non venga accolto uno dei ricorsi individuati dall'art. 80. Si è peraltro osservato che la precarietà dell'accertamento certificatorio ha rappresentato una scelta per il legislatore obbligata da evidenti ragioni di costituzionalità. Rendere incontestabile la certificazione, avrebbe significato impedire alle parti di ricorrere al giudice, anche nel caso in cui la doglianza fosse sorta in un momento diverso da quello genetico del rapporto e avesse attenuto alla difformità tra il programma negoziale certificato e attuato, con evidente contrasto rispetto al dettato dell'art. 24 Cost. La certificazione sarebbe divenuta uno strumento per eludere la normativa inderogabile, posto che quanto contenuto nel provvedimento certificatorio sarebbe stato inoppugnabile, impedendo al giudice – soggetto alla sola legge – di pronunciarsi in merito, in netto conflitto con quanto

disposto dall'art. 101 Cost. Non solo, avrebbe inibito la funzione di accertamento amministrativo degli enti in palese rotta di collisione con l'art. 97 cost.

Le ragioni suesposte potrebbero spiegare perché il legislatore non abbia dotato la certificazione dei crismi dell'immanenza, ma non chiariscono perché il legislatore non abbia in alcun modo affrontato il tema del valore probatorio della certificazione in giudizio su cui si dirà *infra*.

Più volte si è accennato ai bizantinismi della normativa in tema di certificazione ma sia concesso affermare che il parossismo si verifica nella strutturazione del sistema di impugnazione.

La tortuosità dell'apparato di impugnazione deriva da un'incomprensione di fondo per cui il provvedimento di certificazione, essendo un atto amministrativo, deve essere necessariamente oggetto del giudicato amministrativo, ove in altri casi – che si analizzeranno – il legislatore ha superato l'*empasse* della ripartizione di giurisdizione e delle relative pregiudiziali, attribuendo al solo giudice ordinario la giurisdizione.

Il legislatore non ha poi spiegato se al giudice del lavoro spetti il potere di disapplicare l'atto amministrativo, posto che la risposta affermativa non è così scontata, anche alla luce di alcune pronunce del Tribunale di Milano che impediscono la qualificazione del rapporto di lavoro da parte del giudice del lavoro fino a quando non sia stato annullato l'atto certificatorio. Così discorrendo, nel caso in cui l'ente tributario intenda recuperare lo scarto d'Iva inerente la falsa fatturazione di appalti fittizi ma certificati, non potrebbe – qualora la contestazione non verta solo su aspetti tributari ma anche lavoristici – impugnare la certificazione avanti al giudice tributario, cui potrebbe essere impedito – al pari del giudice del lavoro – disapplicare l'atto ma dovrebbe attendere nell'ordine, il giudice amministrativo che annulli l'atto e il giudice del lavoro che dichiari

l'intermediazione fittizia, visto che non è altrettanto chiaro se il giudice tributario possa procedervi mediante accertamento incidentale o se si tratti di questione che deve essere decisa con una pronuncia idonea a passare in giudicato. Si tratta obiettivamente di soluzioni del tutto irragionevoli che tradiscono l'intenzione deflattiva che aveva mosso il legislatore all'introduzione dello strumento certificatorio.

Ad ogni buon conto, il sistema dei ricorsi avverso l'atto certificatorio è decisamente complesso. Si dispone di una impugnazione che non attiene il momento genetico dell'instaurazione del rapporto ma alla distonia «tra quanto certificato e quanto realizzato» avanti al giudice del lavoro, cui sono legittimati attivamente sia le parti sia gli enti ispettivi e tre impugnazioni che attengono alla genesi del rapporto di lavoro e al provvedimento di certificazione, ovverosia l'impugnazione per violazione del procedimento ed eccesso di potere, avanti il giudice amministrativo, proponibile vuoi dalle parti vuoi da terzi e l'impugnazione per vizi del consenso, innanzi al giudice del lavoro, di cui posso disporre solo le parti e l'impugnazione per erronea qualificazione del rapporto di lavoro, avanzabili sia dalle parti sia dai terzi.

I mezzi di impugnazione verrebbero poi a classificarsi in base al vizio fatto valere: mentre i vizi del consenso atterrebbero al contratto certificato e potrebbero riverberarsi sull'atto di certificazione, ovvero al procedimento di certificazione, le altre doglianze colpirebbero, invece, l'atto di certificazione¹, con qualche perplessità che si avrà modo di argomentare. Un ulteriore distinguo atterrebbe al tentativo di conciliazione presso il *certifier* che dovrebbe essere obbligatorio solo nel caso in cui s'intende incardinare il

¹ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, www.csdle.lex.unict.it, 42. *Contra* V. SPEZIALE, *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, in SPEZIALE V., LUNARDON F., BELLOCCHI P. (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, vol. IV, 2004, 192, il quale sostiene che i mezzi di impugnazione possano essere utilizzati per contestare soltanto la certificazione relativa al tipo negoziale.

giudizio avanti al giudice del lavoro. Proprio il tentativo di conciliazione rappresenta il primo aspetto che si vuole analizzare del sistema delle impugnazioni, perché a parere di chi scrive, rappresenta esso stesso un'insolita impugnazione, cui peraltro, si potrebbe persino rivolgere qualche speranza deflattiva.

5.2. Il ricorso al giudice del lavoro: il tentativo di conciliazione obbligatorio

Qualora la parte ovvero i terzi intendano proporre in giudizio una domanda relativa all'accertamento dell'erronea qualificazione del contratto, ai vizi del consenso e alla difformità tra il programma negoziale attuato e certificato, devono promuovere il tentativo di conciliazione presso la commissione di certificazione che ha emanato l'atto. La conseguenza della mancata instaurazione del tentativo di conciliazione è la sospensione del processo da parte dell'autorità giudiziaria fino al suo espletamento. Il tentativo di conciliazione, pur essendo obbligatorio, non è previsto a pena di nullità. Ne consegue che la mancata verifica di tale adempimento da parte del giudice non incide sulla validità dello svolgimento del rapporto processuale, restando ininfluyente – e di conseguenza non denunciabile in sede di legittimità – la mancata considerazione dell'omissione stessa, ove lamentata in sede d'appello, da parte del giudice del gravame.² La conciliazione conclusa costituisce titolo esecutivo ed è inoppugnabile ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2113 c.c., come si è avuto modo di spiegare nel cap. secondo.

Si è più volte sottolineato la debolezza della tenuta giudiziaria della certificazione e questa asserzione prenderà maggiormente forma quando si analizzerà il valore probatorio della certificazione. Alla flebilità della tenuta giudiziaria della certificazione

² Cass., 18 agosto 2004, n. 16141, *MGC*, 2004, VII-VIII.

corrispondono, di riflesso, vane speranze di una reale efficacia deflattiva in tema di contenzioso del lavoro. Speranze che sono probabilmente da rivolgere nella previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione, nonché nella valutazione dell'autorità giudicante – ai sensi degli artt. 91, 92 e 96 – delle dichiarazioni e del comportamento tenuto dalle parti avanti all'organo certificatore.

Per quanto attiene il tentativo di conciliazione presso l'organo certificatore deve essere promosso tanto dalle parti quanto dagli enti e nei casi in cui l'impugnazione attenga le ipotesi enucleate al comma primo dell'art. 80, ai sensi dell'art. 410 del codice di procedura civile. Orbene, quando è stata emanata la legge Biagi, il tentativo di conciliazione *ex art. 410 c.p.c.* era obbligatorio e, di conseguenza, deve escludersi, per mera ragionevolezza sistematica, che vi possa essere un doppio tentativo di conciliazione per la medesima questione³: uno presso la Dtl e uno presso l'organo di certificazione, anche perché se l'organo certificatore è la Dtl siamo in presenza di una vera e propria duplicazione del tentativo di conciliazione. E sarebbe inverosimile immaginare di sospendere il tentativo di conciliazione presso la Dtl per dar luogo a quello presso la commissione di certificazione⁴. Probabilmente questo nuovo tentativo di conciliazione sostituisce quello svolto ai sensi dell'art. 410 c.p.c., nei soli casi in cui il rapporto di lavoro sia certificato. Certamente quel che sobbalza agli occhi è un'insolita coincidenza soggettiva tra autore dell'atto impugnato e il conciliatore. Non che si tratti poi dell'unico caso in cui ruoli – quali ad esempio quello dell'arbitro e del conciliatore – che si connotano per essere rivolti a funzioni diverse, seppur tendenti al medesimo fine, vengano ad assommarsi nella stessa figura. Nell'art. 412 c.p.c. è stato

³ In termini dubitativi U. ROMAGNOLI, *Mercato del lavoro: alcune risposte a molti interrogativi. radiografia di una riforma*, LD, 2004, I, 40. A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. MAGNANI- VARESI (a cura di) *Organizzazione del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2005, 655

⁴ *Ibidem*

previsto che lo stesso organo da conciliatore diventi arbitro per la medesima controversia senza soluzione di continuità, anche se in questo caso la coincidenza attiene all'organo e non al soggetto, cosa che potrebbe non valere nel caso delle commissioni di certificazione.

Il ruolo conciliativo della commissione di certificazione è però frutto di una precisa scelta del legislatore o almeno così piacerebbe pensare. Una scelta in cui parrebbe di riconoscere l'idoneità della commissione di certificazione che ha emanato l'atto a comporre eventuali contrasti e a prevenire eventuali contenziosi.

Anche solo per il fatto che si realizzi presso lo stesso organo che ha emanato l'atto impugnato, si può comprendere che si tratti di un tentativo di conciliazione *sui generis*.

Si tratterebbe di un'«impugnazione straordinaria», posto che si svolge innanzi allo «stesso giudice» che ha emanato l'atto, al pari della revocazione. Tuttavia, nel caso della revocazione con l'espressione «giudice», s'intende non la persona fisica ma l'ufficio giudiziario, mentre nell'ipotesi di certificazione la coincidenza, come si avrà modo di spiegare meglio, potrebbe essere anche soggettiva.

Il tentativo di conciliazione rappresenta un'impugnazione nella misura in cui, l'ente o la parte, innanzi alla commissione di certificazione possano palesare le loro rimostranze rispetto al tipo contrattuale in cui il rapporto di lavoro è stato sussunto e la commissione potrebbe in qualche modo difendere la propria qualificazione, dimostrandone la correttezza: l'effetto potrebbe essere quello di far desistere le parti dall'impugnazione, preannunciandone l'esito negativo o quantomeno, mediante la previsione della valutazione del comportamento delle parti tenuto in sede conciliativa, inibire le impugnazioni palesemente infondate o pretestuose.

Non è poi peraltro escluso che se durante la procedura conciliativa emerge una distonia tra il contratto certificato e attuato, la commissione di certificazione potrebbe correggere il proprio atto amministrativo in via di autotutela e procedere anche a una nuova qualificazione che eviterebbe il giudizio. In questo potrebbe sostanziarsi l'effetto deflattivo del tentativo di conciliazione. A dire il vero, però, si forza notevolmente il ruolo del conciliatore, il quale deve favorire la risoluzione della controversia e non difendere o rettificare il proprio operato ma opinando diversamente, forse verrebbe a negarsi ogni efficacia deflattiva al tentativo di conciliazione. Peraltro se il legislatore avesse voluto assegnare al tentativo di conciliazione un ruolo diverso dall'impugnazione, avrebbe dovuto optare per una sede diversa. Pretendere l'esercizio di una funzione conciliativa «pura» da chi non è terzo ed imparziale perché passibile di un'azione di responsabilità, significa forzare la mano sulla prevenzione del contenzioso perché il conciliatore è in prima persona interessato a che il proprio operato non sia messo in discussione dal giudice di merito.

Come ricordato poc'anzi, il tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 410 c.p.c. era obbligatorio e condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 412 *bis* c.p.c. L'art. 80 della l. Biagi richiama l'art. 410 c.p.c., per cui parrebbe di capire che anche la conciliazione presso la commissione di certificazione sia elevata a rango di condizione di procedibilità rispetto all'azione giudiziaria e che sia alternativa a quella prevista dall'art. 410 c.p.c.

Il «Collegato lavoro» ha reso facoltativo il tentativo di conciliazione pre-processuale previsto dall'art. 410 c.p.c., abrogando l'art. 412 *bis* c.p.c., ma ha mantenuto obbligatorio il tentativo di conciliazione delineato dall'art. 80. Non si tratta di una mera dimenticanza ovvero di un errore di coordinamento ma di una precisa scelta del legislatore come si evince dall'art. 31 comma 2 della L. 4 novembre 2010, n. 183 che

statuisce: «il tentativo di conciliazione di cui all'articolo 80, comma 4, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è obbligatorio». La mancanza di coordinamento si verifica quando il legislatore eliminando l'art. 412 *bis* c.p.c. si dimentica di presidiare la mancata instaurazione del tentativo di conciliazione nei casi in cui questo è rimasto obbligatorio. Tal presidio si potrebbe comunque ricavare quale logica conseguenza della stessa obbligatorietà del tentativo di conciliazione, come peraltro si statuisce in una pronuncia del Tribunale di Milano di cui si è detto nel capitolo precedente⁵.

Si è detto che anche gli enti devono procedere ad espletare il tentativo di conciliazione. Qualche specificazione al riguardo sembra opportuna. Il tentativo di conciliazione è obbligatorio solo nel caso in cui si debba esperire uno dei ricorsi avanti al giudice del lavoro. Si palesano invece dei dubbi nel caso in cui la vertenza debba essere instaurata avanti al giudice tributario e la qualificazione del rapporto di lavoro possa essere risolta in via incidentale. Così come altri dubbi concernono l'oggetto della conciliazione, difatti, nel caso in cui l'ente ovvero la parte intenda far valere pretese di natura previdenziale, queste non potrebbero essere oggetto di conciliazione in quanto indisponibili.

Peraltro, in chiusura, si deve sottolineare che sebbene il tentativo di conciliazione presso l'ente certificatore potrebbe produrre qualche benefico effetto deflattivo, non si può tacere che il suddetto si svolga avanti a un organo che non è terzo. L'organo certificatore è interessato a che il suo operato non sia oggetto di impugnazione giudiziale per evitare di esporsi ad eventuali azioni di responsabilità. Certamente la competenza tecnica, nonché l'adeguata conoscenza delle modalità di svolgimento del programma negoziale potrebbero costituire un vantaggio per il buon esito della

⁵Trib. Milano, 22 giugno 2009, n. 2647, *DRI*, 2011, I, 126, nt. GUADAGNINO.

conciliazione, come del resto l'interesse alla mancata trasposizione in giudizio della questione qualificatoria potrebbe essere un propulsore per il certificatore alla risoluzione stragiudiziale della controversia ma non senza importanti dubbi sull'imparzialità del certificatore-conciliatore. Si potrebbe pensare, in una prospettiva *de jure condendo*, di mantenere la competenza alle commissioni di certificazione per le ragioni suesposte ma di trasferirla a un *certifier* diverso da quello che ha emanato l'atto.

5.3. Il comportamento delle parti innanzi alla commissione di certificazione.

Si è rilevato *supra* che questa previsione sembra avere tutte le sembianze del deterrente per l'instaurazione del giudizio⁶. Come peraltro conferma la relazione di accompagnamento che riferisce di una mera finalità dissuasiva rispetto a liti temerarie o assolutamente infondate.

Il terzo comma dell'art. 80 stabilisce 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 articoli 9, 92 e 96 del codice di procedura civile».

Per prima cosa occorre sottolineare il richiamo all'art. 9, anziché all'art. 91 c.p.c., refuso, peraltro già presente nel Progetto di legge del 1998 e poi trasposto nella norma.

Il comportamento delle parti potrà, quindi, essere valutato per la condanna alle spese processuali e alla responsabilità aggravata per malafede o lite temeraria. «Potrà» nel senso che il giudice non è obbligato a tenerne conto, diversamente da quanto prevedeva la norma delegante. L'art. 5, infatti, faceva riferimento ad un obbligo dell'autorità

⁶ P. TULLINI, *op.cit.*, 851

giudiziaria di tenere conto nell'accertamento della legittimità della qualificazione del rapporto di lavoro del comportamento tenuto dalle parti.

Il giudice potrà valutare i comportamenti pan-processuali tenuti dalle parti mediante la trasmigrazione del verbale di conciliazione nel processo, come peraltro avviene nel caso della mediazione⁷.

5.4. Il ricorso al giudice del lavoro: la competenza.

L'art. 80 della l. Biagi assegna al giudice del lavoro la competenza in materia di impugnazioni concernenti i vizi della qualificazione del rapporto di lavoro. Tale assegnazione si desume dal richiamo all'art. 413 c.p.c. operato dal summenzionato articolo. Si è osservato, quindi, che il decreto delegato abbia assegnato al giudice del lavoro una nuova competenza per materia non derogabile convenzionalmente ai sensi dell'art. 6 c.p.c.⁸. Non parrebbe, tuttavia, che si tratti di una nuova competenza, posto che la controversia attiene alla qualificazione del rapporto di lavoro e rilevato che i rapporti di lavoro subordinato (n.1) ovvero alle co.co.pro (n.3) rientrano nell'ambito dell'art. 409 c.p.c.⁹. L'ampiezza dell'espressione «controversie relative a» orienta poi – ed ha appunto orientato l'indirizzo dominante – nel senso dell'applicazione della disposizione anche alle domande di accertamento positivo o negativo dei vari diritti,¹⁰ e di quelle in cui il rapporto – pur non costituendo la *causa petendi* – sia antecedente e presupposto necessario, e non occasionale, della situazione di fatto per la quale si sia

⁷ T. ROMA, n.4140/2014.

⁸ V. SPEZIALE, *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, cit.,194

⁹ Precisato poi che all'interno dello stesso tribunale non è ravvisabile questione di competenza ma solo di rito

¹⁰ Cass., S.U., 2 marzo 2003, n. 3964, *MGL*, 1993, 529.

invocata la tutela giurisdizionale¹¹. La pretesa fatta valere in giudizio deve essere riferita ad uno dei rapporti individuati dall'art. 409 c.p.c. e dunque, deve trattarsi di una controversia «comunque collegata ad un rapporto di lavoro, in atto, estinto o ancora da costituirsi»¹². Di conseguenza, identificando la *causa petendi* nella certificazione, il rapporto di lavoro costituirebbe comunque un antecedente necessario del diritto da tutelare in sede giurisdizionale¹³.

Si è, poi, considerata irrilevante¹⁴ l'eventuale non coincidenza totale o parziale, delle parti in causa con quelle del rapporto di lavoro¹⁵, in particolare nel caso di domanda proposta da un'organizzazione sindacale¹⁶, oppure di richiesta di pagamento di credito di lavoro, maturato prima del trasferimento d'azienda svolta contro l'acquirente quale obbligato solidale dell'alienante,¹⁷ o di azione surrogatoria intentata dall'acquirente d'azienda contro l'alienante per il pagamento dei crediti medesimi.¹⁸

¹¹In tale logica, ad esempio, a quest'ultimo proposito, si è ritenuta di competenza del giudice del lavoro la controversia con la quale i *croupiers* di un casinò municipale hanno dedotto l'illegittimità della trattenuta da parte del datore di lavoro di metà delle mance da loro percepite. V. Cass., 8 marzo, 2003, n. 12007, *Rep. FI.*, 2003.

¹²Cass. 21 maggio 2003, n. 8022, *MGC*, 2003, V.

¹³Alcuni esempi possono risultare chiarificatori. La domanda proposta dal lavoratore contro il datore di lavoro volta a conseguire il risarcimento del danno sofferto per la mancata adozione delle misure previste dall'art. 2087 c.c. in tema di salute e sicurezza sul lavoro, non ha natura previdenziale perché non si fonda sul rapporto assicurativo, ma si ricollega direttamente al rapporto di lavoro e quindi dà luogo ad una controversia di lavoro (Cass. 3213/2004). Altrettanto può dirsi nell'ipotesi di risarcimento del danno da *mobbing* nell'ambiente di lavoro (Cass. 308/1998), nel caso di illegittima trattenuta da parte del datore di lavoro della metà delle mance dei *croupiers* di un casinò (Cass. n. 12007/03), per il risarcimento del danno derivante dalla violazione degli elementari doveri di rispetto della persona (Cass. 2508/97), per le azioni risarcitorie che si basano sulla violazione del patto di non concorrenza quando tale patto risulti funzionalmente collegato al rapporto di lavoro, sia se questo è estinto (Cass. 3709/91), sia durante il suo svolgimento (Cass. 14454/2000).

¹⁴Con eccezione per la controversia promossa dal difensore distrattario di spese in causa di lavoro. Cass. 24.1.2006, n. 1309, *MFI.*, 2006, 253. Ulteriori riferimenti in L. DE ANGELIS, in *Commentario breve*, in F. Carpi, M. Taruffo (a cura di), Cedam, 2012, 1523 ss.

¹⁵L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro*, Utet, 2013.

¹⁶Cass. 22 marzo 2002, n. 4129, *RFI.*, 2002, cit., n. 47; Cass. 16 aprile 1991, n. 4075, *FI*, 1991, I, 2769, che ha dichiarato la competenza dell'allora pretore in funzione di giudice del lavoro con riferimento all'azione di impugnazione del contratto collettivo, promossa da sindacato non firmatario del contratto medesimo, che imponeva a tutti i lavoratori il versamento di contributi per spese contrattuali a beneficio esclusivo delle sole associazioni stipulanti.

¹⁷Cass. 7 febbraio 1975, n. 442, *MGC*, 1975, 210.

¹⁸Cass. 12 luglio 1978, n. 3527, *MGL*, 1980, 447.

Il richiamo all'art. 413 c.p.c. attiene ai criteri di competenza territoriale ivi previsti. Non è stato introdotto, quindi, alcun criterio territoriale *ad hoc* che individuasse la competenza nel luogo in cui ha sede la commissione di certificazione, per cui è bene tracciarne, seppur brevemente i profili.

L'art. 413 c.p.c. stabilisce che competente per territorio è «il giudice nella cui circoscrizione è sorto il rapporto ovvero si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera al momento della fine del rapporto». Vengono ad individuarsi tre fori speciali, esclusivi, e tra loro alternativi, ossia quello ove è sorto il rapporto, quello dove si trova l'azienda e quello della dipendenza ove il lavoratore è addetto¹⁹. Si tratta di fori speciali in quanto operano con riferimento alle controversie che attengono i rapporti di lavoro individuati dall'art. 409 c.p.c., esclusivi in quanto prevalgono sugli altri criteri previsti dal codice di rito e facoltativi laddove la scelta di incardinare la competenza territoriale seguendo l'uno piuttosto che l'altro foro spetta al promotore dell'azione giudiziale ed è irretrattabile nelle successive fasi del processo²⁰.

Il foro generale delle persone fisiche, ex art. 18 c.p.c., trova applicazione solamente in via residuale, ossia solo nell'ipotesi in cui si dimostrino inoperanti i criteri individuati dall'art. 413 c.p.c.

Il foro della nascita del rapporto di lavoro viene individuato facendo riferimento al luogo in cui il contratto di lavoro si è perfezionato e dunque, secondo quanto disposto dall'art. 1326 c.c., nel luogo in cui il proponente ha avuto notizia dell'accettazione dell'altra parte. Il luogo in cui ha avuto inizio l'attività lavorativa si dimostra rilevante

¹⁹Cass. 27 luglio 2012, n. 13530, MGC, 2012, IX, 1071.

²⁰Cass. 24 febbraio 1979, n. 1221, *ivi*, 1979, II

solo laddove non vi siano altri mezzi per radicare la competenza territoriale²¹. Il foro dell'azienda è univocamente individuato nel luogo in cui si svolge effettivamente l'attività sociale, così come dimostrato dalla presenza di organi di amministrazione e direzione dell'azienda stessa.

Per quanto attiene al foro della dipendenza, devono verificarsi due condizioni essenziali, una è che l'imprenditore disponga almeno di un nucleo, seppur modesto, di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa, così da poter definire «dipendenza aziendale ogni complesso decentrato di beni dell'azienda, per quanto di esigue dimensioni, che sia munito di propria individualità tecnico-economica e destinato al soddisfacimento delle finalità imprenditoriali»²². La seconda condizione è che il lavoratore presti la propria attività lavorativa effettivamente nella dipendenza, con particolare riferimento a quella presso la quale ha lavorato al momento dell'instaurazione del contenzioso o l'ultima dipendenza presso la quale era assunto nell'ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro.

A norma del comma 3 dell'art. 413 c.p.c. la competenza radicata mediante il ricorso al foro dell'azienda permane anche in caso di suo trasferimento o di sua cessazione se la domanda è azionata entro il termine decadenziale di sei mesi dal trasferimento o dalla cessazione della stessa. Questo non significa che, venuta meno la *prorogatio* del foro d'azienda, torni necessariamente a prevalere il criterio del foro delle persone fisiche o giuridiche, in quanto conserva piena operatività il criterio del foro di origine del rapporto di lavoro.

Competente per territorio per le controversie aventi ad oggetto i rapporti di lavoro parasubordinato è «il giudice nella cui circoscrizione si trova il domicilio dell'agente,

²¹Cass. 23 luglio 2001, n. 10006, *FI*, 2002, I, 463.

²²Cass. 23 dicembre 2009, n. 27114, *GD*, VI, 58.

del rappresentante di commercio ovvero del titolare degli altri rapporti di collaborazione di cui al predetto numero 3) dell'articolo 409» (art. 413, comma 4, c.p.c.).

Questo criterio, inserito nell'art. 413 c.p.c. con la l. 128/1992, deve essere interpretato come esclusivo e inderogabile²³. Il domicilio, inteso come sede principale degli affari e degli interessi, deve essere individuato riferendosi temporalmente al momento in cui l'attività lavorativa viene svolta o veniva svolta se il rapporto di lavoro è cessato. Il rilievo temporale per l'individuazione del domicilio serve ad evitare cambiamenti di domicilio artatamente realizzati in elusione del principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge contenuto nell'art. 25 cost.

Per le controversie sorte prima dell'entrata in vigore della legge n.128/1992, sono pienamente operanti i fori individuati dall'art. 413, comma 2, c.p.c.

Si ricorda, tuttavia, che la competenza territoriale è stata invece, indicata per gli stessi organismi di certificazione presso i quali si deve proporre il tentativo obbligatorio di conciliazione e che l'incompetenza può essere oggetto di impugnazione per violazione del procedimento innanzi al Tar.

5.5. (segue) la connessione con altri procedimenti.

Nell'enucleare gli effetti della certificazione, si è detto che il legislatore ha inteso attribuirvi effetti di natura amministrativa, civile, fiscale, previdenziale e contributiva. La qual cosa è particolarmente rilevante visto che agli enti ispettivi è inibito emanare sanzioni fino a che permangono gli effetti della certificazione. Orbene, secondo questa previsione, enti quali l'agenzia dell'Entrate ovvero l'Inps sono tenuti, innanzi allo strumento certificatorio, a porre in *stand-by* i loro accertamenti in attesa del giudizio

²³Cass. 13 maggio 2003, n. 7358, *Pluris*

sulla legittimità della certificazione. Occorre però intendersi sull'operatività di questo effetto inibitorio dell'accertamento ispettivo. Ad esempio, allorquando venga rilevata una falsa fatturazione nell'ambito di appalti certificati, l'agenzia che intende riscuotere l'omesso versamento d'Iva, deve inibire la propria funzione accertativa o può iscriverne a ruolo e, nel caso di opposizione, il rito tributario prosegue per la propria strada come se un effetto fiscale alla certificazione non fosse riconosciuto? L'esempio classico è relativo alle fatture soggettivamente inesistenti, affrontato nel capitolo precedente.

Ad ogni modo può essere utile richiamare la disciplina generale della connessione.

L'art. 40, terzo comma, c.p.c., quale inserito dall'art. 5 l. n. 353/1990, pur dettando la regola generale della prevalenza in caso di connessione, nel *simultaneus processus*, del rito *ordinario* rispetto ai riti speciali, ha introdotto, per le controversie di lavoro e di previdenza e assistenza obbligatorie, l'eccezione della prevalenza del rito del lavoro²⁴. Il caso di connessione del rito del lavoro con altri riti *speciali* è invece disciplinato dal quarto comma dell'art. 40 cit., per il quale «quando le cause connesse siano assoggettate a differenti riti speciali debbono essere trattate e decise col rito previsto per quella tra esse in ragione della quale viene determinata la competenza o, in subordine, con rito previsto per la causa di maggiore valore». Da ciò la conseguenza dell'applicazione del rito del lavoro alle controversie di lavoro, per le quali è appunto dettata una regola di attribuzione della competenza per materia, connesse ad altre assoggettate solo a regole speciali del procedimento.

²⁴v., però, *infra*, quanto alla modifica apportata dall'art. 2 d.l. n. 27/2012 con riguardo al tribunale delle imprese).

5.6. Legittimazione attiva e passiva e litisconsorzio facoltativo degli enti ispettivi.

Il ricorso al giudice del lavoro, al pari dell'impugnazione innanzi all'autorità amministrativa, può essere proposto vuoi dalle parti vuoi dagli enti ispettivi. Per quanto attiene il ricorso delle parti, in dottrina vi è chi ha sostenuto una carenza di interesse ad agire delle parti, le quali essendosi rivolte volontariamente all'ente di certificazione non avrebbero interesse ad impugnare²⁵. In realtà l'interesse ad agire potrebbe sorgere laddove la qualificazione pregiudichi una delle parti. L'interesse all'impugnazione potrebbe concretizzarsi, ad esempio, nell'ambito delle vicende patologiche del rapporto di lavoro, quale interesse alla riqualificazione del rapporto e al riconoscimento delle pretese consequenziali, assolutamente riconosciuto come meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. Ma non necessariamente. L'interesse ad agire potrebbe sorgere nel caso in cui le modalità esecutive del rapporto di lavoro differiscano da quelle dichiarate nel programma negoziale dalle parti. Ad ogni modo, non sarebbe da escludere che le parti, solo perché si sono rivolte volontariamente alla commissione di certificazione, perdano l'interesse all'impugnazione.

In ordine, invece, all'individuazione delle parti necessarie per lo svolgimento del processo avanti al giudice del lavoro, vi è chi ha sostenuto che sarebbe necessaria la presenza di tutte le parti destinatarie degli effetti del provvedimento di certificazione, mentre non riguarderebbe i soggetti che fanno valere situazioni giuridiche consequenziali²⁶. La ragione del litisconsorzio necessario²⁷ è che non sarebbe possibile

²⁵ P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, in (a cura di) AMOROSO-MARESCA-*Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2014,

²⁶ M. TREMOLADA, *op.cit.*, §7 e 9.

²⁷ Sull'istituto v. senza pretesa di esaustività, G. CHIOVENDA, *Sul litisconsorzio*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, 435; E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, 1960, *Giuffré*, 254 ss; G. FABBRINI, *Litisconsorzio*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 839; M. G. CIVINNINI, *Note per uno studio sul litisconsorzio "unitario", con particolare riferimento al giudizio di primo grado*, *RTPC*, II, 429-504; S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, *Giuffré*, 1993; G. COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, 1979, *Jovene*; A. PROTO

che la certificazione non produca effetti per il rapporto tra le parti ma continui ad essere eccepibile nei confronti dei terzi. Altra dottrina ha, invece, sostenuto che le parti siano litisconsorti necessari se il giudizio è instaurato dai terzi ma non l'opposto²⁸.

Il litisconsorzio si rende necessario ogniqualvolta la legge ammette o impone che più parti partecipino o siano chiamate a partecipare al processo di formazione di un unico provvedimento giurisdizionale²⁹ ovvero quando vi sia la necessità di pronunce di merito di uguale contenuto rispetto a tutti i soggetti che abbiano preso parte al giudizio³⁰. Il giudizio unitario si costituisce, quindi, tra chi chiede un provvedimento giurisdizionale e chiunque altro, la cui posizione giuridica materiale possa essere fissata, accertata, modificata dal provvedimento perché titolare o degli obblighi specifici corrispondenti al diritto soggettivo fatto valere o di diritti soggettivi limitati da esso³¹. Affinché un provvedimento giurisdizionale possa fissare o modificare la posizione giuridica materiale nei termini appena esposti, è necessario che «più soggetti si trovino vincolati tra loro da obblighi giuridici, pretese, poteri di tal natura o siffattamente connessi e combinati fra loro che non possano essere (nonché creati) modificati, estinti od esercitati senza che ciò produca effetti diretti e immediati per tutti e cioè sugli obblighi

PISANI, *Litisconsorzio necessario e diritti anteriormente acquisiti*, RDP, 1966, 480 ss; E. FAZZALARI, *Litisconsorzio necessario e filiazione legittima*, GCCV, 1946, 338 ss.; G.A. MICHELI, *In tema di effetti della mancata integrazione del contraddittorio in caso di litisconsorzio*, *ivi*, 1946, 45 ss; V. DENTI, *Appunti sul litisconsorzio necessario*, in *RTPC*, 1959, 14 ss. Più di recente G. RESSANI, *Effettiprocedurali e sostanziali dell'integrazione del contraddittorio*, RDP, 2012, V, 1405-1413; P. PIRRUCCIO, *La posizione di un terzo accertata in via incidentale esclude la necessità del litisconsorzio necessario. Necessaria l'integrazione del contraddittorio quando la prestazione è comune e inscindibile*, GD, 2011 XXII, 60-63; P. PAULON, *(Sulle obbligazioni solidali)*, FP, 2010, III, 644-647; G.F. RICCI, *Il litisconsorzio nelle fasi di impugnazione*, Giuffrè, 2005; A. PATELLI, *Il litisconsorzio nel processo civile*, UTET, 2001; R. FRASCA, *Il litisconsorzio necessario e facoltativo, anche nelle fasi di gravame. (note sui presupposti del litisconsorzio necessario)*, in <http://www.csm.it/quaderni/>

²⁸ R. BARCHI, *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, in Aa. Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*, IPSOA, 2004, 431.

²⁹ E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, *cit.*, 250.

³⁰ S. MENCHINI, *op. cit.*, 416.

³¹ *Ibidem.*, 253.

sulle pretese e sui poteri di tutti»³². Per comprendere, quindi, se si ricada o meno in un'ipotesi di litisconsorzio necessario, occorre analizzare gli obblighi giuridici posti in capo ai soggetti e verificare se l'accertamento possa realizzarsi senza andare ad incidere sulla posizione giuridica dell'ente.

Nel caso in cui la controversia concerne, ad esempio, il mancato versamento dei contributi assicurativi e la costituzione di una rendita vitalizia ai sensi dell'art. 13, l. n. 1338 del 1962, sussiste il litisconsorzio necessario nei confronti sia del datore di lavoro che dell'Inps, per il riflesso degli aspetti sostanziali rappresentati, i quali trovano conferma anche nel rilievo che l'interesse giuridicamente protetto dal lavoratore alla realizzazione dei presupposti della tutela assicurativa non può essere soddisfatto che con la cooperazione dell'istituto assicuratore³³. È il *petitum* della controversia che determina la necessaria presenza del datore di lavoro e dell'istituto previdenziale: il datore di lavoro si è sottratto al versamento all'Inps della relativa riserva matematica e per il cui versamento lo stesso datore resta obbligato. Sussiste litisconsorzio necessario nei confronti dell'anzidetto datore di lavoro e dell'Inps, per il riflesso, sotto il profilo processuale, che assumono gli aspetti sostanziali rappresentati: dall'interesse, giuridicamente protetto, del lavoratore alla realizzazione dei presupposti della tutela assicurativa (con la condanna dell'Inps alla costituzione della rendita vitalizia e del datore di lavoro inadempiente al versamento della riserva matematica); dall'interesse dell'Inps a limitare il riconoscimento della rendita vitalizia ai casi di esistenza certa e non fittizia di rapporti di lavoro; dall'interesse del datore di lavoro a non trovarsi esposto, ove il giudizio si svolga in sua assenza, agli effetti pregiudizievoli di un

³²*Ibidem.*,254.

³³T.A.R. Roma (Lazio) sez. I 07 giugno 2010 n. 15622 , *de jure*.

giudicato ai suoi danni a causa del riconoscimento di un inesistente rapporto lavorativo, lontano nel tempo³⁴.

Qualora, invece, la vertenza abbia ad oggetto la qualificazione del rapporto di lavoro, la pretesa del lavoratore di vedersi instaurare un rapporto di lavoro subordinato ben può realizzarsi senza la presenza dell'istituto previdenziale. Nel giudizio instaurato dal lavoratore subordinato contro il datore di lavoro – anche per la regolarizzazione della posizione assicurativa o pensionistica – non sussiste l'esigenza dell'integrazione del contraddittorio nei confronti dei soggetti del rapporto previdenziale, qualora venga in contestazione soltanto il rapporto di lavoro o qualche suo elemento, atteso che in tal caso la controversia inerisce al rapporto di lavoro, come presupposto che condiziona il rapporto previdenziale³⁵. Ciò in considerazione del fatto che si tratta di cause scindibili che come tali determinano l'instaurazione di un mero litisconsorzio facoltativo ai sensi degli art. 103 e 332 c.p.c. Secondo le parole del Redenti, per esservi «litisconsorzio necessario» è indispensabile che la situazione giuridica accertata condizioni e pregiudichi la sfera giuridica di altri soggetti. Nel caso della qualificazione del rapporto di lavoro è indiscutibile che la riconduzione nell'alveo del lavoro subordinato abbia delle conseguenze di natura previdenziale ma si tratta, per l'appunto, di riverberi che possono essere accertati in separati giudizi. Manca la necessità del giudizio unitario quale riflesso della coincidenza tra parti del rapporto sostanziale. Di conseguenza deve negarsi che l'operazione di qualificazione del rapporto possa essere «una situazione assimilabile a quella data dalla configurazione di un rapporto unico con pluralità di parti (in questo caso le parti del contratto di lavoro e le autorità pubbliche nei cui confronti

³⁴ Tar Roma, *ult.cit.*

³⁵ Cass., 23 gennaio 2003 n. 1013, *MGC*, 2003, 160.

opera l'efficacia del provvedimento)»³⁶. Il carattere trilaterale del rapporto assicurativo non rileva, atteso che anche in tal caso l'esigenza di integrità del contraddittorio va valutata in relazione all'oggetto della domanda che, sia di mero accertamento che di condanna, va proposta unicamente nei confronti del soggetto che ha negato il diritto o che è obbligato al pagamento³⁷. Se così fosse ogni vertenza lavoristica che abbia riflessi di natura previdenziale vedrebbe la necessaria presenza dell'ente in giudizio. Una soluzione irragionevole se si considera che il processo del lavoro si caratterizza per speditezza e oralità e l'aumento delle parti processuali in giudizio determina un appesantimento dello stesso che può essere giustificato solo laddove sia indispensabile la presenza della parte, vuoi per dare piena tutela del diritto fatto valere o vuoi perché questa tutela non possa essere attuata senza pregiudicare la situazione soggettiva del contraddittore necessario. Il litisconsorzio necessario non può trovare fonte nel fatto che la nuova qualificazione del rapporto sia il presupposto di quello previdenziale, né, per l'effetto, l'intervento in giudizio dell'istituto – ancorché per il recupero di contributi assicurativi e delle relative sanzioni civili a carico del datore di lavoro – determina necessità di integrazione del contraddittorio giustificato dal fatto che la domanda proposta dall'interventore comporta una decisione che dipende dalla risoluzione delle stesse questioni proposte con la domanda del lavoratore³⁸.

Quanto detto vale anche nel caso in cui il ricorso introduttivo del giudizio sia stato proposto anche nei confronti dell'istituto assicuratore, in quanto, trattandosi di cause scindibili, si verifica un mero litisconsorzio facoltativo³⁹.

³⁶ M. TREMOLADA, *op.cit.*, nt.31

³⁷ Cass., 11 gennaio 2001 n. 299, *de jure*

³⁸ Cass. 07 agosto 2000 n. 10377, *MGC*, 2000, 1738; Cass.10 gennaio 1994 n. 169, *RIDL*, 1994, II, 623 nt PIZZOFERRATO.

³⁹ Cass. 23 gennaio 2003 n. 1013, *cit.*

L'istituto non è contraddittorio necessario neppure quando si discute della regolarizzazione del rapporto assicurativo «quantunque si controverta sulla esistenza del rapporto di lavoro come presupposto di quello previdenziale»⁴⁰.

Non solo, nei giudizi tra Inps e datore di lavoro aventi ad oggetto la sussistenza, o meno, del rapporto di assicurazione obbligatoria (affermato dall'Istituto e negato dal datore di lavoro) per essere controversa la stessa sussistenza del rapporto di lavoro subordinato, non vi è necessità di integrare il contraddittorio nei confronti del lavoratore, atteso che l'accertamento con forza di giudicato è chiesto solo con riferimento al rapporto assicurativo previdenziale, mentre la questione concernente il rapporto di lavoro può essere risolta «incidenter tantum»⁴¹. E quindi senza che la decisione possa costituire giudicato nei confronti del datore di lavoro, mentre è irrilevante il fatto che l'Inps abbia chiesto un'espressa condanna del datore di lavoro al pagamento dei contributi, «giacché tale richiesta non incide sulla natura del rapporto processuale esistente tra le parti delle due domande azionate nel medesimo giudizio (quella del lavoratore, proposta esclusivamente nei confronti dell'Ente previdenziale, e quella di quest'ultimo nei confronti del datore di lavoro), e non determina quindi la trasformazione dei due distinti rapporti in un litisconsorzio necessario fra tutti e tre i soggetti»⁴².

Un ulteriore elemento a favore dell'autonomia dei rapporti può essere tratto dall'inopponibilità all'Inps dell'accordo transattivo raggiunto dalle parti sulla qualificazione del rapporto di lavoro. La vicenda transattiva è estranea al rapporto tra quest'ultimo e l'Inps, avente ad oggetto il credito contributivo derivante dalla legge in

⁴⁰Cass., 26 febbraio 2004 n. 3941, *MGC*, 2004, II; Cass. 07 gennaio 1998 n. 72, *ivi*, 1998, 18.

⁴¹Cass., 29 aprile 2003, n. 6673, *ivi*, 2003, IV; Cass. 05 luglio 2002 n. 9774, *ivi*, 2002, 1169; Cass. 11 gennaio 2001 n. 299, *Inf.prev.* 2001, 571

⁴²Cass. 05 luglio 2002 n. 9774, *cit.*

relazione all'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, giacché alla base del credito dell'ente previdenziale deve essere posta la retribuzione dovuta e non quella corrisposta, in quanto l'obbligo contributivo del datore di lavoro sussiste indipendentemente dal fatto che siano stati in tutto o in parte soddisfatti gli obblighi retributivi nei confronti del prestatore d'opera, ovvero che questi abbia rinunciato ai suoi diritti: «pertanto, attesa l'autonomia tra i due rapporti, la transazione suddetta non spiega effetti riflessi nel giudizio con cui l'Inps fa valere il credito contributivo»⁴³.

Il discorso qui condotto sulla facoltatività del litisconsorzio in giudizio per l'Inps deve essere esteso nei confronti di ogni altro ente rispetto al quale la certificazione produce effetti.

Per quanto attiene, invece, l'ente certificatore deve escludersi anche in questo caso la necessità di integrare il contraddittorio. Nulla vieta che nel caso in cui il datore di lavoro venga convenuto in giudizio per l'accertamento della subordinazione di un rapporto di lavoro certificato quale contratto di lavoro a progetto, l'ente certificatore possa intervenire *ad adiuvandum*, specie se tale intervento si legge nell'ottica di evitare una connessa controversia di responsabilità del *certifier*.

5.7. Efficacia probatoria del provvedimento di certificazione: presunzione relativa?

La certificazione, si affermava nell'art. 5 della legge delega, deve avere «piena forza legale». Nel disciplinare gli effetti della certificazione, l'art. 79 ha trasfuso la «piena forza legale» in quello che dottrina ha definito «effetto preclusivo». L'effetto preclusivo, tuttavia, opera fuori dal giudizio nella misura in cui impedisce agli enti di

⁴³Cass. 03 marzo 2003 n.3122, *LG*, 2003, 953 nt GIRARDI

emanare provvedimenti sanzionatori finché la certificazione non sia stata impugnata ai sensi dell'art. 80. Nulla si dice rispetto a come il giudice debba valutare nel processo il provvedimento di certificazione. Probabilmente ogni analisi sul valore probatorio della certificazione sarebbe esclusa proprio dalla natura della certificazione: la certificazione non accerta uno stato di fatto ma qualifica il rapporto e stando così le cose non ha senso parlare di efficacia probatoria⁴⁴. Plausibilmente se la certificazione opera nel caso di rapporto non ancora instaurato, non costituisce l'accertamento di uno stato di fatto, ma la medesima cosa non può dirsi se l'accertamento avviene per il contratto in corso e neppure per la distinzione tra appalto e somministrazione illecita. Ne consegue che non si può dire che la certificazione, in questi casi, sia totalmente sprovvista di un valore probatorio.

Parte della dottrina ha preso in considerazione il fatto che possa trattarsi di presunzioni⁴⁵. Per presunzione s'intende «ogni argomento, congettura, illazione, attraverso cui, essendo già provata una determinata circostanza (c.d. fatto base o indizio), si giunge a considerare provata altresì un'altra circostanza, sfornita di prova diretta»⁴⁶. Le presunzioni si dicono legali quando è la stessa legge che, in via generale attribuisce ad un fatto valore di prova in ordine ad un altro fatto, che quindi viene presunto: ad esempio la legge presume che chi ha il possesso di una cosa altrui sia in buona fede (art. 1147 comma 3 c.c.). Rispetto alla certificazione dei contratti di lavoro la legge nulla dice al riguardo e la qual cosa ci porterebbe ad escludere le presunzioni

⁴⁴L. NOGLER, *Il nuovo istituto*, cit., 120. *Contra* L. DE ANGELIS, Art. 9 –*Delega al governo in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI – M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal «Libro Bianco» al Disegno di legge delega*, Ipsoa, 2002, 97; M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, LD 2003, 118, cit., 118 V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 294.

⁴⁵ Peraltro difficilmente vincibili. ALLEVA P. -ANDREONI A. – ANGIOLINI V. – COCCIA F. – NACCARI G., *Un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti*, in AA.VV., *Lavoro: ritorno al passato*, Ediesse, 2002.

⁴⁶ A. TORRENTE – P. SHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2013, 246.

legali, assolute o relative che siano. Secondo la disposizione codicistica dell'art. 2727 c.c. le presunzioni non sono solo una prerogativa della legge ma sono le conseguenze che anche il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignoto. Si tratta delle c.d. presunzioni semplici, disciplinate dall'art. 2729 c.c. a mente del quale, «le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti».

Le presunzioni – assolute e relative – sono uno strumento utilizzato dal legislatore per modificare il tradizionale riparto dell'onere della prova individuato dall'art. 2697 c.c.

Tralasciando le prime che non ammettono prova contraria, è opportuno, in questa sede, analizzare il rapporto che intercorre tra l'istituto in esame e le **presunzioni relative**.

La presunzione si definisce relativa qualora il legislatore, senza bisogno di prova, considera vero un fatto, finché non sia provato il contrario⁴⁷. Solitamente quest'attività inferenziale è svolta facendo ricorso alle massime d'esperienza, ovvero regole probabilistiche, tratte per induzione da accadimenti storicamente ripetuti ed uniformi⁴⁸.

La parte che allega il fatto presunto è, quindi, esonerata dalla prova dello stesso incumbendo, invece, sulla controparte la prova del contrario. La prova contraria può essere fornita facendo ricorso a qualsiasi mezzo di prova, salvo che la legge disponga diversamente⁴⁹. In questi casi non si delinea un'inversione dell'onere della prova, ma un'inversione del rischio della mancata prova rispetto alla regola generale⁵⁰. La parte che sarebbe onerata di dedurre la prova contraria secondo la tradizionale regola dell'art. 2697 c.c., infatti, sarà, altresì, onerata di fornire la prova contraria in queste ipotesi, con

⁴⁷S.PATTI, *Probatio e praesumptio: Attualità di un'antica contrapposizione*, RDC., 2001, 484.

⁴⁸Sulle massime d'esperienza v. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, 1912 (rist. 1965), 1027; S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in Enc. dir., IX, Giuffrè, 1961, 99 ss.; V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, RDP, 1972, 421.

⁴⁹ Le limitazioni possono concernere vuoi i mezzi di prova utilizzabili (art. 899 c.c. ad esempio) o l'oggetto della prova contraria (es. 1335 c.c.)

⁵⁰L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Utet, 2010 322; M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig., disc. priv. sez. civ.*, Utet vol. XIII, 1995, 76

l'unica differenza che, qualora la prova contraria non dovesse essere raggiunta, l'esito della decisione sarà necessariamente ad essa sfavorevole. La prova fornita, infatti, intende dimostrare – direttamente o indirettamente – che il fatto presunto non si è verificato, quindi, si sostanzia in una prova di segno opposto alla presunzione.

Tra il fatto noto e il fatto ignoto non deve esserci un nesso causale esclusivo, bastando all'uopo che il fatto da provare sia conseguenza ragionevolmente possibile secondo un criterio di normalità⁵¹. Il ricorso alla presunzione è consentito al giudice sulla scorta del fatto che l'ordinamento processuale difetti di una norma di chiusura sulla tassatività tipologica delle prove e si basi sul principio del libero convincimento del giudice (art. 116 c.p.c.). Nel sistema processualciviltistico il giudice può porre a base del proprio convincimento le c.d. prove atipiche purché fornisca adeguata motivazione⁵². Come ricordato, il legislatore è intervenuto sul vizio di motivazione quale doglianza per il ricorso in Cassazione⁵³ e in questo caso, la contestazione trova spazio nell'art. 360 n.4 trattandosi di un *error in procedendo*.

L'unico limite all'operatività delle presunzioni è posto dall'art. 2729 c.c. che ammonisce il giudice dal fondare il proprio convincimento su presunzioni che non risultino «gravi, precisi e concordanti».

Non si ritiene, tuttavia, che possa trattarsi di una presunzione o quantomeno che come presunzione possa avere una piena efficienza. Difatti, nel caso della difformità del programma negoziale certificato e attuato potrebbe ricorrere un'ipotesi di simulazione relativa. La simulazione relativa è soggetta a una precisa disciplina probatoria, che

⁵¹Cass. 31 ottobre 2011 n. 22656, *de jure*. Il libero convincimento del giudice trova un limite nelle c.d. prove legali, la cui efficacia probatoria è stata determinata, aprioristicamente, dal legislatore. A titolo esemplificativo artt. 2700, 2702, 2705, 2709, 2712, 2713, 2714, 2715, 2720, 2733, 2734, 2735, 2738 c.c., nonché dall'art. 239 c.p.c. (cfr. Cass., Sez. Un., 18 novembre 2008, n. 27337, *CG*, 2009, 4, 477; *D.RESP*, 2009, 1, 96; *FI*, 2009, 3, 1, 767; *GI*, 2009, 4, 859).

⁵²Cass., 5 marzo 2010, n. 5440, *MGC*, 2010, III, 330

⁵³Cass., S.U., 22 settembre 2014 n.19881, *Pluris*.

esclude il ricorso alle presunzioni. Ed in tal senso non ammetterebbe che la certificazione possa essere assunta come elemento presuntivo, atteso che laddove ciò avvenga non si tratterebbe di un'eccezione in senso ampio per cui, sarebbe la parte a doverne lamentare l'inammissibilità⁵⁴.

Autorevole dottrina ha accostato la certificazione agli argomenti di prova di cui all'art. 116 c.p.c.⁵⁵.

Si parla di argomento di prova per indicare un fatto che non ha valore probatorio ma offre solamente elementi per la valutazione di altre prove⁵⁶, ovvero indizi, circostanze comunemente equiparate alle presunzioni semplici quanto ad efficacia⁵⁷. Di argomenti di prova il legislatore parla in chiave generale nell'art. 116, comma 2, c.p.c., chiarendo che essi possono essere tratti dalle risposte rese dalle parti in sede di interrogatorio libero ex art. 117 c.p.c., dal rifiuto a consentire le ispezioni ordinate ex art. 118, comma 2, c.p.c., comunque dal contegno processuale delle parti⁵⁸. La categoria si rivela, quindi, estremamente eterogenea, comprendendo sia specifici comportamenti normativamente previsti (quali le risposte all'interrogatorio libero ex art. 117 c.p.c., il rifiuto senza giustificato motivo ad acconsentire alle ispezioni ex art. 118, comma 2, c.p.c., l'ingiustificata mancata conoscenza dei fatti della causa da parte del procuratore al tentativo di conciliazione ex art. 185 c.p.c., le dichiarazioni rese dalle parti al CTU ex art. 200 c.p.c., la mancata ed ingiustificata risposta all'interpello ritualmente rivolto ex

⁵⁴Cass. 17 luglio 2014 n. 16377, *MGC*, 2014.

⁵⁵E. GHERA, *La certificazione*, cit., 294. R.BARCHI, *La certificazione dei rapporti di lavoro, profili processuali*, in Aa. Vv., *Come cambia il lavoro*, Ipsoa, 2004, 434.

⁵⁶Innanzitutto, in base al principio di acquisizione, deve ritenersi che tutte le risultanze istruttorie, qualunque sia la parte ad iniziativa della quale sono state assunte, concorrono indistintamente alla formazione del libero convincimento del giudice (nella pacifica giurisprudenza, per tutte e tra le ultime cfr. Cass. 12 agosto 2010, n. 18647, *RDI*, 2010, V, 491; Cass. 19 gennaio 2010, n. 739, *MGC*, 2010, I, 64.

⁵⁷G. MORLINI, *Art. 116 c.p.c.*, in *Commentario al Codice di procedura Civile*, a cura di Paolo Cendon, II, Giuffrè, 2012, 919-951.

⁵⁸(cfr. artt. 185, 200, 232, 310, 420 c.p.c.), che rimandano alla valutazione ex art. 116, comma 2, c.p.c., di determinate situazioni.

art. 232 c.p.c., le prove raccolte in un processo estinto ex art. 310, comma 3, c.p.c., l'ingiustificata mancata comparizione delle parti all'udienza ex art. 420 c.p.c. prevista nel rito del lavoro); sia comprendendo la clausola generale del contegno delle parti genericamente considerato ex art. 116, comma 2, c.p.c., che non inerisce solo a comportamenti processuali ma anche extraprocessuali. Si badi bene che il comportamento processuale ed extraprocessuale delle parti si attegga non semplicemente quale elemento di valutazione delle prove acquisite, ma può assurgere ad unica e sufficiente fonte di prova idonea a sorreggere la decisione del giudice di merito, come le presunzioni⁵⁹.

Pur se è opinione diffusa quella per la quale gli argomenti di prova sarebbero collocati al gradino più basso di un'ipotetica scala dei valori probatori, la più autorevole dottrina ritiene che, a livello di struttura, l'argomento di prova non è facilmente distinguibile dalle presunzioni, rilevato poi che non esiste nel nostro ordinamento una gerarchia delle prove per la quale i risultati di alcune debbano prevalere nei confronti di altri dati probatori⁶⁰, essendo piuttosto vero che il Giudice è libero di scegliere gli elementi di prova dai quali trarre il proprio convincimento⁶¹.

Se si opta tuttavia per la riconduzione negli argomenti di prova, si deve altresì concludere che la certificazione non ha, di fatto, alcun valore probatorio particolare, posto che si atterrebbe come ogni altro elemento da cui il giudice può desumere prova, al pari per intendersi, della contraddizione dell'atto difensivo della parte. Si tratterebbe di un *nomen juris* maggiormente qualificato, dotato di un'intrinseca stabilità

⁵⁹ Tra le tante, cfr. Cass. 29 settembre 2009, n. 20819, *de jure*. Cfr. anche Cass. 10 agosto 2002, n. 12145, *AGCSS*, 2003, VII-VIII, 633; Cass. 26 giugno 2007 n. 14748, *MGC*, 2007, VII; Cass 4 maggio 2005 9279, Cass. 21 gennaio 2005, 1568, Cass 10 agosto 2002 n. 12145; Cass. 19 luglio 2002 n. 10568, tutte in *de jure*.

⁶⁰ *Ex pluribus*, Cass., 18 aprile 2007, n. 9245, *MGI*, 2007,

⁶¹ Tra le ultime, Cass., 15 giugno 2010, n. 14348, *LG*, 2010, IX, 943.

provvisoria. Di un provvedimento la cui motivazione può servire per corroborare la scelta del tipo contrattuale ma dal quale il giudice può liberamente discostarsi.

Sul punto è intervenuto il legislatore del «Collegato lavoro», che all'art. 30, comma 2, stabilisce che nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione. La disposizione non ha particolare valore innovativo nella misura in cui un obbligo di motivazione del giudice, nel caso in cui intenda disattendere la qualificazione operata dal *certifier*, sarebbe indirettamente derivato dalla riqualficazione (*motivazione per relationem*). Rappresenta, quindi, l'ennesimo tentativo del legislatore di dotare la certificazione di una stabilità mediante una disposizione pleonastica, e che, nei fatti, non incide sul tallone d'Achille della certificazione: la debole tenuta giudiziaria.

5.8 La tenuta giudiziaria della certificazione: le scarse pronunce giurisprudenziali.

Nel corso della trattazione non è mancata l'occasione per far riferimento alle scarse, per la verità, pronunce giurisprudenziali in tema di certificazione. In particolare si è fatto riferimento al riconoscimento dell'efficacia della certificazione rispetto ai terzi e alle conseguenze dell'omissione del tentativo di conciliazione. Nello specifico, si è dato atto che l'obbligo di dar corso al tentativo di conciliazione riguardi anche i terzi e che l'espletamento dello stesso si atteggi a condizione di procedibilità, sebbene manchi la norma che lo sanzioni espressamente. Non solo. Nel caso di vertenza con l'Inps, in virtù della circolare del 2005, all'ente non è consentito di notificare cartelle di pagamento

fino a che il provvedimento di certificazione non sia impugnato vittoriosamente secondo i mezzi indicati dall'art. 80⁶², chiarendo, dunque, che l'effetto inibitorio della certificazione non attenga all'esecutorietà di provvedimenti ispettivi, ma che di fatto non impedisca il potere di accertamento ma semmai quello sanzionatorio.

Si è dato atto delle pronunce del tribunale di Bergamo e della corte di Appello di Brescia che hanno operato la riqualificazione del contratto di lavoro come se la certificazione *tamquam non esset*, semplicemente sulla scorta dei classici indici di riconoscimento della subordinazione: inconsistenza del progetto che coincideva con l'oggetto sociale dell'azienda, tempi di lavoro, luoghi, compenso, controllo sulle rimanenze. Nessuna valenza probatoria è stata riconosciuta alla certificazione.

Si dà poi atto del filone milanese che ha ritenuto, sull'onta di quell'arretratezza culturale ben esplicata dal Carinci, di non dover decidere nel caso della mancanza della ragione sostituiva posta alla base del contratto a termine certificato, passando la palla al giudice amministrativo. E proprio in merito alla giurisprudenza amministrativa, da segnalare come il diniego di certificazione sia di fatto denunciabile mediante i vizi del procedimento.

Questa rapida rassegna giurisprudenziale offre qualche spunto su cui riflettere. Per prima cosa parrebbe smentire alcune preoccupazioni mostrate dalla dottrina in ordine a una possibile pigrizia dei giudici che, innanzi al provvedimento di certificazione avrebbero rinunciato alla loro attività di accertamento sulla reale natura del contratto di lavoro⁶³. Non solo apatia, ma anche una sorta di *moral suasion* ingenerata dall'autorevolezza del *certifier*. Infine, lo scarso utilizzo nella pratica dello strumento ha

⁶² www.inps.it

⁶³ Al contrario, in un'ottica di sospetto, V. SPEZIALE, *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, cit, 213 ss., propone di prevedere sanzioni civili inasprite nel caso in cui il giudice disattenda *ex tunc* la certificazione

smentito anche quei timori inerenti alla deflazione cattiva, frutto della dissuasione dei lavoratori indotti a ritenere irreversibile la certificazione⁶⁴.

Un altro dato non può tacersi: il garbuglio creato dal legislatore sui mezzi di impugnazione della certificazione ha trovato riscontro nelle pronunce giurisprudenziali. Non si comprende per quale ragione nell'ambito di una vertenza che concerne la verifica delle ragioni sostitutive che sorreggono il contratto a termine certificato, il giudice del lavoro non potesse disapplicare l'atto amministrativo e procedere all'irrogazione della sanzione che la legge prevede ovvero all'instaurazione del contratto di lavoro a tempo indeterminato, con la condanna del datore di lavoro per le spettanze retributive e contributive che ne sarebbero derivate. Non si può certamente parlare di provvedimento abnorme posto che la legge stessa riconosce l'annullamento dell'atto amministrativo per eccesso di potere e nel caso di specie, si tratterebbe di eccesso di potere in senso concreto, come si avrà modo di spiegare *infra*. Il punto è che, quand'anche il Tar riconosca che la doglianza dell'eccesso di potere sia fondata e provveda ad annullare l'atto amministrativo, per ottenere l'instaurazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato occorre rivolgersi al giudice del lavoro. L'annullamento del provvedimento è fine a se stesso, posto che la tutela chiesta dal lavoratore ovvero dai terzi non trova spazio avanti al giudice amministrativo. È la ragionevolezza del sistema ad imporre che il giudice del lavoro disapplichì la certificazione e proceda alla riqualificazione del rapporto di lavoro.

⁶⁴ E. GRAGNOLI. *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, RGL, 2004, I,551

5.9. L'impugnazione per erronea qualificazione del rapporto di lavoro.

Come ricordato nel paragrafo introduttivo, l'impugnazione per erronea qualificazione del rapporto di lavoro deve essere proposta innanzi al giudice del lavoro e concerne un vizio ascrivibile esclusivamente al *certifier*⁶⁵.

Rispetto a questo mezzo d'impugnazione, occorre preliminarmente chiedersi se colpisca l'atto di certificazione o il contratto.

Se inerisce il contratto, la disciplina del vizio andrebbe rinvenuta negli art. 1428 ss c.c, mentre qualora concernesse l'atto, la normativa appena citata non potrebbe trovare applicazione: gli atti amministrativi che sono governati dal principio della legalità e per i quali la rettifica è imposta dalla legge, anche nelle forme dell'autotutela⁶⁶.

La dottrina ritiene, quasi unanimemente, che la doglianza colpisca l'atto amministrativo, pertanto, non potrebbe applicarsi la disciplina dell'errore vizio dettata dal codice civile. Posto che colpisce il provvedimento di certificazione sorge spontaneo chiedersi in cosa, questo vizio differisca dall'eccesso di potere⁶⁷ e quale sia la ragione che abbia spinto il legislatore a prevedere l'impugnazione per erronea qualificazione del rapporto quale vizio contestabile davanti al giudice del lavoro, visto che la doglianza era già ricompresa nell'eccesso di potere⁶⁸. Probabilmente la ragione è che il giudice del lavoro, disapplicando l'atto amministrativo possa procedere alla riqualificazione del rapporto di lavoro, atteso che la disciplina dell'annullamento del contratto non si applica⁶⁹ e rilevato, peraltro, che non servirebbe nemmeno, visto che il contratto risulta nei fatti

⁶⁵ L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., 242.

⁶⁶ Cass. n. 425/1974, *GI*, 1975, I, 1347. *Contra* P. TULLINI, *op.cit.*, 845, che ne prospetta l'applicazione quand'anche colpisca l'atto amministrativo.

⁶⁷ V. SPEZIALE, *Sub art. 80*, cit., 195. Nello stesso senso P. BELLOCCHI, *op.cit.*, 1443

⁶⁸ V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 282-283; E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 293.

⁶⁹ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, *DLRI*, 2004, 235.

superato da quello tacitamente posto in essere dalle parti⁷⁰. La questione riflette il rapporto tra atto di certificazione e contratto, sul quale si tornerà nel prossimo paragrafo in maniera approfondita. Qui giovi ricordare soltanto che alla prova dei fatti, vi sono sentenze del tribunale meneghino che hanno ritenuto che, qualora fosse prospettabile un vizio attinente la categoria dell'eccesso di potere denunciabile avanti al giudice amministrativo, la riqualificazione del giudice del lavoro avrebbe potuto trovare spazio solo dopo la pronuncia del giudice amministrativo e sentenze inerenti il filone bergamasco che ammettono che il giudice del lavoro possa disapplicare l'atto e procedere alla riqualificazione del contratto. Così argomentando, per il tribunale milanese, l'annullamento dell'atto amministrativo sarebbe *condicio sine qua non* affinché il giudice del lavoro possa riqualificare il rapporto di lavoro. Si ritiene di non condividere questa impostazione, riflesso – secondo Costantino – dell'arretratezza del legislatore, il quale talvolta dimentica che il riparto di giurisdizione avviene *ratione materiae* e che alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo residua un ruolo marginale⁷¹. Lo stesso autore sottolinea come da tempo si era segnalata la possibilità per il giudice ordinario di pronunciare provvedimenti che modifichino o estinguano atti amministrativi, come ad esempio accade per il procedimento per la tutela dei dati personali, ai sensi dell'art. 152 della l. 196/2003, per la rettificazione degli atti dello stato civile, oggi regolato dagli artt. 95 ss dpr 3 novembre 2000 n. 396, per l'opposizione alle sanzioni amministrative ai sensi dell'art. 23 della l. 24 novembre 1981 n. 689⁷². Alla stessa tecnica avrebbe potuto ricorrere il legislatore nel caso

⁷⁰ V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit 297

⁷¹G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 449.

⁷²*Ibidem*.

dell'impugnazione dell'atto di certificazione, evitando di dar vita a un sistema complesso, foriero di dubbi in merito alle questioni pregiudiziali.

Ad ogni modo, l'erronea qualificazione del contratto di lavoro rilevarebbe sia nei termini dell'errore di diritto sia quale errore di fatto. L'**erronea qualificazione** giuridica di un rapporto è denunciabile in sede di legittimità sotto il profilo della falsa applicazione di norme di diritto, allorché il *certifier* abbia accertato gli elementi costitutivi del rapporto stesso – tanto dal punto di vista oggettivo quanto in riferimento alle finalità perseguite dalle parti – ed abbia, poi, errato nel sussumerlo sotto una disciplina giuridica diversa da quella sua propria in base agli elementi di fatto accertati⁷³.

L'erronea qualificazione deve essere fatta valere innanzi al giudice territorialmente competente ai sensi dell'art. 413 c.p.c., ma non necessariamente l'impugnazione deve rivestire la forma del ricorso ex art. 414 c.p.c. Il giudizio può essere introdotto anche mediante altri atti difensivi e seguendo altri procedimenti, con l'unico limite, di cui si è disquisito a suo tempo, che gli effetti della certificazione vengono meno a fronte di una sentenza di merito ovvero di un procedimento equivalente idoneo a passare in giudicato, indi per cui, si ritiene di rinviare a quella sede.

Qui occorre, invece, affrontare la questione, peraltro già introdotta in merito all'accertamento del rapporto di lavoro, della natura del provvedimento del giudice del lavoro e della sua efficacia.

Si è in quell'occasione smentita la natura dichiarativa della pronuncia, che pur è autorevolmente sostenuta in dottrina⁷⁴. La sentenza con cui il giudice qualifica il

⁷³ In analogia a quanto previsto per l'erronea qualificazione del giudice v. Cass. 9 maggio 1985 n.2891, *MGC*, 1985, V.

⁷⁴ V. *contra* V. SPEZIALE, *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, cit.,197; P. TULLINI, *op.cit.*, 845.

rapporto di lavoro ha valore costitutivo ed ha efficacia retroattiva, nel senso che opera sin dalla conclusione dell'accordo contrattuale.

Sembrerebbe, quindi, opportuno delineare alcuni principi che ineriscono la qualificazione del rapporto di lavoro operata dal giudice di merito.

La riconduzione del programma negoziale al tipo contrattuale legale non dovrebbe essere un'attività, ontologicamente parlando, diversa da quella che compie il *certifier*. Così almeno dovrebbe essere se si vuole che la certificazione sia dotata di una stabilità di tipo intrinseco. L'attività di qualificazione rappresenta un'operazione complessa, resa ancora più spinosa dalla proliferazione contrattuale che caratterizza il mondo lavoristico. In questo senso la flessibilità contrattuale potrebbe essere maggiormente compresa e valorizzata dalla commissione di certificazione che, mediante l'attività di consulenza e assistenza, nonché con la visita aziendale – realizzata quasi dai *certifiers* per prassi – dovrebbe avere un contatto diretto con le modalità esecutive del rapporto di lavoro, fermo restando che anche il giudice, nell'ambito del sistema inquisitorio attenuato abbia i mezzi idonei a procedere alla qualificazione del contratto di lavoro e rilevato inoltre che anche la motivazione del provvedimento amministrativo possa rivelarsi uno strumento utile per il giudicante, nella misura in cui contenga un giudizio approfondito sulla valutazione degli indici che hanno determinato la sussunzione in un tipo contrattuale piuttosto che in un altro.

Anche la qualificazione operata dal giudice di merito può essere oggetto di contestazione ma si ricordi che «le relative censure, per essere esaminabili, non possono risolversi nella mera contrapposizione tra l'interpretazione del ricorrente e quella accolta nella sentenza impugnata ma debbono essere proposte sotto il profilo della mancata osservanza dei criteri ermeneutici di cui agli art. 1362 ss. c.c. o dell'insufficienza o

contraddittorietà della motivazione, e, in ossequio al principio di autosufficienza del ricorso, debbono essere accompagnate dalla trascrizione delle clausole individuative dell'effettiva volontà delle parti (la cui ricerca, che integra un accertamento di fatto, è preliminare alla qualificazione del contratto), al fine di consentire, in sede di legittimità, la verifica dell'erronea applicazione della disciplina normativa»⁷⁵. Si ricordi poi, come si era già detto, che la riforma del 2012 ha inciso sul vizio di motivazione per cui non sarà più possibile ricorrere in Cassazione dolendosi dell'insufficiente e contraddittoria motivazione. Nel caso di specie non si pongono particolari problemi laddove l'erronea qualificazione del contratto di lavoro rientri tra gli errori di diritto che possono essere fatti valere ai sensi dell'art. 360 n.3 c.p.c.⁷⁶. Si rileva, peraltro, l'impossibilità in questi casi di far valere l'errore di fatto c.d. revocatorio, ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c., il quale deve consistere in una mera svista di carattere materiale, che abbia indotto il giudice a supporre l'esistenza di un fatto la cui verità è esclusa in modo incontrovertibile, oppure a considerare inesistente un fatto positivamente accertato in un modo parimenti indiscutibile: «pertanto non può ritenersi errore di fatto quello che si sostanzia in un'erronea interpretazione di un contratto, dovuto a deficiente o incongruo esame del suo contenuto e conseguentemente in un'erronea qualificazione giuridica del medesimo, risolvendosi tale giudizio in un vizio del procedimento esegetico che non dà luogo a denuncia per revocazione e che è invece riparabile mediante gli ordinari mezzi di impugnazione»⁷⁷.

In conclusione si ricordi che l'erronea qualificazione del contratto di lavoro non rappresenta un'eventualità così remota, anche nel caso in cui il *certifier* sia esperto e

⁷⁵Cass. 28 luglio 2005, n.15798, *MGC*, 2005, VII-VIII

⁷⁶ Sia consentito rinviare A. TAMPIERI – M. BARBERIO, *Il controllo della Cassazione sulle norme generali*, (a cura di) *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2013, 78.

⁷⁷Cass. 21 aprile 2006 n.9396, *MGC*, 2006, IV

competente, posto che si tratta di un'attività complessa, quand'anche alla base della stessa siano posti gli orientamenti della giurisprudenza e i codici di buone pratiche. Non si tratta di un'operazione matematica per cui la presenza degli indici di subordinazione determina automaticamente la riconduzione nel tipo contrattuale, anche perché questa eventuale equazione dovrebbe tenere conto che non sempre gli indici sono tutti presenti e si muovono in direzioni univoche. Talvolta è necessario operare una valutazione di massima e la mutevolezza di taluni indici si trasforma in un'arma a doppio taglio, dal momento che li rende malleabili rispetto al caso concreto ma per l'effetto priva l'attività di qualificazione di dogmatica certezza. In questo senso la motivazione del provvedimento di certificazione potrebbe servire per consentire al giudice di comprendere quali siano le ragioni che la commissione di certificazione ha tenuto in considerazione per la qualificazione del contratto e, in tal senso potrebbe costituire un importante argomento di prova. Non solo, il provvedimento è espressione dell'attività di qualificazione operata dal *certifier* e il suo grado di approfondimento potrebbe dimostrare che l'errore cui è incorso è incolpevole.

5.10. Atto di certificazione e contratto: l'impugnazione per erronea qualificazione del contratto.

Il rapporto tra atto di certificazione e contratto dovrebbe atteggiarsi in termini di autonomia. Il contratto preesiste all'atto di certificazione e né risulta possibile interpretare il contratto certificato quale atto complesso, in cui ricorrano l'atto di autonomia delle parti e il provvedimento di certificazione⁷⁸. Sembra, quindi, che la linea

⁷⁸L. NOGLER, *op.cit.*, 235. *Contra*, A. TURSI, *op.cit.*, 640, il quale definisce la certificazione un atto amministrativo complesso, comprensivo di una dichiarazione delle parti in ordine al contratto che intendono stipulare e una manifestazione di giudizio inerente la qualificazione del contratto realizzata dall'organo. Nello stesso senso. E.GHERA, *Nuove tipologie contrattuali*, cit. 533-534.

di demarcazione sia netta, nel senso che il vincolo tra le parti deriva dalla stipulazione contrattuale, mentre alla certificazione s'imputa la stabilità degli effetti della qualificazione contrattuale operata dal certificatore.

I rapporti tra atto di certificazione e contratto certificato si complicano quando si analizza il sistema d'impugnazione delineato dall'art. 80 (v. ad esempio sul vizio del consenso §). Non a caso si è dato atto della mancanza di concordanza delle opinioni dottrinali in merito alla riconduzione del vizio di erronea qualificazione nelle doglianze concernenti l'atto di certificazione ovvero il contratto certificato. Secondo parte della dottrina la pronuncia del giudice di merito nel caso dell'erronea qualificazione del rapporto di lavoro, riguardando l'atto di certificazione non si riverbera sul contratto⁷⁹. Non si potrebbe procedere all'annullamento dell'atto per errore di diritto ovvero risolverlo per il venir meno di una implicita condizione assunta come elemento che ha influenzato la volontà delle parti nell'ambito della presupposizione.

Della categoria civilistica dell'errore di diritto si è avuto modo di parlare affrontando il tema della responsabilità degli enti certificatori e in quella sede se ne erano individuati i presupposti, ovverosia l'essenzialità e la riconoscibilità. Nel caso di specie ciò che rileva, ai fini dell'analisi dell'errore, è il profilo temporale. Se le parti avevano maturato la loro volontà contrattuale prima di rivolgersi alla commissione di certificazione, il loro consenso non è stato indotto dal *certifier*. Ne conseguirebbe un'irrilevanza, sotto il profilo del vizio della volontà, del ruolo del certificatore, a maggior ragione sostenibile nel caso di contratto in corso di esecuzione, dove è evidente che la volontà a contrarre è già determinata. Cosa che non potrebbe affermarsi nel caso in cui le parti siano state

⁷⁹ In questo senso L. NOGLER, *ult.op.cit.*,

affiancate nella stipula del contratto dalla commissione di certificazione⁸⁰. Nell'assistenza e consulenza alle parti, l'errore di diritto imputabile all'organo di certificazione potrebbe avere inciso sulla determinazione della volontà contrattuale ed in questo senso non si potrebbe negare aprioristicamente che l'errore sull'atto di certificazione non produca effetti indiretti sulla volontà delle parti e sul contratto⁸¹.

Per quanto concerne la presupposizione, occorre preliminarmente fornirne una definizione. Si parla di presupposizione quando le parti, nel concludere un negozio giuridico, fanno riferimento ad una circostanza esterna, attuale o futura, che, senza essere espressamente menzionata nel negozio, ne costituisce il presupposto oggettivo.

In questo senso il provvedimento di certificazione potrebbe aver indotto le parti a ritenere la piena legittimità del contratto⁸². Tuttavia, l'atto amministrativo di certificazione difetta del requisito della certezza dell'evento per essere assunto dai contraenti come determinante ai fini del loro consenso⁸³. Non solo, è l'indisponibilità del tipo contrattuale ad escludere che le parti possano confidare nella concessione del provvedimento amministrativo. Il provvedimento di certificazione è un atto valutativo, al pari della qualificazione giudiziaria, e come tale potrebbe discostarsi dalle valutazioni delle parti⁸⁴. In ultimo, la condizione inespressa deve essere del tutto slegata dalla volontà delle parti: condizione che verrebbe meno qualora le parti impugnino la

⁸⁰ E.GHERA, *Nuove tipologie contrattuali*, cit., 535; A. TURSI, *La certificazione*, cit., 656; P. TULLINI, op.cit., 832; V. SPEZIALE, *ult.op.cit.*, 213ss. Contra P. BELLOCCHI, *op.cit.*, 1449, secondo cui nulla giustifica l'annullamento del contratto per errore indotto dalla certificazione. Il contratto è espressione dell'autonomia delle parti e la commissione offrirebbe un parere posto che la natura giuridica di un contratto non si deve all'atto di certificazione.

⁸¹ Questa strada è lasciata aperta da V. SPEZIALE, *ult.op.cit.*

⁸² La dottrina non è unanime sul punto. La tesi è negata da L.NOGLER, *La certificazione*, cit., §15; L. DE ANGELIS, *La certificazione all'interno della riforma del lavoro*, cit, §6. In senso positivo si sono espressi E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali*, cit., 535; P. RAUSEI, *La certificazione del contratto di lavoro*, *DPL*, 2003, X, inserto, 21. G. DONDI, *op.cit.*, §7 precisa che in linea di massima la presupposizione può non operare, fatto salvo il caso in cui la commissione abbia partecipato alla stesura del contratto.

⁸³ *Ibidem*

⁸⁴ *Ibidem*

certificazione. Certamente quanto appena detto non varrebbe per l'impugnazione dei terzi, fermo restando che la censura sull'incertezza della condizione inespressa e l'indisponibilità del tipo sembrano essere argomentazioni difficilmente bypassabili.

Tirando le fila del discorso, l'erronea qualificazione del rapporto di lavoro del *certifier* può incidere sul contratto, provocandone l'annullamento, solo quando l'errore di diritto sia stato indotto dall'assistenza della commissione nell'ambito della stipulazione del contratto e si tratti di errore bilaterale. Diversamente l'erronea qualificazione del contratto resta errore dell'atto amministrativo, rispetto al quale, come detto *supra*, l'annullamento del contratto è atto superfluo visto che tra le parti ha efficacia il contratto che intendevano stipulare⁸⁵.

5.11. Difformità del programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione.

Come nel caso dell'erronea qualificazione del contratto di lavoro, anche per la difformità tra programma negoziale certificato e attuato si disquisisce se inerisca il contratto o il provvedimento.

Anche questa volta il dato letterale porta a ritenere che l'impugnazione riguardi l'atto di certificazione, pur tuttavia rappresentando una contraddizione nei termini. Non si farebbero, infatti, valere vizi della decisione della commissione proprio perché la doglianza non attiene al momento genetico del contratto, ma si tratta di patologie che si manifestano nella fase esecutiva, nei fatti estranea, perché successiva, alla certificazione⁸⁶. L'antinomia è che si tratta di un ricorso formalmente diretto contro la certificazione quando si ammette che «il rapporto effettivamente realizzato dalle parti

⁸⁵V. SPEZIALE. *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro, cit.*, 297

⁸⁶In tal proposito P. BELLOCCHI, *op.cit.*, 1146, parla di previsione pleonastica e incongrua.

non è mai stato certificato, essendo in concreto diverso da quello oggetto di certificazione»⁸⁷. Tant'è che si può concludere che non si tratta di una vera e propria impugnazione, quanto di un'azione volta a rimuovere l'effetto preclusivo dell'art. 79⁸⁸

5.12. Vizi del consenso.

L'art. 5 della legge delega prevedeva l'impugnazione della certificazione per erronea qualificazione del contratto di lavoro e per difformità tra il programma negoziale attuato e certificato. Mancava, quindi, il riferimento ai vizi del consenso, che è, invece, stato inserito nell'art. 80 del d.lgs. 276/2003. Per prima occorrerebbe capire se il vizio della volontà riguardi il contratto, al provvedimento certificativo ovvero alla procedura certificativa. Nell'ultima ipotesi, la doglianza inerisce alla violazione delle norme del procedimento, posto che deve trattarsi di una procedura cui le parti aderiscono volontariamente, si potrebbe pensare che il vizio del consenso riguardi il condizionamento della volontà di ricorrere alla procedura⁸⁹.

Se la rimostranza attenesse, invece, il provvedimento di certificazione, se ne dovrebbe sottolineare l'improprietà visto che si tratta di un atto amministrativo⁹⁰, tuttavia, il maldestro dettato letterale dell'art. 80 d.lgs. 276/2003 indurrebbe a concludere comunque in tal senso. L'opinione di chi scrive è che se il vizio della volontà non concerne la manifestazione del libero consenso di adesione alla procedura allora

⁸⁷ A. VALLEBONA, *Volontà assistita e certificazione*, in *Studi in onore di M. Persiani, Diritto del lavoro I nuovi problemi*, Cedam, 2005, 835.

⁸⁸ TURSI, *op.cit.*, 655.

⁸⁹ M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, *RIDL*, 2007, 331-332, in questo senso la certificazione sarebbe inefficace mentre il contratto perfettamente valido.

⁹⁰ M.G. GAROFALO, *ult.op.cit.*, 435

atterrebbe al programma negoziale dissimulato⁹¹ e potrebbe, sol per l'effetto, riverberarsi sull'atto di certificazione⁹².

5.13. Efficacia dell'accertamento.

Tra i bizantinismi che corre l'obbligo di segnalare, si ricordi anche la diversa efficacia dell'accertamento giudiziale secondo il vizio, riconosciuto dall'autorità giudiziaria, affliggente il provvedimento amministrativo. La qual cosa stupisce perché l'attività compiuta dal giudice non muta a seconda della doglianza rammostrata posto che si tratta sempre di provvedere a qualificare correttamente il contratto di lavoro. Se si tratta di difformità, gli effetti non retroagiscono al momento della conclusione del contratto ma, a tenore dell'art. 80 dal momento in cui la sentenza accerta la difformità. Si tratta di una previsione che cozza⁹³ con quanto previsto in generale nel caso dell'accertamento della simulazione relativa ai sensi dell'art. 1414 c.c., comma secondo: «se le parti hanno voluto concludere un contratto diverso da quello apparente, ha effetto tra esse il contratto dissimulato».

Il bizantinismo è stato risolto – anche se un'interpretazione rigorosa imporrebbe sempre di far retroagire gli effetti al momento della conclusione del contratto – dalla dottrina nei termini in cui si riconosce che «si tratta delle stesse conseguenze prodotte dalla decisione del giudice, che, in base al concreto svolgimento del contratto, rileva l'insussistenza del lavoro autonomo e stabilisce che in realtà si trattava di subordinazione sin dall'inizio del rapporto o da un momento successivo»⁹⁴. Anzi la

⁹¹ Nello stesso senso P. TULLINI, *op.cit.*, 843ss

⁹² G.DONDI, *op.cit.*, 123.

⁹³ M.G GAROFALO, *ult. op.cit.*, 434

⁹⁴ M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, RGL, I, 2003,381;

possibilità di far retroagire la qualificazione a un momento successivo da quello della stipula dell'accordo, farebbe salva l'eventuale novazione⁹⁵.

Secondo altra dottrina, la piena retroattività della sentenza sarebbe basata sulla considerazione per cui, una diversa interpretazione giudiziale dell'accordo fra le parti, ai sensi dell'art. 1362, secondo comma, c.c., produrrebbe effetti sempre a partire dal momento in cui tale difformità si è realizzata e cioè a partire dall'inizio dell'esecuzione⁹⁶.

Nel caso invece dell'impugnazione per vizi del consenso o per erronea qualificazione, la sentenza di accoglimento dell'impugnazione ha efficacia *ex tunc*.

Al riguardo, il legislatore avrebbe potuto preferire un'azione di annullamento alla stregua di quanto previsto per l'art. 2113 c.c. ed, invece, la scelta è ricaduta su una declaratoria di nullità *ex tunc* dell'atto di certificazione e non del contratto⁹⁷.

Quand'anche il provvedimento di certificazione fosse riconosciuto come inidoneo a rappresentare la reale situazione contrattuale del rapporto di lavoro, non è escluso che potrebbe dispiegare qualche effetto positivo. S'inserirebbe nel sistema premiale che il legislatore ha costruito intorno allo strumento certificatorio, rispetto al quale, l'effetto inibitorio delle sanzioni ispettive rappresenta l'acme, ma nel quale riconosciamo anche la Direttiva sacconi, la normativa sugli appalti confinati ed in un certo senso anche la circolare Inps del 2005, ma non solo.

La certificazione nel caso dell'accoglimento dell'impugnazione potrebbe spiegare effetti attenuanti in ordine alle conseguenze sanzionatorie che derivano dall'accertamento di una diversa qualificazione del contratto del lavoro⁹⁸.

⁹⁵L.NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, www.csdllex.unict.it. 18

⁹⁶E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, cit., §5.

⁹⁷E.GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, §5 2004; TULLINI, *op.cit.*, 846.

⁹⁸*Contra* M. TREMOLADA, *op.cit.*, 336

Le sanzioni penali sarebbero escluse⁹⁹ ovvero attenuate¹⁰⁰ secondo quanto detto nel capitolo precedente cui sia consentito rimandare.

Potrebbero però derivare, dalla certificazione, anche delle attenuazioni delle sanzioni civili. In particolare, l'art. 116, comma 15, l. n. 388/2000 che prevede la riduzione fino alla misura degli interessi legali delle sanzioni civili per omessa contribuzione previdenziali in caso di «rilevanti incertezze interpretative». Difatti la riqualificazione del rapporto di lavoro da parte del giudice di merito a fronte di una erronea valutazione di un ente che il legislatore ha ritenuto competente nell'inquadramento del rapporto, potrebbe dimostrare, in *re ipsa*, una rilevante incertezza interpretativa.

Parimenti dovrebbe escludersi ai sensi del comma 8 del medesimo articolo l'occultamento del rapporto di lavoro, proprio perché l'eventuale nuova qualificazione non costituisce occultamento, anzi, le parti in maniera del tutto volontaria si sono rivolte all'ente certificatorio per ottenere una qualificazione di un rapporto che hanno denunciato.

5.14. Il ricorso innanzi al giudice amministrativo.

Si è avuto modo, nel corso della trattazione, di manifestare adesione rispetto al pensiero di chi in dottrina aveva sottolineato come la previsione del ricorso al giudice amministrativo rappresenti un'inutile complicazione. Non può negarsi, tuttavia, che vi sono state delle pronunce recenti in cui il ricorso al giudice amministrativo sia stato valorizzato a tal punto da non consentire al giudice del lavoro di riqualificare il contratto di lavoro, senza che prima il giudice amministrativo abbia provveduto all'annullamento del provvedimento di certificazione. Non si può, parimenti, tacere che nella legge

⁹⁹ Così anche NOGLER, *La certificazione*, §5

¹⁰⁰ E.GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 534.

delega mancasse ogni riferimento all'impugnazione dell'atto di certificazione avanti al Tar e che questa previsione sia stata aggiunta per sedare le preoccupazioni manifestate in ordine alla possibilità che l'azione in giudizio contro il provvedimento di certificazione fosse eccessivamente limitata. La disposizione, citando Carinci: «è probabilmente riconducibile allo zelo di uno di quei consulenti «amministrativi» di spirito e di ruolo, che abbondano nei meandri del ministero, per cui se un organo deve essere considerato amministrativo e il suo prodotto, allora non c'è niente da dire e da fare se non investire Tar e Consiglio di stato del relativo contenzioso a prescindere»¹⁰¹.

Il ricorso amministrativo, peraltro, non è previsto per le classiche ipotesi individuate nella violazione di legge, eccesso di potere ed incompetenza. L'incompetenza, sebbene l'art.77 detti norme precise, non è sanzionata espressamente, anche se potrebbe essere ricompresa nei vizi del procedimento. Anche l'eccesso di potere non corrisponde pienamente alla categoria amministrativa classica, poiché l'attività di qualificazione non è attività discrezionale¹⁰² e soprattutto a fatica si comprende in cosa si differenzi dall'erronea qualificazione, ma anche dalla distonia tra programma negoziale certificato e attuato, alla luce del più volte citato filone giurisprudenziale milanese.

Le norme dettate dal legislatore sul ricorso sono piuttosto scarse.

Il ricorso deve essere presentato avanti al tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'organo che ha operato la certificazione e sono contestabili la violazione delle norme di procedimento e l'eccesso di potere.

Rispetto alla prima categoria di doglianze si ritiene che siano lamentabili: l'incompetenza territoriale, la non effettività dell'assistenza, l'assenza della comunicazione alla Dtl, il provvedimento privo di motivazione, la mancata

¹⁰¹ F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in Carinci F. (coordinato da), *Commentario al decreto legislativo*, cit, I, LXXX

¹⁰² Come nota V. SPEZIALE, *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, cit.,221

sottoscrizione del provvedimento, al pari di tutte le norme prescritte nei regolamenti dei *certifier*.

Nella seconda invece, il diniego della procedura certificativa. Da segnalare, in proposito, una pronuncia del Tar Lombardo che ha riconosciuto la fondatezza dell'impugnazione del provvedimento nel caso del diniego di certificazione¹⁰³. In particolare risultava fondato il profilo attinente alla violazione dell'art. 10 bis L. n. 241 del 1990, non avendo il *certifier* provveduto a comunicare, prima dell'adozione del provvedimento finale, i motivi che ostavano all'accoglimento della domanda.

Osserva, al riguardo, il Collegio: «l'art. 10 *bis*, L. n. 241 del 1990 esprime una regola di portata generale, il cui fondamento costituzionale va rinvenuto negli artt. 3 e 97 della Costituzione e nel principio del giusto procedimento¹⁰⁴, il cui limite è segnato dal successivo art. 21 *octies* comma 2, che impone al giudice di rifuggire da ogni formalismo e di valutare sul piano sostanziale il provvedimento, di cui resta precluso l'annullamento, nel caso sia verificabile in giudizio la sua legittimità sostanziale». Il Tar ha, poi, escluso questa sanatoria sulla scorta dell'argomentazione per cui il diniego deriverebbe da «divergenze tra le modalità di svolgimento del rapporto di lavoro descritto nel testo contrattuale e quanto emerso in sede di audizione delle parti, con particolare riferimento alle modalità di determinazione del corrispettivo». I dinieghi possono essere unicamente ed esclusivamente motivati dalle risultanze dell'audizione delle parti, non consentendo, dunque, che su di esse s'instaurasse il successivo contraddittorio prima di disattendere l'istanza¹⁰⁵. L'istituto di cui all'art. 10 bis mira, infatti, a realizzare un contraddittorio *predecisorio* per consentire la piena

¹⁰³T.A.R. Lombardia Milano Sez. I, 07 febbraio 2012, n. 430, *Dejure*

¹⁰⁴T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 23 marzo 2011 n. 518, *ivi*

¹⁰⁵La possibilità di replicare era in ogni caso tanto più necessaria sul rilievo che il citato art. 5 del D.M. 21 luglio 2004 non impone la congiunta audizione delle parti.

partecipazione procedimentale dell'interessato, ed ha la finalità di consentire, anche nei procedimenti ad istanza di parte, gli apporti collaborativi dei privati, allo scopo di porre questi ultimi in condizione di chiarire tutte le circostanze ritenute utili¹⁰⁶. Fase in cui, peraltro, non è escluso il ruolo collaborativo, auspicato dal legislatore, degli enti rispetto ai quali la certificazione produce effetti.

La pronuncia in esame non si dimostra soltanto utile rispetto alla possibilità di duolersi del diniego di procedura innanzi al Tar, che appariva nei fatti quasi scontata, quanto per i numerosi riferimenti alla legge del procedimento amministrativo quale normativa cui fare riferimento per colmare la lacunosa disciplina della procedura certificatoria.

La dottrina ha sottolineato più volte la scarsa conoscenza degli istituti amministrativi da parte del legislatore che consente l'impugnazione per eccesso di potere laddove di un potere discrezionale la commissione non è titolare¹⁰⁷. Si era paventata questa impugnazione nel caso in cui l'organo abilitato esorbiti dalle ipotesi di certificazione previste dalla legge.¹⁰⁸ In realtà, dopo il «Collegato Lavoro», la certificazione non ha più limiti oggettivi, essendo certificabile ogni contratto in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro.

L'azione è diretta a ottenere l'annullamento del provvedimento amministrativo. Si tratterebbe di un annullamento fine a se stesso, atteso che la riqualificazione e le relative pretese contributive e retributive sarebbero azionabili solo innanzi al giudice del lavoro.

Di conseguenza si dubita dell'utilità dello strumento, posto che è difficile manifestare

¹⁰⁶T.A.R. Toscana, Sez. II, 17 giugno 2009 n. 1058, *ivi*, ed aumentare così le «chances» del cittadino di ottenere dalla stessa P.A. ciò a cui ambisce (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1 luglio 2010 n. 22079, T.A.R. Puglia Bari, Sez. II, 14 gennaio 2010, n. 53, *ivi*). Soltanto nell'ipotesi in cui l'Amministrazione non possa in alcun modo discostarsi da quanto emerso in sede procedimentale, quando, cioè, la partecipazione dell'interessato non sarebbe di alcuna potenziale utilità, l'obbligo sancito dalla richiamata norma diviene recessivo (T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, 5 aprile 2011 n. 2992, T.A.R. Puglia Lecce, Sez. II, 11 novembre 2010 n. 2645, tutte in *de jure*).

¹⁰⁷V. SPEZIALE, *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, *cit.*, 211.

¹⁰⁸L.NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, www.csdle.lex.unict.it, 45

un reale interesse per l'impugnazione autonoma, mentre sarebbe più agevole rivolgersi al giudice del lavoro, che ha una cognizione piena sulla fattispecie negoziale, per ottenere una corretta qualificazione giuridica¹⁰⁹. Di diverso avviso il tribunale di Milano¹¹⁰, per cui la difformità rientra nell'eccesso di potere, indi per cui, non sarebbe possibile impugnare sotto il profilo formale la causale contrattuale – posto che la vertenza aveva ad oggetto la certificazione della causale del contratto a termine e rilevato che la questione dopo l'approvazione del *Jobs Act* è priva di rilevanza pratica attesa la liberalizzazione del contratto a termine – senza prima impugnare l'atto avanti al Tar competente e «ciò tanto se si reputa che la commissione di certificazione abbia fatto un cattivo esercizio dei suoi poteri certificando la conformità della causale alla disciplina di cui al d.lgs. 368/2001, quanto se si ritiene che non rientri nell'area del potere certificatorio della commissione stessa attestare la regolarità sotto il profilo formale della causale posta al contratto per giustificare la delimitazione temporale della collaborazione lavorativa tra le parti»

Parrebbe, quindi, che la disapplicazione dell'atto sia prodromica non soltanto per il caso dell'eccesso di potere in astratto, ovverosia, per il fatto che la commissione di certificazione non sia dotata del potere di certificare le ragioni che sottendono il contratto a termine, ma quand'anche abbia fatto un cattivo uso dei proprio poteri, ovverosia quando si configuri un eccesso di potere in concreto. Ne conseguirebbe che secondo il giudicante, la difformità tra programma negoziale attuato e certificato – che si verifica in quanto le ragioni sostitutive non abbiano trovato riscontro poi nell'esecuzione del contratto – rientri nella categoria dell'eccesso di potere, come peraltro avevamo già prospettato. Si tratterebbe di una duplicazione di mezzi di

¹⁰⁹ V.SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 290

¹¹⁰ Trib. Milano n. 2682 del 01/06/2012, e n. 900 del 05/03/2013, nonché 9 aprile 2014.

impugnazione qualora entrambi i vizi colpissero l'atto di certificazione e non solo. Se la difformità summenzionata colpisce l'atto di certificazione, per quale ragione non si può censurarla avanti al giudice del lavoro senza passare dal Tar? Se fosse necessario l'annullamento dell'atto non avrebbe senso attribuire quella competenza al giudice del lavoro che finirebbe per non esercitarla, infatti, l'atto sarebbe già stato annullato, e visto che la distonia attiene all'atto, mancherebbe la *causa petendi*. Discorso diverso potrebbe farsi se quel vizio attenesse al contratto certificato, difatti, mentre l'eccesso di potere sarebbe sanzionabile avanti al Tar, il giudice del lavoro potrebbe disapplicare l'atto e procedere alla nuova qualificazione.

La soluzione dei giudici milanesi si scontra poi con il dato letterale dell'art. 79 del d.lgs. 276/2003, il quale precisa che gli effetti della certificazione permangono finché non viene accolto uno dei ricorsi previsti all'art. 80 dello stesso decreto. La qual cosa significa che per far venire meno tali effetti è indifferente quale ricorso sia accolto e di conseguenza sarebbe sufficiente il ricorso al giudice del lavoro. Diversamente il legislatore avrebbe fatto riferimento al solo annullamento dell'atto per rimuovere gli effetti della certificazione. Se invece si ammette la strada del giudice del lavoro si riconosce che l'efficacia può venire meno semplicemente con la disapplicazione dell'atto.

Rilievi conclusivi.

Nell'introduzione al presente lavoro si era sottolineato come per comprendere appieno lo strumento certificatorio occorresse superare la prospettiva angusta della flebile tenuta giudiziaria della certificazione. Ci si è proposti di guardare all'istituto della certificazione temperando vuoi il panegirico dei consulenti del lavoro e vuoi l'apocalittica visione di destrutturazione del sistema del diritto del lavoro, promanante dal mondo sindacale e in parte dottrinale, fuggendo i sospetti di incostituzionalità, derivanti dalla limitata azionabilità in giudizio delle pretese dei lavoratori, e dissentendo dall'impressione «di riferirsi a chi, volendo compiere un peccato sociale, cerchi una sorta di legittimazione preventiva nel tentativo di pararsi di fronte alle conseguenze del peccato stesso [...] un'autodenuncia soggettiva e cioè un tentativo di rinforzare preventivamente un assetto (o una clausola) contrattuale che già si riconosce intrinsecamente traballante». La certificazione è stata poi accusata, di essere «un istituto pericoloso e infido», e ad un collettore di «deflazione cattiva» e di «*moral dissuasion*» per i giudici italiani: a tratti si ha l'impressione di assistere a una vera e propria gogna mediatica, un processo alle intenzioni, in pieno *more italico*. A più di dieci anni dall'emanazione della legge Biagi, probabilmente un bilancio sull'istituto può farsi, con riserva peraltro. Solo una piena diffusione dell'istituto potrà darci il metro su come valutare, ad esempio la tenuta giudiziaria della certificazione. La prassi, scarna a dire il vero, dimostra come la certificazione non sembra aver indotto nei lavoratori alcuna dissuasione dall'azionare in giudizio le proprie pretese e né tantomeno i giudici si sono spogliati del loro potere di accertamento sulla natura del rapporto di lavoro, a fronte della sussunzione operata dal certificatore. Anche perché se queste preoccupazioni fossero state fondate non si spiegherebbe per quale ragione i datori di lavoro si siano

ben guardati dal dar seguito alla procedura certificativa. Ciò che le poche pronunce giurisprudenziali in tema dimostrano è che la certificazione in giudizio non assume alcun valore probatorio privilegiato. L'atteggiamento dei giudici verso lo strumento certificatorio è ancora di chiusura, rilevato che la legge non contiene alcun meccanismo di «blindatura» della certificazione per le rammostrate ragioni di costituzionalità, diversamente da quanto accade in Germania, senza che ciò desti particolari preoccupazioni. Nel sistema giuridico italiano è impensabile impedire al giudice di pronunciarsi sulla qualificazione operata in via extraprocessuale da un soggetto terzo e non solo perché sarebbe incostituzionale. Non si può concepire di sottrarre al lavoratore, *capite deminutus*, il baluardo rappresentato dalla giustizia statale. Basti riflettere alle feroci polemiche che hanno accompagnato l'introduzione del ricorso all'equità per l'arbitrato del lavoro. Le *Adr* del lavoro – di cui fa parte a pieno titolo la certificazione – sono storicamente guardate con sospetto perché tacciate di essere confacenti allo strapotere contrattuale del datore di lavoro. Certamente non può ricondursi l'insuccesso della certificazione semplicemente al suddetto preconcetto: se la certificazione non è ancora diventato «quell'elemento tipico di riferimento per gli operatori e per la stessa magistratura», probabilmente è anche per quegli aspetti di «concorrenza al ribasso» che si sono a suo tempo segnalati. D'altronde la qualità del lavoro dei certificatori sarà proporzionale alla competenza attestata dalla conferma giudiziale delle loro valutazioni e visto il misero numero di pronunce giudiziale ogni tentativo di trarre conclusioni sarebbe aprioristico.

La prassi dimostra, poi, come gli effetti fiscali della certificazione siano rimasti tutti sulla carta, posto che non si registrano precedenti giurisprudenziali in cui la commissione tributaria, in presenza di contratti certificati, abbia sospeso il giudizio per

l'espletamento del tentativo di conciliazione ovvero per dar corso alla pregiudiziale di accertamento della reale natura dei rapporti di lavoro. A riprova del fatto che sono forse gli enti che hanno maggiormente a che fare con la qualificazione del rapporto di lavoro che ne hanno più incisivamente compreso, o subito, a seconda dei punti di vista, le potenzialità del congegno certificatorio. D'altronde il legislatore si è molto adoperato per sponsorizzare la certificazione negli ultimi interventi, senza mai realmente intervenire sul *punctum prudens*: la tenuta giudiziaria della certificazione.

E' poi importante segnalare che anche il giudizio sull'insuccesso dello strumento certificatorio merita di essere parzialmente rivisto. Negli ultimi anni la certificazione sta prendendo piede, in particolare nel Veneto, Emilia Romagna, Lombardia e Lazio, segno dello sgretolamento del muro della diffidenza che, anche gli stessi datori di lavoro, avevano eretto. Probabilmente è il riflesso della logica premiale che il legislatore ha costruito intorno all'istituto, primo fra tutti, l'effetto inibitorio delle sanzioni amministrative che ha trovato piena validazione nella circolare *Inps* 2005 nonché nella circolare Sacconi. Ma non solo. Anche la valorizzazione dell'aspetto consulenziale e assistenziale alle parti, non solo nel momento della stipulazione del contratto. La possibilità di certificare contratti in corso dà la possibilità di verificare, forse addirittura più incisivamente di un giudice, le modalità esecutive del contratto e questa peculiarità, unita alla conoscenza degli orientamenti giurisprudenziali, potrebbero assicurare alla certificazione quella stabilità che la legge stessa non le riconosce. La stabilità intrinseca della certificazione dipende, in verità, dal grado di approfondimento dell'aspetto motivazionale del procedimento. Nella motivazione del provvedimento viene dato conto della *check and balance* degli indici di subordinazione, degli elementi che hanno indotto il *certifier* a ricondurre la fattispecie contrattuale a quel preciso tipo legale. Si tratta di

un'attività valutativa non agevole, visto il polimorfismo contrattuale del diritto del lavoro italiano e considerata la mutevolezza degli indici della subordinazione e la loro vischiosità rispetto all'evoluzione del mercato del lavoro. Tant'è che qualcuno ha autorevolmente sostenuto che in uno stato civile la certezza della definizione del tipo dovrebbe essere affidata alla norma e non all'interpretazione soggettiva degli operatori del diritto.

In questo senso da molti anni si discute della possibilità di ricondurre *ad unum* la moltitudine di contratti che riscontriamo nel mondo del lavoro. Il 20 febbraio il CDM ha dato il via libera definitivo al decreto attuativo sul contratto a tutele crescenti previsto della legge 10 dicembre 2014 n. 183 e un avvallo preliminare al decreto legislativo sul riordino delle tipologie contrattuali. L'abolizione della reintegra *ex art.* 18 Statuto dei Lavoratori e gli incentivi fiscali rendono particolarmente conveniente per un'azienda la trasformazione dei contratti a progetto in contratti a tempo indeterminato a tutele crescenti. Non sorge alcun obbligo legale di conversione dei co.co.pro in contratti a tempo indeterminato, semplicemente i primi sono destinati a perdere il loro *appeal* per effetto dei predetti incentivi. La subordinazione non sarà più determinata secondo il criterio storico dell'eterodirezione ma seguendo quello più ampio dell'etero-organizzazione: un lavoratore può essere anche molto autonomo perché non riceve ordini e direttive, ma essendo la sua prestazione lavorativa organizzata secondo i tempi e i modi dell'azienda sarà da qualificarsi come dipendente. Bisognerà, quindi, che gli operatori del diritto, e di riflesso anche i certificatori, si adeguino rispetto a una accezione di subordinazione che in realtà non è propriamente nuova ma che come contraltare potrebbe agevolare l'individuazione della subordinazione e rendere meno utile il ricorso allo strumento certificatorio. Ricorso, già ridotto per effetto della

acausalità del contratto a termine e di somministrazione. Non sarà più necessario vagliare e, quindi certificare, le ragioni organizzative, sostitutive e produttive. Si tratta di misure cariche di forti speranze deflazionistiche, stranamente riflesso di interventi di natura sostanziale e non processuale. Non che la riforma non abbia risvolti processuali importanti, rilevato che è stata prevista una nuova procedura di conciliazione e l'abolizione del Rito Fornero per i nuovi assunti. La qual cosa non stupisce, perché gli interventi sulla procedura conciliativa del lavoro e sul rito rappresentano il *leit motiv* di ogni riforma del lavoro.

Ad ogni modo, queste riforme potrebbero ridurre il contenzioso sulla qualificazione del rapporto di lavoro e, di riflesso, limitare significativamente i margini di operatività della certificazione, con buona pace degli sforzi propulsori operati in suo favore nell'ultimo decennio dal legislatore e dello sforzo dottrinale di riconoscervi una qualche utilità deflattiva.

BIBLIOGRAFIA

Aa. Vv., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Atti del X convegno nazionale di diritto del lavoro, Udine 10-11-12 Maggio 1991, Giuffr , 1994

Aa. Vv., *La responsabilit  dei magistrati Atti di congressi*, Jovene, 2008

ACCORNERO A., *Il mondo della produzione*, Il Mulino, 1994

ALBANESE A., *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, RGL, I, 2008.

ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullit  del contratto*, Jovene, 2003;

ALLEVA P. -ANDREONI A. – ANGIOLINI V. – COCCIA F. – NACCARI G., *Un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti*, in AA.VV., *Lavoro: ritorno al passato*, Ediesse, 2002, 87

ALPA G., *L'arbitrato irrituale. Una lettura civilistica dell'art. 808-ter del codice di procedura civile*, CI., 2011, 320

ARDAU G., *Lineamenti di diritto del lavoro*, Edizioni Italiane, 1942, 100

ASPRELLA C., *La scure della Consulta si abbatte sul giudizio di equit  necessario: una salutare interpretazione costituzionalmente orientata del secondo comma dell'art. 113 c.p.c.*, RTPC., 2005, 641-651

ASPRELLA C., *Riflessioni in margine al significato semantico e alla interpretazione giuridica dei "principi informatori" della materia*, RP, 2005, 1369-1376

AULETTA, *Le impugnazioni del lodo nel "Collegato lavoro" (L. 4 novembre 2010, n.183)*, www.judicum.it

BALLESTRERO M.V., *Intervento*, in AA. VV., *Il lavoro e i lavori*, LD, 1989, 209 ss.

BALLESTRERO M.V., *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, LD., 1987, 41 ss.

BALLESTRERO M.V., *Perturbazioni in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 1167, LD*, 2009, 3 ss

BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffré, 1969, 20.

BARCHI R., *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, in Aa. Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*, IPSOA, 2004

BELLAVISTA A., *La derogabilità assistita nel d.lgs. 276/2003*, CSDLE, N.35/04, 13.

BELLAVISTA A., *Sub art. 68. Rinunzie e transazioni*, in GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, Cedam, 2004, 779 ss.

BENASSI G., *La riforma del mercato del lavoro: modifiche processuali*, LG, 749 ss

BETTI E. *Teoria generale del negozio giuridico*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, 1960.

BIAGI M., *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, RIDL, III, 2001, §2

BIAGI M., *La nuova disciplina applicabile al socio lavoratore di cooperativa*, in *Omaggio a Marco Biagi (Raccolta degli scritti 1997-2002)*, fascicolo speciale di Guida al Lavoro, 16.

BIAGI M., *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertiumgenus o codificazione di uno Statuto dei lavori?*, www.adapt.it, 13

BIAGI M., *Le ragioni in favore di uno "Statuto dei nuovi lavori"*, IS, 1998, 41

BIAGI M., *Università e orientamento al lavoro nel dopo riforma: verso la piena occupabilità?*, L. MONTUSCHI – M. TIRABOSCHI – T. TREU, *Un giurista progettuale*, Giuffré, 2003

BIANCHI D'URSO F., Commento dell'art. 69 bis, *Riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle pubbliche amministrazioni*, N.L.C.C., 1999, 1486, n.t. 6.

BIAVATI P., *Arbitrato irrituale*, in *Arbitrato. Commentario*, diretto da F. Carpi, Zanichelli, 2007

BIAVATI P., *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, RTDPC, 2006, 565

BOCCAGNA S., *L'arbitrato di equità*, in G.FERRARO- M.CINNELLI (a cura di) *Il contenzioso lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Giappichelli, 2011.

BOLLANI A., *Il rito speciale in materia di licenziamenti*, in M.MAGNANI-M.TIRABOSCHI (a cura di) *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, 314 ss

BORGHESI D.- PELLACANI G., *La procedura preventiva in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *I licenziamenti individuali e collettivi*, a cura di Pellacani, Giappichelli, 2013,

BORGHESI D., *Bilanci e prospettive per l'arbitrato e la conciliazione nei contratti collettivi*, LPA, 2003, 1061

BORGHESI D., *Conciliazione e procedimento speciale dei licenziamenti per la riforma Fornero*, LG, 2012,

BORGHESI D., *Il tentativo di conciliazione*, in BORGHESI-BARBERIO, *Nozioni di procedura del lavoro*, Giappichelli, 2014, 4.

BORGHESI D., *L'arbitrato ai tempi del "Collegato lavoro"*, www.judicium.it

BORGHESI D., *La giurisdizione nel pubblico impiego*, 2002, Cedam.

BORGHESI D., *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, F. CARINCI -M.MISCIONE (a cura di) in *Commentario alla Riforma Fornero* (Legge n.92/2012 e Legge n.134/2012), 14 ss

BORGHESI D., *Riservatezza e segreto nella mediazione*, www.judicium.it.

BORGHESI D., *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in *Sulla riforma del processo civile*, in *Atti dell'incontro si studio* (Ravenna, 19 maggio 2006), Bologna, 2007, 72

BOVE M., *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n. 183)*, in www.judicium.it;

BOVE M., *Art. 808 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale, Nuove leggi civ. comm.*, 1160

BOVE M., *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, www.judicium.it

BOVE M., *La giustizia privata*, Cedam, 2013

BOVE M., *Responsabilità degli arbitri*, RA, II, 2014, 265ss.

BRONZO P., *Responsabilità civile dei magistrati*, CP, 2014, X, 3213b

CALAMANDREI P., *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Giuffré, 1926, 9 ss.

CANALE G. *Arbitrato e "collegato lavoro"*, www.judicium.it

CAPURSO P., *Sull'efficacia legale della certificazione nel rapporto contributivo*, RDSS, 2005, 335ss.

CARINCI F., *Il casus belli degli Enti bilaterali*, LD, 2003199 ss.

CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro bianco" al disegno di legge delega*, 2002, Ipsoa.

CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, 60

CARPI F., *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, RTPC., 1991, 389

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffré, 2000, 322 ss

CAVALLINI D., *Magistrati onorari e responsabilità disciplinare: giudice di pace, giudici onorari di tribunale, vice procuratori onorari*, Giuffre, 2009

CEANO M., *Il nuovo processo del lavoro*, Jovene, 2010

- CECCHIELLA C., *Arbitrato nelle controversie di lavoro*, Franco Angeli editore, 1990.
- CENTOFANTI S., *Accordi preventivi e accordi contingenti per la scelta delle forme di arbitrato nel Collegato lavoro 2010, LG*, 2010, 103
- CENTOFANTI S., *Accordi preventivi e accordi contingenti per la scelta delle forme di arbitrato nel Collegato lavoro 2010, LG*, 2010, 99.
- CENTOFANTI S., *Le nuove norme non promulgate di limitazione della tutela giurisdizionale del lavoratore, LG*, 2010
- CENTOFANTI S., *Prescrizione e lavoro subordinato*, ESI, 1987
- CENTOFANTI S., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. CINELLI – G. FERRARO, (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Giappichelli, 2011, 17 ss
- CESTER C., *La clausola compromissoria nel Collegato del lavoro 2010, LG*, 2011, 23.
- CESTER C., *Il futuro degli enti bilaterali: collaborazione e antagonismo alla prova della riforma del mercato del lavoro, LD*, 2003, 211 ss.
- CESTER C., *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro, DRLI*, 2008, 341
- CESTER C., *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro), ED*, XL, Giuffrè, 1989, 984
- CESTER, C. *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni, ADL.*, 3, 2012, 580
- CHIARLONI S., *Nuovi modelli processuali, RDC*, 1993, I, 269 ss.
- CHIOVENDA G., *Sul litisconsorzio*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, 435
- CHIOVENDA G., *Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 122.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, 1912 (rist. 1965), 1027

CINELLI M – NICOLINI C.A., *Il DPEF per gli anni 2004-2007; la previdenza nel decreto di attuazione della legge Biagi*, RIDL, 2003, III, 183

CIVINNINI M.G., *Note per uno studio sul litisconsorzio "unitario", con particolare riferimento al giudizio di primo grado*, RTPC, II, 429-504

COMOGLIO L.P., *Le prove civili*, Utet, 2010

CONSOLO C., *Deleghe processuali*, CG, 2005, 1189

CONTE R., *Il procedimento ingiuntivo tra diritto di difesa e principio di uguaglianza*, RDP, 1993, 1200 ss

CORBI C., *L'intramontabile fascino della c.d. «teoria unitaria» e l'ambiguità dell'arbitrato irrituale o libero*, RA, II, 2010, 327ss.

CORVINO A.- M. TIRABOSCHI, *Altre modalità di conciliazione e arbitrato previste nella contrattazione collettiva*, in *Formulario del processo del lavoro: aggiornato alla riforma della giustizia del lavoro, di cui alla l. 4 novembre 2010, n. 183*, Giuffré, 2011, 132

COSTANTINO G., *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, 1979, Jovene

COSTANTINO G., *Profili processuali della certificazione dei contratti di lavoro*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, 2004, 439 ss.

COSTANTINO G., *Profili processuali della certificazione*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, 2006, 605ss

CURSI M. F. (*In tema di giudizio di equità del Giudice di Pace*), GI., 2005, 2126- 2127

CURTI M., *L'arbitrato irrituale*, UTET, 2006, 294

D'ORONZO V., *La certificazione nella riforma del diritto del lavoro: finalità, natura, effetti*, LG, 2005, IV, 312

DALFINO D., *Il nuovo procedimento di impugnazione nel d.d.lfornero*, GP, III, 2012

DAMBORSIO L., *La “determinazione contrattuale” ex art. 808-ter c.p.c. quale espressione di potere dispositivo ex lege*, RA, II, 2014, 449ss.

DE ANGELIS L., *Art. 9 –Delega al governo in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI – M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal «Libro Bianco» al Disegno di legge delega*, Ipsoa, 2002, 97.

DE ANGELIS L., *Certificazione dei rapporti di lavoro e poteri del giudice: quale deflazione del contenzioso?*, in R. De Luca Tamajo- M. Rusciano- L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, Jovene, 2004, 295

DE ANGELIS L., in *Commentario breve*, in F. Carpi, M. Taruffo (a cura di), Cedam, 2012

DE ANGELIS L., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI M.T. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro: l. n. 30/2003*, Ipsoa, 2003, 234 ss.

DE ANGELIS L., *Le certificazioni all’interno della riforma del mercato del lavoro*, *RIDL*, 2004,I, 235 ss.

DE ANGELIS L., *Le controversie di lavoro pubblico: profili del tentativo obbligatorio di conciliazione*, *DLRI*, 1998, 817.

DE ANGELIS L., *Licenziamenti, Riforma Fornero e tormento del processo*, <http://csdle.lex.unict.it>;

DE CRISTOFARO M., *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, *LG*, 57 ss.

DE LUCA TAMAJO R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976, 8 ss

DE MARINI C.M., *Il giudizio di equità nel processo civile, Premesse teoriche*, CEDAM, 1959,103.

DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, RCDP, 1985, 437 ss.

- DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Cedam, 1974.
- DEL PUNTA R., *Enti bilaterali e modelli di regolazione sindacale*, LD., 2003, 219 ss.
- DEL PUNTA R., *Opinioni sul “collegato lavoro”*, DRI., 2011, 137
- DELLA PIETRA G., *Un primo sguardo all’arbitrato nel collegato lavoro*, www.judicium.it.
- DENTI V., *Appunti sul litisconsorzio necessario*, in RTPC, 1959, 14 ss.
- DENTI V., *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, RDP, 1972, 421.
- DI AMATO S., *La responsabilità disciplinare dei magistrati: gli illeciti, le sanzioni, il procedimento*, Giuffré, 2013
- DONDI G., *Le procedure di certificazione*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto e rapporto di lavoro*, in F. CARINCI –M. PERSIANI (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 2012, 105.
- DONDI G., *Sull’istituto della certificazione nel d. lgs. 276 del 2003*, in AA. VV.. *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, DL., 2004, III, 1067 ss.
- FABBRINI G., *Litisconsorzio*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffré, 1974, 839
- FABRIS P., *L’ indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Giuffré, 1978.
- FALZEA A., *Voce Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffré, 1958, 205
- FAZZALARI E., *Litisconsorzio necessario e filiazione legittima*, GCCV, 1946, 338 ss
- FERRANTI G., *Prime impressioni sulle implicazioni sul piano della teoria generale del diritto e le conseguenze sul piano processuale della riconciliazione fra diritto ed equità operata dalla Corte costituzionale*, GC, 2005, 2922-2939
- FERRARO G., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. CINNELLI- G-FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare, dal D.d.l. n. 112/200 alla riforma del lavoro pubblico*, Utet, 2009, 555.ss.

FERRARO G., *La composizione stragiudiziale delle controversie nel "Collegato lavoro"*, RDSS, 2010

FERRARO G., *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, 1992.

FERRARO G., *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XXVII, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, 1 ss.

FIATA E., *Tecniche di regolazione nel diritto del lavoro e autonomia individuale*, in G. PERONE – A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione*, Giappichelli, 2004, 121

FINOCCHIARO G. (*In tema di equità necessaria*), GI., 2005, 1219-1220

FLAMMIA R., *Conciliazione ed arbitrato nel rapporto di lavoro privato*, in *Conciliazione e arbitrato nelle controversie individuali di lavoro*, Bancaria, 42.

FONTANA G. (2004), *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Esi, Napoli, 311 ss.

FORNACIARI M., *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, 2002, Giappichelli

FRANZA G., POZZAGLIA P., *L'impugnazione della certificazione*, in PERONE G., VALLEBONA A., *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, 2004, 363 ss.

FRASCA R., *Il litisconsorzio necessario e facoltativo, anche nelle fasi di gravame. (note sui presupposti del litisconsorzio necessario)*, in <http://www.csm.it/quaderni/>

FROSINI V., *Equità (noz.)*, in Enc. Dir, XV, Giuffrè, 1966, 80

GAETA L. (1993), *Teorie e metodologie della subordinazione*, in GAETA L., TESAURO P., *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione. La subordinazione*, Utet, Torino, vol. I, 45 ss.

GALGANO F., *Diritto ed equità nei giudizi arbitrali*, in AA.VV., *L' arbitrato. Profili sostanziali*, I, Utet, 1999

GALGANO F., *Giudizio e contratto nella giurisprudenza sull'arbitrato irrituale*, *CI*, 1997, 885;

GAROFALO M.G., *Contratti di lavoro e certificazione*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, 2006.

GAROFALO M.G., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, 2005, 783

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

GAROFALO M.G., *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, *RGL*, I, 2003, 359 ss.

GAROFALO M.G., *Note sull'arbitrato nelle controversie di lavoro*, *DLM*, 2006, II, 322.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Esi, 2000, 1249

GHERA E., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Esi, 2004, 277 ss.

GHERA E., *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, *DPL.*, 2002, 527 ss.

GHERA E., *Il lavoro autonomo nella riforma del diritto del lavoro*, *RIDL*, IV, 2014, 501 ss.

GHERA E., *La questione della subordinazione tra modelli tradizionali e nuove proposte*, *DLRI.*, 1998, 621 ss.

GIANNINI M.S., voce *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, 1960, 769 ss.

- GIANNINI M.S. ,*Diritto amministrativo*, II, Giuffrè,1993, 484-485.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, 1988, 918
- GIORDANO R., *La Corte di cassazione, il giudizio di equità necessario e una discutibile interpretazione della sentenza n. 206 del 2004 della Corte costituzionale*,.GC., 2005, 1821-1826;
- GIUGNI G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli.
- GIUGNI G., *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: riesame critico*,DL., 1970,I, 3 ss.
- GIUGNI G., *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, RDL, I, 1958, 3.
- GRAGNOLI E..*L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, RGL, 2004, I,551.
- GRANDI M., *L'arbitrato irrituale del diritto del lavoro*, Giuffrè, 1963, 369
- LALIVE, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Losanna, 1989, 401.
- LISO F., *Collocamento e agenzie private*, GDRI, 2002, 600
- LISO f., *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato di lavoro*, in <http://csdle.lex.unict.it>, 2;
- LUISO F.P., *Commento all'art. 36 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80*, in M. DELL'OLIO-B.SASSANI (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro e processo*, Giuffrè,2000, 462..
- LUMIA G., *L'equità fra la giustizia e la legge*, RDC, 1976, 708
- LUNARDON F., *L'evoluzione del concetto di subordinazione nell'elaborazione dottrinale*, in AA.VV.,*Subordinazione e autonomia,vecchi e nuovi modelli*, UTET, 1998, 265 ss
- LUPOI M., *La responsabilità civile del magistrato: primi bilanci sull'applicazione della l. n. 117/1988*, RCP. ,2004, III, 679

M. ROSSETTI, *La responsabilità del mediatore, Libro dell'anno del diritto 2013*, 2013.

M. TARUFFO, voce *Onere dell'approva*, in *Dig., disc. priv. sez. civ.*, Utet vol. XIII, 1995

MAFFUCCINI M., *La certificazione dei contratti di lavoro*, QC, §5.

MAGGIORE G., *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1923, 256 ss.

MAGNANI M., *Disposizione dei diritti*, DDP sez. comm., V, Utet, 1990, 61

MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, IV, 2014.

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, III, 2012, Giappichelli,

MARAZZA M., *Oggetto ed effetti della nuova certificazione dei contratti di lavoro*, ADL, 2011, 61

MARINELLI M., *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Giappichelli, 2002.

MARINELLI M., *Il termine per la pronuncia del lodo*, CG, 2007, 878

MARIUCCI L., *Interrogativi sugli enti bilaterali*, LD, 2003, 163 ss.

MARTINENGO G., *Enti bilaterali: appunti per la discussione*, ivi, 2003, 175 ss.

MARTINO R., *Decisione equitativa e "principi informativi della materia".RDP*, 2005, 1353-1369

MARTINO R., *Giudizio equitativo e 'principi informativi della materia': continua la contesa tra la Consulta e la Suprema Corte.*,RDC., 2005,961-1002

MARULLO DI CONDOJANNI C., *Il contratto di arbitrato*, Giuffrè, 2008

MASSI E., *Conciliazione e collegi arbitrali irrituali*, DPL,II, 2001, 69 ss.

MASSI E., *Riforma del lavoro, d.lgs 10 settembre 2003 n.276 , Il nuovo mercato, i nuovi contratti , le nuove sanzioni*, ivi, 2003, 40, Suppl., 136

MAZZIOTTI F, *La prescrizione e la decadenza dei diritti dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale*, in E. Cataldi et al., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Angeli, 1978, 269

MAZZOTTA O, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di) *Tratt. dir. priv.*, 2 ed., Giuffrè, 2005.

MAZZOTTA O., *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in *Autonomia individuale e rapporto di lavoro: Atti del X congresso nazionale di diritto del lavoro*, Udine 10-11-12 maggio 1991, Giuffrè, 3

MAZZOTTI DI CELSO, *Profili di autotutela nei rapporti di lavoro*, Jovene, 1963, 138.

MENCHINI S., *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, Giuffrè, 1993

MENCHINI S., *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento nella necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, *RDC.*, 2006, 869.

MERONE, *Tentativo obbligatorio di conciliazione e nuovo rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti individuali (art. 1, commi 37-69, legge n.92/2012)*, in MARTINO – PANZAROLA (a cura di) *Le riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Giappichelli, 2013, 472

MICHELI G.A., *In tema di effetti della mancata integrazione del contraddittorio in caso di litisconsorzio*, *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, 45 ss

MISCIONE M., *Il Collegato lavoro proiettato al futuro*, *LG*, 2011, 6-9.

MONTUSCHI L., *Il contratto di lavoro fra pregiudizio ed orgoglio giuslavoristico*, *LD*, 1993, 29-30.

MORLINI G., Art. 116 c.p.c., in *Commentario al Codice di procedura Civile*, a cura di Paolo Cendon, II, Giuffrè, 2012

NICOLINI C.A., *Certificazione dei contratti e contenzioso nel "Collegato lavoro"*, *LG*, 2011, 350 ss

NOGLER L., *Ancora su “tipo” e rapporto di lavoro subordinato nell’impresa*, ADL, 2002, 109 ss.

NOGLER L., *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, MGL, 2003, III, 114

NOGLER L., *La certificazione dei contratti di lavoro*, DLRI, 2004, 203 ss. e su www.csdle.lex.unict.it.

NOGLER L., *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, RIDL, 1990, I, 184

NOGLER L., *Statuto dei lavori e certificazione*, DRI., 2004, 235 ss.

NOGLER L., *Sub Art. 30*, in L. NOGLER –M. MARINELLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro, Commento alla legge 4 novembre 2010 n.183*, Utet, 2012, 262

NOVELLA M. *Certificazione in materia di lavoro e tutela giurisdizionale*, LD, 2014, 347-348.

NOVELLA M., *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, ADL, 2003, 509 ss.

OCCHINO A., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, RGL., 2008, 183 ss

ORLANDO V. E., *La relazione alla legge del '28 sull’impiego privato*, in *Scritti vari*, 164

P. RAUSEI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, DPL, 2003, 10, XVII

PANZAROLA A., *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *I procedimenti cautelari*, a cura di A. CARRATTA, Zanichelli, 2013, 872

PASQUINI F., *Il ruolo degli organismi bilaterali nel decreto attuativo della legge 14 febbraio 2003 n. 30: problemi e prospettive*, *La riforma Biagi*, (a cura di) M. TIRABOSCHI, Giuffré 2004

PATELLI A., *Il litisconsorzio nel processo civile*, UTET, 2001

PATTI S., *Probatio e praesumptio: Attualità di un'antica contrapposizione*, RDC., 2001, 484.

PAULON P., *(Sulle obbligazioni solidali)*, FP, 2010, III, 644-647

PELLACANI G., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Giappichelli, 2002

PELLACANI G., *Il cosiddetto "Collegato Lavoro" e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, LD, 2010, 217 ss

PERA G., *La nuova disciplina dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, RIDL, 1999, I, 370

PERA G., *Le rinunzie e le transazioni. Art. 2113*, in *Il Codice Civile. Commentario diretto da P. SCHLESINGER*, Giuffrè, 1990

PERETTI GRIVA D., *Nota a Cass. del Regno, 11 gennaio 1939*, DL, II, 1939, 79

PICCIONE, *Il primo messaggio di rinvio di legge alle camere da parte del presidente Napolitano. L'art 74, comma 1, Cost. tra la tutela del favorpraestatoris e le garanzie del diritto parlamentare*, in G.COST., 2010, 975 ss

PINTO V., *Il tentativo di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico, Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Commentario diretto da F. CARINCI – M. D'ANTONA, 2a edizione, III, Giuffrè, 2000, 1913

PINTO V., *La modernizzazione promessa. Osservazioni critiche sul d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, www.unicz.it

PIRRUCCIO P., *La posizione di un terzo accertata in via incidentale esclude la necessità del litisconsorzio necessario. Necessaria l'integrazione del contraddittorio quando la prestazione è comune e inscindibile*, GD, 2011 XXII, 60-63

PIZZOFERRATO A., *La giustizia privata del lavoro*, Cedam, 2005

PROSPERETTI U., *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, Giuffrè, 1964

PROTO PISANI A., *Litisconsorzio necessario e diritti anteriormente acquisiti*, RDP, 1966, 480 ss

- PROTO PISANI A., *Studi di diritto processuale del lavoro*, Giuffrè, 2010, 65 ss
- PUGLIATTI S., voce *Conoscenza*, in Enc. dir., IX, Giuffrè, 1961, 99 ss.
- PUNZI C., *Disegno sistematico per l'arbitrato*, CEDAM, 2012, 255-257.
- PUNZI, C. *L'arbitrato: fecondità e attualità dell'insegnamento di Salvatore Satta*, RTDPC., 2003, pp. 749-750
- REDDENTI E. ,*Il giudizio civile con pluralità di parti*, 1960, Giuffrè, 254 ss
- RESSANI G., *Effetti processuali e sostanziali dell'integrazione del contraddittorio*, RDP, 2012, V, 1405-1413
- RICCI E.F., *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, Rass. Arb., 1987, 13
- RICCI G.F., *Il litisconsorzio nelle fasi di impugnazione*, Giuffrè, 2005
- RODOTA' S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969, 225.
- ROMAGNOLI U., *Mercato del lavoro: alcune risposte a molti interrogativi. radiografia di una riforma*, LD, 2004, I, 40
- ROMEO C. ,*Rilancio dell'autonomia privata nel diritto del lavoro e certificazione dei rapporti*, LG, 2003, 112
- ROSANO M., *Altre modalità di conciliazione ed arbitrato previste nella contrattazione collettiva*, in *Il contenzioso lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, a cura di Ferraro-Cinnelli, Torino, 2011, 163
- RUGGERI A., *Il giudizio di equità necessario, i principi informativi della materia e l'appello avverso le sentenze pronunciate dal Giudice di Pace a norma dell'art. 113, 2° comma, c.p.c.*, FI., 2007, 1367 – 1371
- RUNGGALDIER U., *Osservazioni sulla inderogabilità delle disposizioni dei contratti collettivi di cui all'art. 2113 c.c.*, RTDPC, 1980, 290 ss.
- SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, 1989, 526.
- SANDULLI A.M., *La certificazione*, in www.treccani.it

SANTORO PASSARELLI F, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Saggi di diritto civile*, I, Jovene,1961, 217 ss

SANTORO-PASSARELLI F., *Sull'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro*, *GCCC*, 1948, 53

SASSANI B., *L'arbitrato a modalità irrituale*, *RA*, 2007, 25

SATTA S., *Limiti di applicazione del provvedimento di urgenza*, *FI*, 1952, I, 132

SATTA S., *Nota sull'arbitrato libero*, *Rass. Arb.* , 1974, 1

SCAGLIARINI S., *Principi fondamentali in materia di potestà concorrente e delegazione legislativa: una conferma dalla consulta*, *G.cost.*,I, 2005, 486

SIMI V., *Il favore dell'ordinamento per i lavoratori*, *Giuffré*, 1967, 114

SPEZIALE V, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*,*RGL.*, 2003, I, 271 ss.

SPEZIALE V., *Certificazione: introduzione*, in SPEZIALE V., LUNARDON F., BELLOCCHI P. (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, Ipsoa*, vol. IV, 2004,140 ss.

SPEZIALE V., *Le finalità e gli effetti della nuova disciplina e le ipotesi nelle quali è possibile utilizzare la procedura di certificazione*, *cit.*, 151ss

SPEZIALE V.,*La competenza territoriale degli organi certificatori*,*cit.*, 167 ss.

SPEZIALE V., *Gli organi abilitati alla certificazione*, *cit.*, , 162 ss.

SPEZIALE V. ,*La procedura di certificazione ed i codici di buone pratiche*, *cit.*, 174 ss.

SPEZIALE V., *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, *cit.*, 190 ss.

SPEZIALE V., *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, *cit.*, 229 ss.

SPEZIALE V., *La certificazione della somministrazione e dell'appalto di opere e di servizi*, *cit.*,241 ss.

SPEZIALE V. ,*La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel «Collegato lavoro»*, *DLM*, 2010, 146 ss

SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL.*, 2012, 3, 540

STAIANO R., *Il nuovo processo del lavoro*, Cedam, 2010, 216-219

TAMPIERI A. – BARBERIO M., *Il controllo della Cassazione sulle norme generali*, (a cura di) *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2013, 78

TIRABOSCHI M., *La c.d. certificazione dei lavori “atipici” e la sua tenuta giudiziaria*, *LD*, 2003, 108

TIRABOSCHI M., *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro*, in *Formulario del processo del lavoro*, Giuffré, 2011,124

TIRABOSCHI M., *Le procedure di certificazione*, in Id. (a cura di),*La riforma Biagi*, *GL*, suppl., IV, 126

TISCINI R., *La procedura conciliativa che precede il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in LUISO F.P. –TISCINI R. –VALLEBONA A., *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, 2013,41

TISCINI R., *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, *GC*, 2010, p.489 ss.

TOMMASEO F. ,*Arbitrato libero e forme processuali*, *RA*, 1991, 743

TORRENTE A.– SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffré, 2013

TOSI P., *Appalto, distacco e lavoro a progetto. Appunti da una conferenza*, *LG*, 2004, 239 ss.

TOSI P., *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, *ADL*, 1999, 621

- TOTA G. *Art. 808 ter c.p.c. (arbitrato irrituale)*, in A. Briguglio, B. Capponi, *Commentario alle riforme del processo civile*, III, Cedam, 2009, 555
- TREGLIA G., *Brevi note sul nuovo processo per i licenziamenti introdotto dalla riforma del lavoro*, in LG, 763 ss;
- TREMOLADA M., *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, RIDL, III, 2007, 307 ss.
- TREU T., *Intervento*, in AA.VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione e autonomia*, Cacucci, 1997, 228
- TREU T., *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Mulino, 2001, 169-178
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, IX, ed., Giuffrè, 1991, 180-181
- TULLINI P., *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno.*, DRLI, 2008, 423 – 498
- TULLINI P., *Sub Art. 76-80*, in GRAGNOLI E, PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, 2004, 831 ss.
- TURSI A., *La “volontà assistita” nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, DRI, 2004, 247 ss.
- TURSI A., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. MAGNANI- VARESI (a cura di) *Organizzazione del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2005, 625
- VACCARELLA R., *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull’arbitrato in materia di lavoro*, ADL, 1998, 754 ss.
- VALLEBONA A., *Volontà assistita e certificazione*, in *Studi in onore di M. Persiani, Diritto del lavoro I nuovi problemi*, Cedam, 2005
- VALLEBONA A. *L’impugnazione del lodo arbitrale irrituale in materia di lavoro*, ADL, 2001, 79.

VALLEBONA A., *Il collegato lavoro: un bilancio tecnico*, già in *www.unifi.it* , ora *MGL*, 2010, 902

VALLEBONA A., *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, 72 ss.

VALLEBONA A., *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettiva per la volontà assistita*, *DL*, 1992, I, 479 ss

VALLEBONA A., *Una buona svolta del diritto del lavoro*, *www.adapt.it*, §2.

VASETTI M., *Arbitrato irrituale*, *Nss.D.I.*, I, Utet, 1957

VERDE G., *Arbitrato irrituale*, *RA*, 2005, 665

VERDE G., *Contro l'equità necessaria del giudice di pace.*, *RTPC*, 2006, 745-754

VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 2006, Giappichelli, 12

VIGORITI V., *L'autonomia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, *ivi*, 1996, 62

VOZA R., *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2007

VOZA R., *Norma inderogabile ed autonomia individuale assistita*, *GDLRI*, 1998, 603 ss

ZAPPATERRA L., *Un ritorno al passato: la Corte costituzionale riscrive l'art. 113, comma 2, c.p.c.*, *S I.*, 2005, 11-

ZOPPOLI A., *Riforma della conciliazione e dell'arbitrato e riflessi sul lavoro pubblico*, *DLM*, 2010, 9