

ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BOLOGNA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DEL LAVORO

XIX Ciclo

LA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI DI LAVORO

Tesi in DIRITTO DEL LAVORO

(Settore scientifico disciplinare IUS 07)

Relatore: Chiar.mo Prof.
ALBERTO PIZZOFERRATO

Coordinatore: Chiar.mo Prof.
GERMANO DONDI

Presentata da:
ANGELO REGINELLI

Esame finale: anno 2007

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

LA CERTIFICAZIONE TRA MODULAZIONE DELLE TUTELE E QUALIFICAZIONE DEI CONTRATTI DI LAVORO

1. Cenni sui profili di incidenza della certificazione	1
2. Alle “origini” dell’istituto: l’idea di Vallebona	5
3. La certificazione nello “Statuto dei lavori”	8
3.1. La “derogabilità assistita” di norme inderogabili (ed annesse questioni sul <i>drafting</i> normativo)	8
3.2. La qualificazione “certificata” dei contratti di lavoro.....	14
4. Dallo “Statuto dei Lavori” al “Libro Bianco”	18
5. La certificazione come strumento di qualificazione dei contratti di lavoro nella l. 30/2003 nel d. lgs. 276/2003.....	21
6. <i>Segue</i> : la non plausibilità di una ipotesi di derogabilità assistita nella riforma del mercato del lavoro	25
7. <i>Segue</i> : l’incerta collocazione funzionale delle altre ipotesi di certificazione (artt. 82, 83 ed 84 del d. lgs. 276/2003)	33

CAPITOLO SECONDO

LA CERTIFICAZIONE DI FRONTE ALL’ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE DI QUALIFICAZIONE DEI CONTRATTI

1. Sulla specificità della qualificazione nel diritto del lavoro rispetto al diritto dei contratti	40
2. L’idoneità qualificatoria del concetto di subordinazione e gli indici di qualificazione nella giurisprudenza	46
3. La qualificazione dei contratti di lavoro tra metodo sussuntivo e metodo tipologico	51
4. La compatibilità della certificazione con la funzione giurisdizionale di qualificazione dei contratti: l’imputazione della qualificazione alla	

commissione di certificazione e non alle parti.....	55
5. <i>Segue</i> : sulla legittimità di una qualificazione “certificata” alla luce degli artt. 24 e 102 Cost.	59
6. La natura giuridica della certificazione	64

CAPITOLO TERZO

IL RISCONTRO EMPIRICO DELL’ATTIVITÀ DI CERTIFICAZIONE

1. I soggetti abilitati alla certificazione: in particolare sull’opportunità delle scelte del legislatore e sulla idoneità di tali soggetti nel qualificare i contratti di lavoro	70
2. L’esperienza delle commissioni di certificazione costituite presso le Direzioni provinciali del lavoro dell’Emilia Romagna	76
2.1. Premesse minime sull’ambito della ricerca ed indicazione dei dati statistici	76
2.2. Costituzione e funzionamento delle commissioni	78
2.3. La certificazione di soli contratti non ancora eseguiti nell’operato delle commissioni: una implicita esclusione della possibilità di certificare contratti in corso di esecuzione?	85
2.4. Sul valore discrezionale delle “linee guida” ministeriali per la certificazione e sull’attività valutativa e decisionale delle commissioni	89

CAPITOLO QUARTO

CERTIFICAZIONE E TECNICHE DI TUTELA

1. Efficacia della certificazione ed autotutela delle autorità amministrative	95
2. La tutela giurisdizionale nel d. lgs. 276/2003	100
2.1. L’impugnazione per erronea qualificazione del contratto	100

2.2. L'impugnazione per difformità tra il programma negoziale certificato e la successiva attuazione	103
2.2.1. Possibili situazioni di difformità tra programma negoziale certificato e la successiva attuazione: la simulazione	106
2.2.2. <i>Segue</i> : la novazione oggettiva	110
2.3. L'impugnazione per i vizi del consenso: in particolare sull'errore di diritto indotto dall'erronea qualificazione	113
2.4. L'impugnazione per eccesso di potere o per i vizi del procedimento.....	116
3. Sulla plausibilità dei ricorsi amministrativi verso l'atto di certificazione.....	120
BIBLIOGRAFIA	124

CAPITOLO PRIMO

LA CERTIFICAZIONE TRA MODULAZIONE DELLE TUTELE E QUALIFICAZIONE DEI CONTRATTI DI LAVORO

Sommario: 1. Cenni sui profili di incidenza della certificazione - 2. Alle “origini” dell’istituto: l’idea di Vallebona - 3. La certificazione nello “Statuto dei lavori” - 3.1. La “derogabilità assistita” di norme inderogabili (ed annesse questioni sul *drafting* normativo) - 3.2. La qualificazione “certificata” dei contratti di lavoro - 4. Dallo “Statuto dei Lavori” al “Libro Bianco” - 5. La certificazione come strumento di qualificazione dei contratti di lavoro nella l. 30/2003 nel d. lgs. 276/2003 - 6. *Segue:* la non plausibilità di una ipotesi di derogabilità assistita nella riforma del mercato del lavoro - 7. *Segue:* l’incerta collocazione funzionale delle altre ipotesi di certificazione (artt. 82, 83 ed 84 del d. lgs. 276/2003)

1. Cenni sui profili di incidenza della certificazione

Un’analisi della disciplina che regola l’istituto della certificazione, introdotta con la l. 14 febbraio 2003, n. 30 e con il successivo d. lgs. di attuazione 10 settembre 2003, n. 276, può a nostro avviso dirsi completa ed esaustiva solo se si pone preliminarmente l’attenzione sui meccanismi che ne hanno costituito in qualche modo un antecedente. Beninteso, non si intende *sic et simpliciter* passare in rassegna le varie proposte o iniziative progettuali varate sul tema a partire dai primi anni Novanta. Un simile approccio, infatti, non apporterebbe nulla di rilevante alla nostra ricerca e si risolverebbe in un’asettica ricostruzione del percorso politico e culturale che ha visto la certificazione di recente formalizzata in una disciplina legislativa.

Si vuole invece più utilmente trattare del contenuto di tali proposte sottolineandone gli aspetti critici, non ultimi quelli inerenti la tecnica normativa utilizzata per allestirle. In tal modo sarà possibile rilevare se e come l’attuale disciplina sulla certificazione è tributaria delle precedenti elaborazioni, con difetti e contraddizioni da queste ereditati, per meglio evidenziare così l’impatto che essa determina sul sistema del diritto del lavoro, via via che la trattazione si dipana.

Esaurite le premesse sull'approccio che ci si propone di seguire, per risalire alla scaturigine dei meccanismi di certificazione, e pertanto comprenderne la *ratio*, è necessario comunque avere presente il contesto in cui le relative proposte si inseriscono, nonché gli aspetti cui essa si riconnette e sulle quali è destinata ad incidere.

Un primo aspetto, su cui si dibatte particolarmente a cavallo fra gli anni Ottanta e gli anni Novanta – e le giornate di studio Aidlass di Udine del 1991 ne sono la riprova – concerne l'ambito di estensione per così dire *oggettivo* della disciplina eteronoma, *id est* il ruolo e gli spazi che l'autonomia individuale può occupare nella scelta e nella regolazione del rapporto di lavoro in confronto con la normativa inderogabile di origine legale o collettiva¹.

Secondo l'impostazione tradizionale, nel diritto del lavoro l'autonomia individuale è compressa a vantaggio delle fonti normative eteronome perché non si tratta tanto di regolare gli interessi individuali che derivano dal contratto, quanto interessi di natura superindividuale nascenti dal conflitto industriale e dalle esigenze di governo della produzione. Per usare una nota espressione, nel diritto del lavoro diversamente che nel diritto civile il contratto fa nascere il rapporto ma non lo governa²: esso concorre a disciplinarlo ma nel quadro di un processo unitario in cui riveste un ruolo complementare e strumentale e dove la legge ed il contratto collettivo operano indipendentemente dall'accordo delle parti, attraverso la tecnica della inderogabilità peggiorativa della fonte eteronoma da parte del contratto individuale³.

In contrappunto alla tesi tradizionale, una parte della dottrina sostiene la rivalutazione dell'autonomia negoziale delle parti, per un diritto del lavoro meno intriso della logica eteronoma e più vicino al principio consensualistico del diritto comune. In tal senso, in un mercato in cui il lavoratore subordinato non è più monoliticamente rappresentato dal soggetto in stato di bisogno bensì si accresce la presenza di lavoratori che hanno acquisito un forte potere contrattuale, la limitazione dell'autonomia negoziale tramite la norma

¹ Si tratta del X° Congresso Nazionale AIDLASS tenutosi ad Udine il 10, 11 e 12 maggio 1991, i cui atti sono pubblicati in AA.VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1994, con relazioni di M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro* e O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, già pubblicate in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, rispettivamente 455 ss. e 489 ss.

² L. MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in L. MENGONI, A. PROTO PISANI, A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, processuale civile, diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. lav., rel. ind.*, 1990, 7.

³ M. D'ANTONA, *op. cit.*, 464 ss.

inderogabile non può essere l'unica tecnica di tutela nel diritto del lavoro; per cui accanto a questa è necessario rafforzare il potere effettivo di negoziazione del singolo lavoratore delle condizioni di lavoro e quindi, in ultima analisi, rivalutarne il consenso e la volontà nella creazione delle regole che disciplinano il rapporto⁴.

Un secondo aspetto di rilievo riguarda anche l'ambito per così dire *soggettivo* di estensione della disciplina eteronoma.

Sullo sfondo c'è il noto dibattito sulla "crisi" della nozione di subordinazione quale criterio di legittimazione del diritto del lavoro come settore autonomo dell'ordinamento; la subordinazione, cioè, quale dato che riconduce solo a certi lavori, e non ad altri, una disciplina garantistica. Con le trasformazioni dei processi produttivi e delle modalità di organizzazione del lavoro, si sono infatti affermate nella realtà sociale forme di erogazione della prestazione che denotano una permeabilità tra lavoro subordinato e lavoro autonomo; talché la fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., che "visualizza" la figura di lavoratore subordinato dell'impresa taylorista-fordista, si mostra non più in grado di rifletterle e sintetizzarle, determinando notevoli distorsioni nell'applicazione dei trattamenti economici e normativi⁵.

⁴ Si vedano in particolare gli scritti sul tema di P. ICHINO (*Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989; *Norma inderogabile e valorizzazione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1990, I, 77 ss., nonché l'intervento alle giornate di studio Aidlass di Udine: vedilo, in contrappunto alla replica di D'Antona, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, 81 ss.) nonché R. PESSI, *Contributo alla studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1989. Si tratta di un'opzione che fa da *pendant* al più vasto movimento culturale che invoca la "riscoperta" dell'individuo, attraverso il recupero di spazi di autodeterminazione che consentano al lavoratore di esprimere i propri bisogni e le proprie aspirazioni rispetto alla figura massificata che il diritto del lavoro avrebbe determinato, per le sue caratteristiche di disciplina eteronoma ed uniformatrice: cfr. in proposito i saggi di S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *Giorn. dir. lav., rel. ind.*, 1990, 87 ss. e di A. ORSI BATTAGLINI, *Diritto amministrativo*, in L. MENGONI, A. PROTO PISANI, A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, processuale civile, diritto amministrativo*, cit., 39 ss.

⁵ Non è ovviamente possibile in tale sede ripercorrere il dibattito sulla nozione di subordinazione e sulla sua disfunzione nella selezione della disciplina protettiva in confronto ai mutamenti di ordine economico, sociale ed organizzativo (su cui i noti rilievi a partire da L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro: problemi storico-critici*, Morano, Napoli, 1967: l'argomento verrà in parte ripreso nel secondo capitolo *sub* § 2). Per averne una dimensione, si vedano gli scritti raccolti in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna, 1989 e gli interventi di vari autori sul tema *Il lavoro e i lavori* pubblicati in *Lav. dir.*, 1988 e 1989, nonché, con riferimento alle proposte di riforma degli anni Novanta (v. *infra* nel testo e nella nota seguente), R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del lavoro coordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 41 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Forme giuridiche del lavoro e mutamento della struttura sociale*, in AA VV., *Il diritto dei disoccupati, Studi in onore di Koichiro Yamaguchi*, Giuffrè, Milano, 1996, 293 ss.; ID., *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in AA. VV., *Studi in onore di Federico Mancini*, Giuffrè, Milano, 1998, I, 397 ss.; ID., *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Giorn. Dir. lav. rel. ind.*, 1998, 509 ss.; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in *Lav. dir.*, 1997, 173 ss.; M. BIAGI,

Nella constatata infruttuosità dei tentativi dottrinali di pervenire ad una più razionale distribuzione delle tutele operando sul piano meramente interpretativo della fattispecie⁶, si fa spazio da più parti la convinzione che sia necessario un intervento *ad hoc* del legislatore, ed a metà degli anni Novanta fioriscono diverse proposte di riforma accomunate dalla finalità di ridefinire il novero dei soggetti da proteggere⁷.

A ben vedere le istanze per una ridefinizione dell'ambito oggettivo e dell'ambito soggettivo di estensione della disciplina eteronoma si saldano in un certo senso nella proposta di chi ritiene che, garantito un nucleo minimo di tutele comune al lavoro autonomo ed al lavoro subordinato, la disciplina eteronoma debba ritrarsi, lasciando il singolo libero di determinare il proprio assetto di interessi. In altri termini, si propone di "non far più coincidere la linea di confine tra l'area della tutela inderogabile e quella della libertà formale degli individui con la linea di confine tra i diversi tipi di contratto di lavoro, ma di farla passare all'interno delle due aree del lavoro subordinato e del lavoro autonomo, per assicurare a tutti i lavoratori la tutela inderogabile minima indispensabile e lasciare tutti i lavoratori liberi nella negoziazione dei rispettivi assetti di interessi con la controparte al di sopra di quel livello minimo"⁸.

Un terzo aspetto di rilievo ai fini della trattazione concerne, infine, la situazione di crisi che investe, in quegli anni come ora, il funzionamento della

M. TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno "Statuto dei lavori"*, in *Lav. dir.*, 1999, 571 ss.

⁶ A. PERULLI, *op. cit.*, 182 s.; M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 572 ss.

⁷ Si tratta non solo di formali iniziative legislative ma anche di proposte dottrinali, talvolta aventi i crismi di un vero articolato normativo, apparse tra il 1997 ed il 1998: fra le prime v. il d.d.l. n. 2049 a firma dei senatori Smuraglia, De Luca e altri su *Norme per la tutela dei lavori atipici* presentato al Senato il 29 gennaio 1997; il d.d.l. n. 3423 a firma dei deputati Mussi, Innocenti e altri su *Norme per l'inquadramento giuridico e per la tutela della parasubordinazione e del lavoro autonomo non regolamentato*, presentato alla Camera dei deputati il 13 marzo 1997; il d.d.l. 3972 a firma dei deputati Lombardi, Salvati e altri su *Disciplina del contratto di lavoro coordinato*, presentato alla Camera dei Deputati il 9 luglio 1997; il progetto di legge per uno "Statuto dei lavori", elaborato in sede ministeriale nel 1998 (su cui *infra* §§ 3 e 4); fra le seconde cfr. R. DE LUCA TAMAJO, R. FLAMMIA, M. PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in AA. VV., *Autonomia e subordinazione: vecchi e nuovi modelli*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 331 ss.; le proposte di P. ALLEVA e M. D'ANTONA (entrambe in G. GHEZZI [a cura di], *La disciplina del mercato del lavoro*, Ediesse, Roma, 1996, rispettivamente 191 ss. e 195 ss.) nonché quanto sostenuto da P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano, 1996, *passim* (ma vedi già ID., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 241 ss.) e da M. PEDRAZZOLI, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, cit.

⁸ P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, cit., 56.

giustizia del lavoro. Come noto essa sconta, per una molteplicità di ragioni già altrove ampiamente investigate, un perdurante *deficit* di effettività nel soddisfare le istanze di tutela sottese al caso concreto⁹, testimoniato dall'elevato numero di controversie pendenti e dalla loro eccessiva durata, in aperta violazione dell'art. 111 Cost. sulla ragionevole durata del processo e al di sotto degli standard degli altri Paesi dell'Unione europea¹⁰.

Al riguardo le proposte relative alla certificazione si inseriscono nel quadro degli interventi legislativi varati in quegli anni al fine di deflazionare il contenzioso giudiziario attraverso il potenziamento o l'introduzione di strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: dalla previsione della obbligatorietà del tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie, sia nel settore pubblico che nel settore privato, alla riduzione dei motivi di impugnazione del lodo arbitrale (artt. 410 ss. c.p.c. novellati dagli artt. 32 ss. del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e 19 del d. lgs. 29 ottobre 1998, n. 387); fino, più di recente, agli strumenti di natura conciliativa introdotti con la disciplina di riordino dell'attività ispettiva – la conciliazione monocratica e la diffida accertativa per i crediti patrimoniali (artt. 11-12 del d. lgs. 23 aprile 2004, n. 124) – nonché all'accertamento in via incidentale sulla validità, efficacia o interpretazione di una clausola del contratto collettivo, previsto ora anche nel settore privato (art. 412 *bis* c.p.c. introdotto dall'art. 18 del d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40) oltre che in quello pubblico (artt. 63-64 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165).

2. Alle “origini” dell'istituto: l'idea di Vallebona

In un siffatto contesto la certificazione trova la sua primogenitura in uno scritto di Antonio Vallebona dei primi anni Novanta¹¹.

⁹ Per uno schizzo sulle ragioni della crisi del processo del lavoro v., più di recente, R. FOGLIA, *Domanda di giustizia e processo del lavoro*, in *Giur. it.*, 2001, VI, 1289 ss.

¹⁰ Dalla relazione pronunciata in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2005 dal procuratore generale della Corte di Cassazione Francesco Favara (in www.giustizia.it/uffici/inaug_ag/cass2005index.htm), risulta che nel 2004 erano pendenti innanzi ai tribunali 975.268 processi, seppure in leggera flessione rispetto all'anno precedente, e 118.872 processi in appello, con un incremento rispetto al 2003. Spicca inoltre il dato relativo alla durata media delle controversie in materia di previdenza sociale, di 938 e 936 giorni rispettivamente per il primo e per il secondo grado di giudizio.

¹¹ A. VALLEBONA, *Norme individuali e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. lav.*, 1992, I, 479 ss.

L'idea dell'Autore si muove nella medesima direzione di chi rivendica a favore del lavoratore una "personalizzazione" del regolamento contrattuale¹², ma parte da una premessa diversa.

La riflessione si incentra sul fatto che la tecnica della norma inderogabile *in peius* dalle pattuizioni individuali determinerebbe un forte costo in termini di certezza del diritto quando contiene un precetto generico (come, ad esempio, per la giustificazione nel licenziamento o nel trasferimento del lavoratore o semplicemente per la nozione di lavoratore subordinato) piuttosto che un precetto specifico (ad esempio, quelli in materia di retribuzione minima, di misura minima del preavviso, di durata massima dell'orario di lavoro, ecc.). In questi casi la legittimità della pattuizione individuale non sarebbe conoscibile *ex ante* ma solo in seguito all'intervento del giudice la cui valutazione, proprio per la genericità del precetto, è influenzata da un determinato giudizio di valore nella mediazione dei contrapposti interessi ed è perciò poco prevedibile¹³.

"Si può discutere – sostiene l'Autore – se l'indispensabile protezione degli interessi della parte debole debba continuare ad essere affidata al controllo successivo da parte del giudice circa il rispetto delle normative inderogabili legali e collettive, con i conseguenti costi in termini di certezza, oppure se sia prospettabile l'introduzione di una qualche forma di controllo preventivo sulle pattuizioni individuali, con eliminazione *ab origine* di ogni dubbio sulla validità delle stesse"¹⁴.

Ciò che Vallebona ha in mente è un modello di disciplina, ricalcato sull'art. 2113 c.c. in materia di rinunzie e transazioni, che si estenda "dalla fase di disposizione dei diritti alla fase della regolazione del rapporto, al fine di consentire, almeno per certi istituti, una disciplina individualizzata e certa, sottratta al controllo successivo del giudice circa il rispetto delle norme inderogabili proprio in quanto valutata ed approvata preventivamente dal soggetto garante indicato dalla legge"¹⁵. L'idea è quella di mutuare le soluzioni c.d. di "autonomia individuale assistita" o "derogabilità assistita", dal diritto

¹² Non a caso lo spunto di Vallebona matura in un intervento alle giornate di studio Aidlass del 1991, pur non venendo discussa nel successivo dibattito, come ricorda L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 236.

¹³ Si tratta di considerazioni che compaiono in scritti successivi dell'Autore, nel contesto del più generale tema dell'incertezza nel diritto del lavoro e delle tecniche atte a ridurla: si veda da ultimo A. VALLEBONA, *Tecniche normative e contenzioso lavoristico*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 253 ss.

¹⁴ A. VALLEBONA, *Norme individuali e certezza del diritto*, cit., 480.

¹⁵ A. VALLEBONA, *op. loc. ult. cit.*

agrario e dal diritto delle locazioni, dove la disciplina eteronoma può essere derogata con l'assistenza di determinati soggetti sindacali¹⁶.

Ma nelle intenzioni dell'Autore il meccanismo potrebbe andare oltre questa prospettiva ed essere funzionale alla qualificazione del rapporto di lavoro così "personalizzato". In tal senso, si afferma che "il modello della volontà assistita potrebbe essere utilizzato non solo per fissare la disciplina del rapporto di lavoro, ma anche per la preliminare scelta del tipo negoziale con particolare riferimento all'alternativa lavoro autonomo-lavoro subordinato ora regolata dalla norma inderogabile dell'art. 2094 c.c. [...]. In questa ipotesi il soggetto terzo dovrebbe fornire *ex ante* una valutazione inoppugnabile circa la rispondenza dell'accordo proposto dalle parti al tipo negoziale prescelto, eventualmente avvalendosi di schemi predisposti in sede collettiva"; in tal modo si "sdrammatizzerebbe il problema della qualificazione del rapporto, comunque sottoposto alla regolamentazione specifica e certa approvata in via preventiva", ferma restando "l'eventualità di controversie fondate sull'affermazione di uno scostamento di fatto nella fase esecutiva del regolamento concordato"¹⁷.

Per quanto detto, il meccanismo prefigurato da Vallebona si differenzerebbe dagli altri strumenti di composizione stragiudiziale delle controversie i quali presuppongono di norma che sia emersa la questione oggetto di una potenziale lite in giudizio. Operando una riduzione del tasso di incertezza connaturato a taluni precetti inderogabili, esso mirerebbe infatti a prevenire il contenzioso giudiziario che questi contribuiscono ad innescare prima ed indipendentemente dal fatto che si creino le condizioni della lite.

Anche grazie alle suggestioni provenienti dai Paesi di *common law*, tale meccanismo può essere comunque considerato, al pari degli altri, un c.d.

¹⁶ Si allude rispettivamente all'art. 45 della l. 3 maggio 1982, n. 203 ed all'art. 11, 2° co., della l. 8 agosto 1992, n. 359, norma poi abrogata dall'art. 14, 3° co., della l. 9 dicembre 1998, n. 431: su tali meccanismi, in un'ottica di confronto con la disciplina giuslavoristica, v. per tutti R. VOZA, *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 603 ss.

¹⁷ A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, 480 s. Negli scritti successivi alla riforma del mercato del lavoro del 2003, Vallebona ha sempre protestato la "abissale differenza" tra la sua proposta e la certificazione regolata nel d. lgs. 276/2003 rilevando che nel "sistema della volontà assistita, non viene qualificata una fattispecie, ma viene convenuta dalle parti la disciplina del rapporto, anche in deroga alla normativa legale e collettiva in virtù dell'assistenza di un soggetto imparziale considerata dal legislatore sufficiente ed insindacabile garanzia di equità" (A. VALLEBONA, *Tecniche normative e contenzioso lavoristico*, cit., 268); è vero però che nel suo scritto si rinviene "se non la posizione stessa dell'equivoco, una sorta di prima esemplificazione della sua latenza": A. TURSI, *La certificazione dei contratti lavoro*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, 599.

alternative dispute resolution, accomunato ad essi dall'elemento negativo di essere estranei all'esercizio della potestà giurisdizionale dello Stato¹⁸.

3. La certificazione nello "Statuto dei lavori"

3.1. La "derogabilità assistita" di norme inderogabili (ed annesse questioni sul drafting normativo)

Per la prima volta con il termine "certificazione", l'idea viene raccolta e sviluppata qualche anno più tardi da Marco Biagi e da Michele Tiraboschi, nel c.d. "Statuto dei lavori"; dapprima, nella *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori* del 1997 (d'ora in avanti *Ipotesi*), quindi nel *Progetto per la predisposizione di uno Statuto dei lavori* del 1998 (d'ora in avanti *Progetto*), elaborato nell'ambito del Ministero del Lavoro del Governo di centro-sinistra, benché mai tradotto in un formale disegno di legge, e nel quale sono trasfuse le linee programmatiche del primo documento¹⁹.

Ad una prima analisi della *Ipotesi* si ha però l'impressione di un cambio di prospettiva rispetto a quanto immaginato da Vallebona. Scorrendo le pagine iniziali del documento si apprende che l'obiettivo sotteso all'idea riformatrice non deve consistere nel ripensare il diritto del lavoro nelle sue strutture portanti, in particolare attraverso una rimodulazione delle tutele verso il lavoro non subordinato, ma in quello "meno ambizioso e, allo stesso tempo, più pragmatico" di realizzare uno "strumento diretto a garantire una maggiore certezza del diritto in materia di rapporti di lavoro", e in proposito "sostanzialmente preordinato alla riduzione del contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro"²⁰. Ecco, allora, che la certificazione appare delineata esclusivamente a misura della individuazione e qualificazione del rapporto di lavoro sulla base di una valutazione di un organo amministrativo, nella relativa sezione in cui viene tratteggiata²¹.

Quando si passa ad esaminare la sezione relativa alla rimodulazione delle tutele si comprende, tuttavia, che con la *Ipotesi* si ha in mente anche

¹⁸ Sui modelli di *alternative dispute resolution* diffusi negli Stati Uniti v. S. CHIARLONI, *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 278 ss. ed *ivi* ultt. riff. dottrinali.

¹⁹ Vedili rispettivamente in AA. VV., *Autonomia e subordinazione: vecchi e nuovi modelli*, cit., 347 ss. ed in *Dir. rel. ind.*, 1999, 275 ss.

²⁰ Cfr. la *Posizione del problema* della *Ipotesi*, specialmente i punti 4 e 5.

²¹ Cfr. Sezione I, "*Certificazione*" dei rapporti di lavoro.

l'altro "corno" del meccanismo pensato da Vallebona e che anzi dalla sua contestuale operatività dipende in qualche modo l'attività qualificatoria in sede di certificazione²².

Al riguardo si precisa che "il meccanismo di certificazione [...] può ragionevolmente funzionare solo se, al contempo, viene reso meno squilibrato il 'gioco' delle convenienze (per entrambe le parti) circa la riconduzione del rapporto di lavoro in uno schema negoziale piuttosto che in un altro. In questa prospettiva – continua l'*Ipotesi* – uno Statuto dei lavori potrebbe consentire di modulare e graduare (in via tipologica) le tutele applicabili ad ogni fattispecie contrattuale a seconda degli istituti da applicare".

Più specificamente si intende, con interventi contestuali o successivi di sostegno²³, riequilibrare le tutele tra lavoro subordinato e lavoro autonomo affrontando la questione dalla parte delle "tutele", e non dalla parte della "fattispecie" come altre iniziative animate dai medesimi propositi di riforma²⁴, e la certificazione diviene in un certo senso il perno di tale rimodulazione:²⁵ si intende individuare per tutti i rapporti di lavoro "un nucleo di diritti fondamentali, indisponibile in sede di negoziazione amministrativa dei contenuti del contratto" quali la tutela della dignità, della libertà ed attività sindacale, della salute e sicurezza, retribuzione minima, stabilità minima dei rapporti di lavoro ecc. "Al di sopra di questo nucleo minimo di norme inderogabili – continua il documento – sembra opportuno lasciare spazio all'autonomia collettiva e individuale, ipotizzando una gamma di diritti inderogabili relativi, disponibili a livello collettivo o anche individuale se concordati nell'apposita sede amministrativa"²⁶

²² Cfr. Sezione II, *Rimodulazione delle tutele*.

²³ E cioè: riassetto normativo delle prestazioni previdenziali; riallineamento verso il basso delle tutele "forti" del lavoro subordinato, specialmente di quelle sul licenziamento individuale; introduzione di nuove forme di lavoro flessibile e revisione delle discipline relative alle figure già esistenti; riordino dei contratti con finalità formative; riforma dei servizi per l'impiego e delle strutture informative nel mercato del lavoro; riordino dei servizi ispettivi: cfr. Sezione II, *Rimodulazione delle tutele* punto 9.

²⁴ Mentre infatti con i d.d.l. Smuraglia, Mussi, Lombardi, e con le proposte di De Luca Tamajo, Flammia, Persiani, si intende enucleare *ex novo* definizioni giuridiche dei lavori che si intendono regolare per poi ricollegarvi nuclei diversificati di tutela, con la *Ipotesi* si propone di graduare le discipline protettive senza intervenire sul piano definitorio, avvalendosi di schemi normativi già esistenti che, pur con i dovuti aggiustamenti, vengono piegati alle realtà sociali da regolare (sulla medesima lunghezza d'onda le proposte di Alleva, D'Antona, Ichino e Pedrazzoli): su tale contrapposizione, v. M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Autonomia e subordinazione: vecchi e nuovi modelli*, cit., 11 ss.

²⁵ Cfr. M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 571 ss.

²⁶ Invero, come lucidamente rilevato (L. NOGLER, *Statuto dei lavori e certificazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, 239 ss.), vi sono incertezze e contraddizioni sul ruolo della certificazione nel contesto dello Statuto dei lavori che fanno pensare ad una "duplicità di orientamenti", per cui "quando il

Si intuisce peraltro come alla base della proposta vi sia un certo determinismo tra rimodulazione delle tutele e rimozione delle ragioni del contenzioso sulla qualificazione. Nella *Ipotesi*, infatti, l'effettività di un meccanismo volto a decongestionare il contenzioso qualificatorio è tale solo se al contempo si attenua sul piano degli effetti l'alternativa tra autonomia e subordinazione, realizzando una rimodulazione delle tutele consistente nell'individuazione, accanto ad uno zoccolo minimo di tutele previste da norme inderogabili, di una griglia di tutele previste da norme derogabili dall'autonomia collettiva oppure dall'autonomia individuale in sede di stipulazione del contratto tramite validazione dell'apposito organo²⁷.

Considerata in questi termini la proposta persegue una flessibilizzazione delle fonti del diritto del lavoro²⁸, sia con l'adozione di soluzioni non nuove per l'esperienza giuslavoristica, come consentire al contratto collettivo di attenuare talune garanzie previste dalla legge: si tratta infatti di una soluzione non dissimile da quanto sperimentato durante il periodo del c.d. diritto del lavoro dell'emergenza, o da quanto previsto dagli artt. 4 e 24 della l. 23 luglio 1991, n. 223 sui licenziamenti collettivi, dove si consente che, tramite un accordo sindacale, i lavoratori in esubero possano essere adibiti a mansioni non equivalenti a quelle svolte in precedenza, in deroga all'art. 2103 c.c.

Sia con modalità in parte inedite per il diritto del lavoro che incidono sensibilmente sul rapporto tra legge ed autonomia contrattuale individuale e in qualche modo sullo stesso valore sistematico di norma inderogabile²⁹. In questo caso infatti l'assistenza di determinati soggetti, che ai sensi dell'art.

ragionamento prende le mosse dalla certificazione quest'ultima ha ad oggetto la qualificazione del contratto e allo Statuto dei lavori viene assegnata la funzione di rafforzare l'effettività dell'istituto che viene misurata in termini di riduzione del contenzioso, appunto, qualificatorio [...] Quando il ragionamento [...] prende le mosse dallo Statuto dei lavori, la prospettiva [...] viene implicitamente rimossa nel momento stesso in cui si afferma [...] che lo Statuto stesso intende affrontare la questione dei nuovi lavori dalla parte delle tutele piuttosto che dal punto di vista della qualificazione del rapporto”.

²⁷ M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 586 ss., le cui medesime valutazioni sono riprese in M. TIRABOSCHI, *La certificazione dei lavori “atipici” e la sua tenuta giudiziaria*, in *Lav. dir.*, 2003, 107 ss.

²⁸ Come rileverà in seguito, alludendo però al “Libro Bianco” del 2001, M. RUSCIANO, *A proposito del “libro bianco sul mercato del lavoro in Italia”*, in *Diritto del Lavoro on Line - www.unicz.it/lavoro/lavoro.htm*, 2002, 13 s.

²⁹ Non differisce molto, a riguardo, quanto proposto da P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, cit., 59, per il quale, ferma restando una disciplina inderogabile che assicuri ai lavoratori autonomi ed ai lavoratori subordinati un livello minimo di tutela, sopra quella soglia, “legge e contratto collettivo potrebbero prevedere [...] la possibilità di pattuizioni in deroga, la cui validità sia vincolata, a seconda dei casi, alla stipulazione con l'assistenza di un rappresentante sindacale, o alla stipulazione in forma scritta”.

2113, 4° co., c.c. conferisce l'inoppugnabilità degli atti di disposizione dei diritti del lavoratore, rende possibile derogare in *peius* alla norma legale inderogabile; con la conseguenza che questa degrada a norma per così dire "semimperativa"³⁰, o costituisce una sorta di *tertium genus* di norme che si colloca sulla tradizionale linea di confine fra norme inderogabili-imperative e norme derogabili-dispositive nel diritto privato³¹.

Pur essendo una bozza programmatica non si può fare a meno di rilevare però che la *Ipotesi* si segnali per un certo atecnicismo data la confusione in cui incorre tra negozi in deroga e negozi dispositivi, la cui distinzione può dirsi invece pacificamente acquisita in dottrina ed in giurisprudenza.

Ora, mentre i primi sono negozi che, derogando a norme inderogabili, impediscono al lavoratore l'acquisizione della titolarità di un diritto e sono nulli per contrasto con una norma imperativa ai sensi dell'art. 1418 c.c., i secondi hanno ad oggetto un diritto già entrato nel patrimonio del lavoratore di cui questi può liberamente disporre, eventualmente invocandone l'annullabilità secondo la disciplina dell'art. 2113 c.c.³². Solo nel secondo caso si può

³⁰ In tal senso, a proposito degli accordi in deroga alla disciplina sui contratti agrari e sulle locazioni, v. rispettivamente E. GHERA, *Accordi collettivi in agricoltura e contrattazione collettiva nei rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Autonomia privata assistita e autonomia collettiva nei contratti agrari*, Giuffrè, Milano, 1992, 226, e, in via adesiva, P. VITUCCI, *Autonomia privata, onere della "assistenza" delle associazioni, accordi "in deroga" a norme imperative (rilevi sistematici sulla nuova disciplina delle locazioni)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 340. Per G. FERRARO, *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992, 38 si può parlare allo stesso modo di norme seminiderogabili anche quando la legge attribuisce alla contrattazione collettiva il potere di derogare in senso peggiorativo alcuni precetti legali. *Contra*, R. VOZA, *op. cit.*, 646 ss. per il quale mentre nelle ipotesi in cui il la norma legale ha lasciato che l'autonomia privata derogasse in *peius* ad alcuni suoi precetti norme, lo ha fatto affidando all'organizzazione sindacale il compito di flessibilizzare l'apparato di tutele, come soggetto istituzionalmente portatore di interessi collettivi, nel modello dei patti in deroga, l'assistenza del sindacato è funzionale alla realizzazione di un interesse individuale del singolo operatore.

³¹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2003, 18.

³² Si tratta grosso modo dell'enunciato che deriva dalla tesi secondo la quale dalla inderogabilità della norma lavoristica non discende per il lavoratore la indisponibilità dei diritti che da essa derivano; tesi sostenuta sin dalla originaria formulazione dell'art. 2113 c.c. (per primo, da F. SANTORO PASSARELLI, *L'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro*, in *Giur. compl. Corte Cass.*, 1948, II, 53 ss. ma vedi anche G. GIUGNI, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1958, 65 ss.; R. FLAMMIA, *Sull'art. 2113 c.c.*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1960, 381 ss.; M. GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1963, 369 ss.), oggi assolutamente dominante "tanto che può ormai considerarsi patrimonio acquisito dai giuslavoristi l'impossibilità di fondare l'equazione: norma inderogabile = indisponibilità del diritto" (M. MAGNANI, voce *Disposizione dei diritti*, in *Dig. Disc. Priv., sez. Comm.*, vol. V, Utet, Torino, 1990, 58): v., tra gli altri, C. CESTER, voce *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. Dir.*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, 984 ss.; G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore (art. 2113 c.c.)*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 1990, 34 ss.; G. FERRARO, voce *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, 5; M.

tecnicamente parlare di esercizio di un potere dispositivo³³ poiché nel primo caso il negozio, intervenendo in un momento anteriore alla maturazione del diritto, esprime l'esercizio di un potere in un certo senso "normativo", in quanto modifica per il futuro il regolamento del rapporto: in altre parole "ciò che assume rilievo ai fini della distinzione tra negozio in deroga e negozio dispositivo" è "il momento dell'acquisto, in senso tecnico giuridico, del diritto"³⁴. Per tal ragione si nega generalmente la possibilità di configurare una rinuncia a diritti futuri, pur avanzata da una parte della dottrina sia civilistica che lavoristica³⁵. E quand'anche la si ammettesse in generale, nel diritto del lavoro la configurabilità della rinuncia in futuro incontrerebbe gli insuperabili limiti derivanti dall'essere il rapporto governato da una disciplina imperativa³⁶, per cui "rinunciare per il futuro significherebbe regolamentare diversamente, in contrarietà alla normativa inderogabile, lo svolgimento per l'avvenire del rapporto"³⁷.

Sulla scorta di tali premesse è pertanto improprio il riferimento a "diritti indisponibili in sede di negoziazione amministrativa dei contenuti del contratto", poiché trattasi non di un negozio dispositivo (non essendo infatti ancora sorto alcun diritto) bensì di un negozio in deroga a norme non derogabili dalle parti neanche con l'assistenza dell'organo amministrativo. Così come è improprio, per ragioni simmetricamente inverse, il riferimento a

D'ANTONA, *L'autonomia individuale*, cit., 469 ss.; in giurisprudenza più di recente v., *ex plurimis*, Cass. 13 luglio 1998, n. 6857, in *Riv. it dir. lav.*, 1999, II, 439 ss.; Cass. 14 dicembre 1998, n. 12548, in *Not. Giur. Lav.*, 1999, 248 ss.; Cass. 5 agosto 2000, n. 10349, in *Giust civ. Mass.*, 2000, 1731; Cass. 8 novembre 2001, n. 13834, in *Giust civ. Mass.*, 2001, 1880. Per la tesi minoritaria v. R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, 241 ss., secondo cui i concetti di inderogabilità e di indisponibilità sarebbero fenomeni inscindibili in vista della realizzazione dello scopo protettivo sotteso alla norma inderogabile, rendendo così radicalmente nulli *ex art* 1418 c.c. anche gli atti di disposizione dei diritti da essa derivanti, mentre l'art. 2113 c.c. si applicherebbe agli atti di disposizione di diritti di natura patrimoniale conseguenti alla violazione del precetto inderogabile, secondo la nota distinzione tra "diritti primari" e "diritti secondari" (qui 271 ss.).

³³ Cfr. A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XV, 1968, 1142.

³⁴ M. MAGNANI, *op. cit.*, 60.

³⁵ Fra i primi, M.V. MOSCARINI, voce *Rinuncia*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, 5; G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Dig. disc. Priv., sez. civ.*, vol. XVII, Utet, Torino, 1998, 659. Nel diritto del lavoro ammettono la configurabilità di rinunce a diritti futuri, purché l'oggetto sia determinato o determinabile, U. PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955, 126 ss.; C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (a cura di), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1971, vol. II, 760; A. ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1981, 50. In termini consimili, v. anche C. CESTER, *op. cit.*, 996.

³⁶ G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963, 222 ss.

³⁷ G. PERA, *op. cit.*, 34 s. e similmente M. MAGNANI, *op. cit.*, 60 s.

“diritti inderogabili relativi disponibili a livello collettivo o anche individuale se concordati nell’apposita sede amministrativa”, poiché sono le norme (e non i diritti) ad essere derogate con le garanzie prescritte.

Le incertezze aumentano nel *Progetto* in cui vengono trasfuse le linee programmatiche della *Ipotesi*. Basta osservare come viene tradotta l’idea che il meccanismo di certificazione sia strumentale alla individuazione di “un’area di inderogabilità relativa (affiancata ad un area di inderogabilità assoluta e come tale intangibile) gestibile dalle parti collettive in sede di contrattazione collettiva e/o dalle parti individuali in sede di costituzione del rapporto di lavoro [...] davanti all’organo amministrativo”³⁸.

Nei titoli che dovrebbero rappresentare il nucleo di disciplina non derogabile in via assistita – tutela della libertà e dignità dei lavoratori, libertà sindacale, licenziamenti individuali – le norme che individuano i rispettivi campi di applicazione affermano che “i diritti derivanti dalle disposizioni contenute nel presente titolo non possono essere oggetto di rinunzie o transazioni tra le parti neppure in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al titolo VII”³⁹.

Ora, i proponenti hanno in mente il negozio in deroga ma di fatto alludono ad un negozio dispositivo, evocando quasi letteralmente l’art. 2113 c.c. L’infelice formulazione della norma è tale che addirittura sembrerebbe escludere l’applicazione della disposizione codicistica a tali diritti, considerato che essi non possono essere oggetto di rinunzie e transazioni tra le parti *neppure* con l’assistenza dei soggetti certificatori, e *a fortiori* quindi neanche presso le sedi individuate *ex artt.* 2113 c.c. e 410 - 411 c.p.c., né tanto meno senza alcuna assistenza.

La norma ha una formulazione simmetrica ma inversa, quando si tratta di individuare il campo di applicazione della disciplina derogabile in via assistita, quella sul trattamento economico, normativo, previdenziale e fiscale: i relativi diritti possono essere oggetto di rinunzie e transazioni con l’assistenza dei soggetti certificatori, salvo alcune eccezioni, specificando che ciò può avvenire “anche in deroga alle disposizioni di cui all’articolo 2113 Codice civile”⁴⁰. In questo caso, intendendo che con la certificazione si può disporre di (*rectius*: derogare a norme che prevedono dei) diritti non ancora maturati, diversamente da quanto previsto dall’art. 2113 c.c., si finisce per far dire alla

³⁸ Sezione I “*Certificazione*” dei rapporti di lavoro, punto 5.

³⁹ Cfr artt. 1, 13 e 36 del *Progetto*.

⁴⁰ Cfr. art. 16 del *Progetto* che esclude la disponibilità dei diritti derivanti dalla (*rectius*: la derogabilità della) disciplina di cui ai successivi artt. 17 e 18.

norma che si può disporre di diritti già maturati con modalità diverse da quelle indicate nella disciplina del codice civile.

Le cose non migliorano se queste disposizioni vengono lette in coordinamento con la disciplina della certificazione cui rinviano. Si scopre infatti che questa è pensata esclusivamente per la qualificazione del rapporto, mentre alla derogabilità assistita si accenna appena, con altre imprecisioni, quando si afferma che dovranno individuarsi, in base a determinati codici di buone pratiche di origine ministeriale, “clausole indisponibili e clausole disponibili in sede di certificazione” con riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi previsti nei titoli precedenti del *Progetto*.

Si ha dunque come la sensazione che il *drafting* normativo finisca per vanificare la portata innovativa della proposta, creando taluni problemi di coordinamento con la disciplina previgente in materia di disposizione dei diritti.

3.2. La qualificazione “certificata” dei contratti di lavoro

Per quanto riguarda la certificazione come strumento con finalità di deflazione del contenzioso qualificatorio, si ha in mente una procedura attivata volontariamente dalle parti innanzi ad un organo amministrativo (ricalcato sull’allora commissione provinciale di conciliazione) che determina la qualificazione del contratto di lavoro in base ad appositi formulari ed a griglie contenenti indici e criteri di qualificazione per ogni figura professionale, desunti in via interpretativa da una serie di precedenti giudiziari.⁴¹

Per rimuoverne gli effetti si immagina un sistema di impugnazioni per così dire a “doppio canale”. Le parti possono, cioè, adire direttamente il giudice solo nel caso lamentino dei vizi del consenso nella stipulazione del contratto certificato, mentre nel caso insorga una controversia sulla sua esatta qualificazione in seguito allo svolgimento del rapporto, si prevede un meccanismo simile a quello contemplato dagli artt. 411 ss. c.p.c. e dall’art. 5 della l. 11 maggio 1990, n. 108 sui licenziamenti individuali: le parti debbono esperire un tentativo di conciliazione presso la medesima commissione di certificazione, come condizione di procedibilità di una successiva azione giudiziaria, la quale può avere corso solo se il tentativo fallisce e le parti non

⁴¹ Cfr. in proposito il “modello” esemplificativo di griglia indicato al punto 11 della *Ipotesi* e gli allegati modelli di formulari per talune figure di lavoro autonomo.

intendano promuovere il deferimento della controversia al collegio arbitrale previsto dal contratto collettivo nazionale applicabile o, in mancanza ad un collegio arbitrale costituito mediante compromesso individuale.

Per lo svolgimento del tentativo di conciliazione i proponenti hanno in mente qualcosa di simile alla procedura che regola il processo del lavoro davanti ai Tribunali industriali nel Regno Unito; nello specifico, che la commissione possa informalmente svolgere un'istruttoria al termine della quale, se risulta che il rapporto sia svolto in conformità alla qualificazione del contratto certificata *ex ante*, rende edotto l'attore circa il rischio di subire il pagamento delle spese processuali in caso di prosecuzione dell'azione⁴².

Oltre a questo si pensa ad un altro, ma non meglio precisato, potere di "sbarramento" alla prosecuzione della controversia in sede giurisdizionale di natura probatoria, poi successivamente esplicitato nel *Progetto* nella norma che disciplina la procedura di certificazione: all'art. 38, 1° comma, lett. g, si prevede infatti che "la certificazione del rapporto di lavoro potrà in ogni caso avere valore sul piano probatorio, anche verso i terzi, solo in caso di corrispondenza tra quanto dichiarato e sottoscritto nella sede amministrativa e quanto di fatto realizzato nello svolgimento della prestazione lavorativa".

Come è stato rilevato in sede di commento al d. lgs. 276/2003, la previsione ha in sé un vizio di fondo⁴³: essa, infatti, muove dall'erroneo presupposto che la certificazione abbia ad oggetto la volontà negoziale delle parti – di qui l'idea di approntare degli sbarramenti che rendano più difficile provare una volontà diversa da quella certificata⁴⁴ – mentre con essa si qualifica il rapporto fissando le conseguenze giuridiche del comportamento

⁴² I Tribunali industriali sono organi giurisdizionali indipendenti dalla magistratura ordinaria, istituiti nel 1964 con la competenza a decidere un numero circoscritto di controversie poi estesa nei primi anni Novanta a quasi tutti i profili inerenti il rapporto di lavoro, e sono composti da un presidente, nominato dal *Lord Chancellor*, il quale a sua volta designa due giudici espressione, rispettivamente, delle organizzazioni dei datori di lavoro e di quelle dei lavoratori. Nel testo si allude al *pre-hearing assessment*, una procedura introdotta nel 1980 ma sostituita nel 1993 dal *pre-hearing reviews*, che prevede la possibilità per il Tribunale di svolgere un'indagine preliminare circa lo svolgimento dei fatti e la fondatezza del ricorso presentato dall'attore il quale, se il ricorso risulti *prima facie* infondato, viene informato del rischio di poter incorrere nel pagamento delle spese processuali nel caso intenda proseguire il giudizio; il *pre-hearing reviews* concerne ora la possibilità per il Tribunale, valutata l'irragionevolezza o la temerarietà della lite, di richiedere all'attore il pagamento di una certa somma di denaro a titolo di cauzione come condizione per il proseguimento dell'azione: v. M. TIRABOSCHI, *Tribunali Industriali e tecniche di tutela dei diritti dei lavoratori: il caso inglese*, in *Dir. rel. ind.*, 1995, 161 ss. e *ivi* ultt. riff. dottrinali.

⁴³ L. NOGLER, *Certificazione dei contratti di lavoro*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, 874 s.; A. TURSI, *op. cit.*, 661 s.

⁴⁴ M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 587 s.; M. TIRABOSCHI, *La certificazione dei lavori "atipici" e la sua tenuta giudiziaria*, cit., 118 ss.

delle parti; per cui “l’accertamento giudiziale che si instaura a seguito dell’impugnazione della certificazione non riguarda il contenuto della volontà negoziale certificata, e quindi la prova di tale contenuto, ma consiste nella riconduzione di quella volontà (o di un’altra volontà che è sfuggita ai certificatori, o si è manifestata successivamente), a una fattispecie legale”⁴⁵.

Per il resto le idee tratteggiate nella *Ipotesi* vengono tradotte più o meno fedelmente, con aggiustamenti e completamenti in sede progettuale del meccanismo concernenti in particolare la esclusione dall’applicazione della disciplina di determinate categorie di rapporti di lavoro in ragione della loro particolare natura (rapporti di lavoro instaurati con la pubblica amministrazione; rapporti di lavoro del personale della navigazione marittima, aerea e interna; rapporti di collaborazione familiare di cui all’art. 230 *bis* c.c.; i rapporti di lavoro occasionali)⁴⁶; l’indicazione degli enti bilaterali fra gli organi competenti a certificare, oltre alle commissioni appositamente costituite presso la Direzione provinciale del lavoro; la possibilità anche per i soggetti di terzi di agire in giudizio per far valere la difformità tra la qualificazione del rapporto definita in sede di certificazione ed il suo successivo svolgimento, sia pure con la sorprendente previsione circa la necessità della preventiva acquisizione, da parte del giudice, di “un parere obbligatorio (sic!), ma non vincolante della Commissione di certificazione”. Una novità di significativo rilievo rispetto ai contenuti della *Ipotesi* si ha con l’estensione della procedura di certificazione al regolamento interno delle società cooperative, mentre è frattanto operativa la c.d. Commissione Zamagni, impegnata nel delineare la disciplina sulla posizione del socio-lavoratore, poi realizzata con la l. 3 aprile 2001, n. 142⁴⁷.

Pur nell’incompletezza e nella perfettibilità della proposta in diversi aspetti⁴⁸, essa suscita più che altro reazioni negative nella dottrina che inizia ad interessarsene, anche se non manca comunque chi si mostra complessivamente fiducioso sul funzionamento del meccanismo⁴⁹.

⁴⁵ A. TURSI, *op. cit.*, 662.

⁴⁶ I rapporti di lavoro occasionali, similmente a quanto previsto ora dall’art. 61, 2° co., del d. lgs. 276/2003, sono ritenuti tali qualora la loro durata complessiva non sia superiore a un determinato numero di giorni nel corso dell’anno solare con lo stesso committente, salvo che il compenso complessivo per lo svolgimento della prestazione non sia superiore ad un certo importo.

⁴⁷ Va ricordato che il *Progetto* viene presentato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri il 25 marzo 1998, nell’ambito dei lavori della Commissione Zamagni, che annovera fra i suoi membri proprio Marco Biagi.

⁴⁸ Mancando una vera e propria disciplina che regoli, ad esempio, la competenza delle commissioni e che scandisca le fasi del procedimento come nel d.lgs. 276/2003.

⁴⁹ M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, cit., 24 s.; più tiepido pare invece P. TOSI, *La distinzione tra subordinazione e autonomia*, in AA.VV., *Autonomia e subordinazione: vecchi e nuovi modelli*, cit., 45.

Vengono sollevati dubbi sulla incapacità della certificazione di incidere sulla parte più rilevante delle controversie inerenti la qualificazione dei rapporti di lavoro, dato dalle variazioni che il rapporto di lavoro qualificato *ex ante* incontra nel suo concreto atteggiarsi; sulla scelta di assegnare l'attività di qualificazione dei rapporti di lavoro ad organi amministrativi, ritenuti non adeguati allo scopo e tali da perpetuare l'idea che la certezza dei rapporti di lavoro passi necessariamente attraverso un intervento preventivo o autorizzativo dell'autorità pubblica; sulla rigidità del meccanismo, che pretenderebbe di fissare ed immobilizzare i criteri distintivi della subordinazione per ogni figura professionale, i quali hanno invece un valore sintomatico ed indiziario per cui solo se dosati equilibratamente consentono di rinvenire i caratteri della subordinazione in una prestazione lavorativa, attraverso un giudizio di sintesi⁵⁰.

Ma il meccanismo porrebbe anche problemi per così dire di "sistema", per la sospetta incompatibilità con i principi enunciati alcuni anni prima dalla Corte Costituzionale a proposito della c.d. indisponibilità del tipo lavoro subordinato⁵¹; in particolare, laddove afferma che "non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato. I principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia, infatti, sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti"⁵².

Si tratta in un certo senso del *liet motiv* che contrassegna, nei vari passaggi e fino all'emanazione del d. lgs. 276/2003, i giudizi sulla certificazione assieme a quelli sulla sua efficacia, su cui verranno compiuti più in avanti gli opportuni approfondimenti (Cap. II, § 1).

⁵⁰ G. FERRARO, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 439 s. nota 17; G. PERA, *Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, 379 nonché, seppur con riferimento alla certificazione prevista nel d.d.l. Smuraglia, L. MONTUSCHI, *Un "nuovo" lavoro da regolare*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 696.

⁵¹ M. MAGNANI, *Verso uno "Statuto dei lavori"?*, in *Dir. rel. ind.*, 1998, 314 s.

⁵² Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115: vedila in *Arg. dir. lav.*, 1995, 297 ss., con il noto commento di M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, 63 ss.

4. Dallo “Statuto dei Lavori” al “Libro Bianco”

Come ricordato in precedenza lo Statuto dei lavori non verrà mai formalizzato in un disegno di legge, tant'è che esce definitivamente dall'agenda riformatrice degli esecutivi di centro-sinistra che si susseguono alla caduta del Governo Prodi.

La certificazione però continua il suo percorso e fa il suo ingresso in Parlamento all'interno di altri progetti di legge, seppure in essi compaia esclusivamente come certificazione a rilevanza “qualificatoria”. In tal senso approda in Senato con il d.d.l. S n. 3512, redatto sulla base dei lavori della Commissione Zamagni, il cui art. 6 prevede la certificazione del regolamento interno come meccanismo di prevenzione del contenzioso sulla natura autonoma o subordinata del rapporto di lavoro del socio-lavoratore. La disposizione viene però successivamente stralciata in Commissione lavoro e previdenza del Senato, tra le critiche di chi la considera un tassello importante nella futura legislazione sul lavoro in cooperativa⁵³, sulla base del rilievo per cui la certificazione concerne in questo caso un atto tipicamente unilaterale, mentre la qualificazione riguarda il contratto di lavoro che è un atto bilaterale⁵⁴.

Ancora al Senato, nel febbraio del 1999, viene approvato il d.d.l. S 2049 (c.d. d.d.l. Smuraglia), il cui art. 17 disciplina la certificazione che riveste una finalità deflattiva delle controversie qualificatorie, ma ristretta ai rapporti di collaborazione coordinata e personale. Esso suscita le critiche degli estensori della bozza dello Statuto dei lavori, secondo i quali la certificazione può rivestire una reale utilità non in una proposta di riforma che persegue una sostanziale omogeneizzazione, sul piano protettivo, tra subordinazione e collaborazioni coordinate e continuative, ma solo se è connessa ad una rimodulazione di tutele che riduca sul piano delle convenienze le ragioni sostanziali del contenzioso qualificatorio⁵⁵.

Ma ancora una volta il percorso della certificazione si interrompe in sede parlamentare non avendo il suddetto d.d.l. un sufficiente “respiro”

⁵³ Cfr. M. BIAGI, *La “flessibilità certificata” del socio di cooperativa*, in *Guida lav.*, 1998, 38, 12 ss e ID., *Progettare per modernizzare*, in T. TREU, *Le politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, 277.

⁵⁴ Si veda al riguardo la relazione del sen. Gruosso alla seduta n. 1005 del 24 gennaio 2001. Su tale questione si tornerà più analiticamente nel § 7.

⁵⁵ M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 588 s.; M. TIRABOSCHI, *La certificazione dei lavori “atipici” e la sua tenuta giudiziaria*, cit., 111 ss.

politico che ne consenta l'approvazione anche alla Camera prima dello spirare della legislatura.

La certificazione riprende il suo percorso due anni più tardi, questa volta sotto le insegne del Governo Berlusconi, con il *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia* del 2001⁵⁶.

Come noto, il documento – redatto a più mani ma prevalentemente ed ancora con la regia di Marco Biagi – traccia le basi programmatiche di un percorso di riforma ad ampio raggio, solo in parte realizzato con la l. 30 e con il d. lgs. 276 del 2003, che va dalla riorganizzazione del mercato del lavoro alla diversificazione dei tipi contrattuali, dalla riforma degli ammortizzatori sociali e degli incentivi all'occupazione alla revisione del sistema di relazioni industriali, della disciplina sull'arbitrato come di quella sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali⁵⁷.

Si riscoprono lo “spirito” e le proposte dello Statuto dei lavori e si torna espressamente a parlare (con le medesime imprecisioni della *Ipotesi*) di una certificazione intesa come strumento di rimodulazione e articolazione di tutele oltre che di qualificazione con finalità deflattiva del contenzioso, muovendo dalle medesime premesse in termini di politica del diritto: la necessità di “rivalutare convenientemente il ruolo del contratto individuale [...] quantomeno con riferimento a singoli istituti o laddove [...] esistano condizioni di sostanziale parità contrattuale tra le parti ovvero anche in caso di specifici rinvii da parte della fonte collettiva”; l'opportunità di “modificare l'attuale contesto normativo che inibisce al datore e prestatore di lavoro di concordare condizioni in deroga non solo alla legge ma anche al contratto collettivo, se non entro il limite, sempre più ambiguo, delle condizioni di miglior favore”, attraverso l'individuazione di “un nucleo essenziale di norme e principi inderogabili [...] comuni a tutti i rapporti negoziali”. Mentre “al di sopra di questo nucleo minimo di norme inderogabili sembra opportuno lasciare ampio spazio all'autonomia collettiva e individuale, ipotizzando una

⁵⁶ In www.welfare.gov.it/RiformaBiagi/Archivio/Documenti/default.htm.

⁵⁷ Sull'ampio dibattito seguito alla pubblicazione del *Libro Bianco* ed alla presentazione al Senato del d.d.l. delega 848 v., fra gli altri, AA.VV., *Il “Libro Bianco del Ministero del lavoro”*, Atti del seminario di Roma del 21 novembre 2001, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, 141 ss.; V. PINTO, R. VOZA, *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro Bianco al disegno di legge delega*, *ibidem*, 453 ss.; F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal “Libro bianco” al disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, 2002; AA. VV., *Lavoro: ritorno al passato. Critica del libro bianco e della legge delega al governo Berlusconi sul mercato del lavoro*, Ediesse, Roma, 2002; L. MARIUCCI, *La forza di un pensiero debole. Una critica del “Libro bianco del lavoro”*, in *Lav. dir.*, 2002, 3 ss.

gamma di diritti inderogabili relativi, disponibili a livello collettivo o individuale”⁵⁸.

A tal fine si propone di “sperimentare una procedura di certificazione, cioè di validazione anticipata della volontà delle parti interessate all’utilizzazione di una certa tipologia contrattuale [...] utile a prevenire controversie giudiziali sul piano qualificatorio, la quale potrebbe essere esercitata da strutture pubbliche (in sede amministrativa) od anche sindacali (gli enti bilaterali, ad esempio)”; e nel contempo si accenna alla prospettabilità di “percorsi a garanzia della effettiva volontà del lavoratore (per realizzare una sorta di ‘derogabilità assistita’, secondo meccanismi di certificazione o validazione della volontà individuale)”, ad opera delle medesime sedi pubbliche o sindacali.

Se, per dirla con la dottrina critica sulla linea di politica del diritto che esso rappresenta, il *Libro Bianco* propone una rilettura in chiave “individual-volontaristica” dell’impianto regolativo del diritto del lavoro, precludendo ad un sostanziale depotenziamento del ruolo della legge e della contrattazione collettiva più che ad una proclamata flessibilizzazione del sistema delle fonti⁵⁹, non sorprende allora che le obiezioni rivolte alla certificazione riguardino specialmente le proposte di derogabilità assistita.

In un siffatto disegno, la partecipazione del sindacato alla gestione del meccanismo certificatorio non può intendersi, secondo tale dottrina, in linea di continuità con il ruolo rivestito dalle parti sociali nel modello di “flessibilità contrattata” sperimentato nella legislazione dell’emergenza ma rappresenta un segno di rottura con questo modello⁶⁰: qui il sindacato si fa promotore di una soluzione nella quale la rimozione di un vincolo inderogabile viene valutata alla luce di un interesse collettivo; mentre con la tecnica dell’accordo in deroga alla norma imperativa esso ha “un ruolo ancillare dell’autonomia individuale”⁶¹, considerato che la sua presenza è funzionale alla realizzazione di un mero interesse individuale, tutelando la genuinità del consenso del lavoratore ovvero orientando il contenuto dell’accordo verso un obiettivo a questi favorevole.

⁵⁸ Cfr. I. 3.2. (Leggi e contratti) e I. 3.5. (“Statuto dei lavori”) del *Libro Bianco*.

⁵⁹ P. CAMPANELLA, *Il Libro bianco e il disegno di legge delega in tema di mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2002, 9.

⁶⁰ V. PINTO, R. VOZA, *op. cit.*, 483 ss.

⁶¹ P.G. ALLEVA, A. ANDREONI, V. ANGIOLINI, F. COCCIA, G. NACCARI, *Un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti*, in AA. VV., *Lavoro: ritorno al passato*, cit., 81 e, in termini consimili, G. CASADIO, *Introduzione*, in AA. VV., *Il “Libro Bianco del Ministero del lavoro”*, cit., 145 secondo cui i sindacati fungono in tal caso come mere “agenzie di servizio dell’individuo”.

In tal senso, l'introduzione di meccanismi per la validazione di accordi in deroga a norme inderogabili costituirebbe un ulteriore tassello nell'ambito del supposto processo di "destrutturazione" del diritto del lavoro, già in atto con gli interventi legislativi che hanno rimosso i divieti di intermediazione e di interposizione di manodopera e con quelli che hanno realizzato una maggiore flessibilizzazione del rapporto di lavoro, ed ulteriormente alimentato dalle proposte di riforma enunciate nel *Libro Bianco*⁶².

Invero si tratta di critiche destinate a durare *l'espace d'un matin*: a meno di due mesi dalla pubblicazione del *Libro Bianco* viene infatti approvato in Consiglio dei ministri il d.d.l. di "delega al governo in materia di mercato del lavoro", poi presentato al Senato con il numero 848 in cui non si parla più di percorsi di derogabilità assistita, in quanto si assegna all'esecutivo la delega ad emanare disposizioni in materia di certificazione dei contratti di lavoro intesa esclusivamente come attività di qualificazione.

5. La certificazione come strumento di qualificazione dei contratti di lavoro nella l. 30/2003 nel d. lgs. 276/2003

L'art. 9 del d.d.l. 848 viene modificato in modo rilevante nei vari passaggi che conducono alla definitiva versione dell'art. 5 della l. 30/2003 – considerata la carente definizione della procedura, degli effetti e del controllo giudiziario sulla certificazione⁶³ – ma non si ricompattano le due "anime" del meccanismo, destinate ad essere definitivamente disgiunte nel d. lgs. 276/2003: i principi e criteri cui il legislatore delegato deve uniformarsi nel dettare disposizioni in materia di certificazione sono infatti funzionali alla delineazione di un meccanismo che ha il solo "fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro" (art. 5, 1° co., lett. a-f).

La procedura di certificazione è richiamata dall'art. 5 e da altre disposizioni della legge delega pure in relazione a determinate evenienze,

⁶² "Il tradizionale sistema del diritto del lavoro ha sempre offerto una blindatura totale che ora si vorrebbe dismettere nel solco di una rivisitata concezione marcatamente privatistica, la quale – lo si dichiara *apertis verbis* – non può trovare libero ingresso. Desta forti perplessità la sperimentazione di nuovi percorsi affidati alla volontà delle parti, sia pure con la formale ratifica della prescritta validazione, attesa la fragilità del terreno riguardante il piano delle tutele individuali: C. ROMEO, *La nuova fase del diritto del lavoro tra crisi dell'inderogabilità e destrutturazione*, in ID. (a cura di), *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*, Fondazione di diritto del lavoro L.A. Miglioranza, Roma, 2003, 59.

⁶³ Cfr. E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. prat. lav.*, 2002, 531 che parla in proposito di una vera e propria "delega in bianco".

nessuna che alluda però alla derogabilità assistita, e cioè: quando si riconosce agli enti bilaterali la competenza esclusiva “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’art. 2113 del codice civile a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse” (art. 5, 1° co. lett. g); quando si stabilisce la “estensione della procedura di certificazione “all’atto di deposito del regolamento interno riguardante la tipologia dei rapporti attuati da una cooperativa ai sensi dell’articolo 6 della legge 3 aprile 2001, n. 142, e successive modificazioni” (art. 5, 1° co. lett. h); quando al precedente art 2. 2° co. lett. l si prevede “l’utilizzazione del meccanismo certificatorio di cui all’art. 5 ai fini della distinzione concreta tra interposizione illecita e appalto genuino”; infine, quando l’art. 4 richiama i “meccanismi di certificazione”, con riferimento alle collaborazioni coordinate e continuative (1° co. lett. c, n. 6) ed inoltre alle prestazioni di lavoro occasionale e accessorio (1° co. lett. d).

Né, tanto meno, l’assetto muta con il d. lgs. 276 del 2003, seppure vengano omesse talune delle ipotesi di certificazione testé indicate⁶⁴.

Nel Titolo VIII, il Capo I concerne la sola certificazione “al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto [...], nonché dei contratti di associazione in partecipazione di cui agli artt. 2549-2554 del codice civile”, secondo la formulazione originaria dell’art. 75 che, con le modifiche apportate dall’art. 18 del d. lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, estende ora l’applicabilità del meccanismo a tutti i contratti di lavoro.

E nella disciplina c’è molto delle idee contenute nelle proposte di riforma dello Statuto dei Lavori: l’individuazione degli enti bilaterali e delle direzioni provinciali del lavoro fra i soggetti competenti, oltre a novità assolute come Province, Università e Fondazioni universitarie⁶⁵ nonché, da ultimo, la

⁶⁴ Vale a dire la mancata indicazione nell’ambito di applicazione dell’art. 75 del d. lgs. 276, nella sua versione originaria, non solo delle prestazioni di lavoro occasionale e accessorio ma anche delle collaborazioni coordinate e continuative non ricondotte a progetto cui, secondo una parte della dottrina, l’art. 4, 1° co. lett c n. 6 ha fatto riferimento: in tal senso, L. NOGLER, *Altre ipotesi di certificazione*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., 915. *Contra* V. SPEZIALE, *Le finalità e gli effetti della nuova disciplina e le ipotesi nelle quali è possibile utilizzare la procedura di certificazione*, in V. SPEZIALE, F. LUNARDON, P. BELLOCCHI (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsa, Milano, 2004, vol. IV, 156.

⁶⁵ Sulle vicende politiche le quali hanno portato all’inserimento di questi soggetti nel d. lgs. 276, v. L. NOGLER, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 898 ss.

Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro del Ministero del lavoro ed i consigli provinciali dei consulenti del lavoro (artt. 76-77)⁶⁶; la prevista emanazione con decreto ministeriale di codici di buone pratiche “per l’individuazione di clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi”, i quali recepiscono, ove esistenti, “le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale” (art. 78, 4° co.); sempre con decreto ministeriale, la definizione di “appositi moduli e formulari per la certificazione del contratto o del relativo programma negoziale, che tengano conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro, come autonomo o subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro” (art. 78, 5° co.); lo svolgimento da parte delle sedi di certificazione di “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” (art. 81).

Accanto al modello cui fa riferimento il Capo I del Titolo VIII, vengono previste le altre figure di certificazione rispetto ad esso “eccentriche”, poiché non caratterizzate da una funzione qualificatoria con finalità deflative del contenzioso⁶⁷ (v. *infra* § 7). Si tratta delle “altre ipotesi” di certificazione indicate nel Capo II, che costituiscono in parte soluzioni inedite rispetto alle precedenti elaborazioni progettuali, come la certificazione per la distinzione tra interposizione illecita e appalto “genuino” di cui all’art. 84; in parte un retaggio dello Statuto dei Lavori, come per la certificazione delle rinunzie e transazioni o del regolamento delle società cooperative prevista rispettivamente agli artt. 82 ed 83.

Pure eccentrica, in tale ordine di idee, è l’ipotesi di certificazione disciplinata all’art. 68 del d. lgs. 276 con cui, secondo taluni, il legislatore ha inteso recuperare in *extremis* la derogabilità assistita prevedendo che “i diritti derivanti dalle disposizioni contenute nel presente capo [cioè il capo I sul lavoro a progetto e lavoro occasionale, contenuto nel titolo VII del decreto] possono essere oggetto di rinunzie e transazioni tra le parti in sede di

⁶⁶ V. l’art. 1, comma 256, della l. 23 dicembre 2005, n. 266 (Legge Finanziaria per il 2006) che ha aggiunto al comma 1 dell’art. 76 le lett. *c)-bis* e *c)-ter*.

⁶⁷ Cfr. A. TURSI, *op. cit.*, 606.

certificazione del rapporto di lavoro”; soluzione da escludere per effetto delle modifiche apportate dall’art. 18 del d. lgs. 251/2004, benché non plausibile, come si dirà, neanche vigente l’art. 68 così come introdotto dal d. lgs. 276/2003 (*infra* § 6).

Per dirla con uno dei padri della riforma del mercato del lavoro e delle proposte sullo Statuto dei lavori, in tale contesto la certificazione sarebbe un *minus* rispetto al modello precedentemente immaginato, poiché si risolverebbe in “un mero strumento, per forza di cose assai modesto, di ausilio alle operazioni di qualificazione dei rapporti di lavoro ad opera dell’autonomia negoziale privata [...] là dove la modulazione delle tutele viene surrogata [...] attraverso una operazione di pura e semplice moltiplicazione delle tipologie contrattuali flessibili”⁶⁸.

Ciò al tempo stesso non impedisce all’Autore di rilevare che la certificazione possa giocare un ruolo importante nell’ottica di un futuro rilancio dello Statuto dei Lavori. Ammesso cioè che la riforma costituisca una prima tappa verso la creazione di un *continuum* di tipi contrattuali tra i poli dell’autonomia e della subordinazione, con una conseguente rimodulazione delle tutele, la certificazione accompagnerebbe la forte diversificazione tipologica nel presupposto che questa sia fonte di incertezza e di litigiosità in sede di qualificazione del rapporto di lavoro⁶⁹. In tal senso, andrebbe intesa la iniziale restrizione dei contratti certificabili al solo lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale, a progetto, e dei contratti di associazione in partecipazione a tempo parziale, quali figure di lavoro autonomo o subordinato contestualmente introdotte o rivisitate dal d. lgs. 276/2003.

Una siffatta delimitazione non ha mancato di suscitare perplessità considerato che da un lato, quelli individuati sono figure di lavoro subordinato, mentre il contenzioso qualificatorio investe prevalentemente i confini esterni della subordinazione – la c.d. “zona grigia” tra autonomia e subordinazione – e non quelli “interni”; dall’altro lato, l’idea retrostante a tale delimitazione indulge su di “un sillogismo un po’ scolastico, apparentemente coerente con

⁶⁸ Cfr. M. TIRABOSCHI, *op. ult. cit.*, 115, sia pure nel commento al citato d.d.l. 848.

⁶⁹ M. TIRABOSCHI, *op. ult. cit.*, 115 s. Per A. TURSI, *op. cit.*, 605, la certificazione servirebbe pure ad assistere ed integrare la volontà negoziale delle parti nel quadro di una tendenziale revisione della tutela inderogabile realizzata dal d. lgs. 276 sia nelle disposizioni in cui si lascia spazio all’autonomia individuale (cfr. ad esempio l’art. 46 lett *s* del d.lgs. 276/2003 che ha inserito il nuovo comma *2-ter* dell’art. 8 del d. lgs. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale; le numerose possibilità di “diverse intese” previste agli artt. 41 ss. in materia di lavoro ripartito; sul lavoro a progetto, il “diverso accordo” di cui all’art. 64 e la possibile pattuizione individuale in tema di recesso *ante tempus ex art. 67, 2° co.*); sia all’art. 68 che rappresenta una ipotesi di “disponibilità assistita”.

l'idea della modulazione e redistribuzione delle tutele lungo un *continuum* che va dall'autonomia piena alla subordinazione piena: il sillogismo, cioè, secondo il quale se si hanno 'più tipi contrattuali', vi saranno più 'problemi qualificatori', e dunque più 'contenzioso giudiziale'⁷⁰.

Alla luce di tali considerazioni, più che opportuna deve intendersi la novella del 2004 che ha generalizzato il ricorso alla certificazione a tutti i contratti di lavoro.

6. Segue: la non plausibilità di una ipotesi di derogabilità assistita nella riforma del mercato del lavoro

Come si è accennato, l'art. 15 del d. lgs. 251/2004 ha sostituito la versione originaria dell'art. 68 del d. lgs. 276/2003, il quale prevede ora che "nella riconduzione a un progetto, programma di lavoro o fase di esso dei contratti di cui all'art. 61, comma 1, i diritti derivanti da un rapporto di lavoro già in essere possono essere oggetto di rinunzie e transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al Titolo VIII secondo lo schema dell'articolo 2113 del codice civile".

In proposito la novella ha messo fine alla *querelle* interpretativa del testo originario ("I diritti derivanti dalle disposizioni contenute nel presente capo possono essere oggetto di rinunzie e transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro [...]"), accogliendo la posizione della dottrina maggioritaria secondo cui la norma ha alluso sin dall'inizio alla possibilità di disporre di diritti già entrati nel patrimonio del collaboratore a progetto⁷¹, e respingendo quindi la tesi di chi ha ritenuto si trattasse invece di

⁷⁰ A. TURSI, *op. cit.*, 619 ss., qui 623 s.

⁷¹ Cfr., fa gli altri, R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro "a progetto"*, in *Working Papers CSDLE Massimo D'Antona*, 2003, n. 25, 23; P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, 919; A. PIZZOFRATTO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusiva ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, in *Dir. lav.*, 2003, II, 637 ss.; V. PINTO, *Le collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, Bari, 334; M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, *ibidem*, 426; V. SPEZIALE, *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, in V. SPEZIALE, F. LUNARDON, P. BELLOCCHI (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 229 ss.; E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO R., M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Esi, Napoli, 2004, 288; A. BELLAVISTA, *Sub art. 68. Rinunzie e transazioni*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo*

un'ipotesi di derogabilità assistita⁷². Ed il legislatore del 2004 lo ha fatto non senza la consueta dose di attecnicismo cui ci ha abituato il d. lgs. 276/2003, laddove, per dissipare ogni dubbio che la norma concerna la validazione di semplici negozi dispositivi con l'effetto renderli inoppugnabili in giudizio, si è richiamato lo "schema" (sic!) dell'art. 2113 c.c.⁷³

Ciò non esime tuttavia dal rievocare il dibattito sul significato della norma nella sua versione originaria, partendo proprio dalle ragioni della tesi "derogatoria".

Le argomentazioni dei suoi sostenitori muovono più o meno tutte dal medesimo presupposto, e cioè che si superi il contrasto tra il *nomen juris* di "rinunzie e transazioni", prescelto dal legislatore per individuare gli atti negoziali certificabili (che alluderebbe quindi alla disposizione di diritti già entrati nel patrimonio del lavoratore), e la fase del rapporto in cui tali negozi vengono collocati: fase che, considerata la loro esperibilità "in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al Titolo VIII del d. lgs. 276/2003", dovrebbe essere, di regola, quella genetica⁷⁴. In tal senso, tenendo ferma la distinzione tra negozio in deroga e negozio dispositivo, si è sostenuta un'interpretazione della norma che valorizzasse il secondo inciso, e cioè che il legislatore avesse inteso consentire la derogabilità assistita della disciplina protettiva del lavoro a progetto, invocando impropriamente le *figurae juris* delle rinunce e delle transazioni in luogo della formula "deroga a disposizioni" o di espressioni simili. Un'interpretazione quindi fondata sull'errore tecnico

10 settembre 2003, n. 276, Cedam, Padova, 2004, 779 ss.; E. GRAGNOLI, *Sub art. 82. Rinunzie e transazioni*, *ibidem*, 862 ss.; C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in Aa. Vv., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme. Atti delle giornate di studio Aidlass di Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004*, Giuffrè, Milano, 2005, 100 ss.

⁷² L. DE ANGELIS, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in *Lav. giur.*, 2004, 247 ss.; L. NOGLER, *Rinunzie e transazioni*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., 835 ss.; A. TURSI, *La "volontà assistita" nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, 255 ss.; M. NOVELLA, *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nella disciplina del lavoro a progetto*, in *Lav. dir.*, 2004, 127 ss., spec. 131 ss.; M. MAGNANI, S. SPATARO, *Il lavoro a progetto*, in *Working Paper CSDLE Massimo D'Antona*, 2004, n. 27, 12; In termini più dubitativi, invece, M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. giur.*, 2003, 823; A. MARESCA, *La nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative*, in Aa.Vv., *Riforma Biagi. Le nuove collaborazioni*, in *Speciali Guida lav.*, n. 1, 2004, 12.

⁷³ Per alcune considerazioni critiche sulla tecnica legislativa con cui sono stati allestiti la l. 30, il d. lgs. 276 del 2003 ed il d. lgs. 251 del 2004 v. M. PEDRAZZOLI, *Presentazione*, in ID. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., XXI ss. nonché l'introduzione dello stesso Autore all'*Insero sulla correzione della c.d. riforma Biagi*, Zanichelli, Bologna, 2004, VII ss.

⁷⁴ Per ulteriori e più approfondite considerazioni al riguardo si rinvia al terzo capitolo, segnatamente al § 2.3.

del legislatore, tale però da non influire “sul significato operativo della disposizione e cioè (sul)le *regulae juris* ricavate dall’interprete”⁷⁵.

Del resto, si è detto, non accedendo a questa interpretazione l’art. 68 sarebbe stato una mera duplicazione dell’art. 82, nella convinzione che fosse quest’ultima e non la prima ad individuare nelle sedi di certificazione un altro soggetto che potesse rendere inoppugnabili le rinunzie e le transazioni certificate, prevedendo l’art. 82 che gli enti bilaterali sono competenti a certificare “le rinunzie e transazioni di cui all’art. 2113 del codice civile a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse”⁷⁶. In tal senso “l’espressa menzione dell’art. 2113 c.c. dall’articolo 82, raffrontata con l’omessa menzione di tale articolo nell’articolo 68, non può che rafforzare la tesi che identifica nelle rinunzie e transazioni di cui all’art. 68 delle fattispecie negoziali diverse da quelle ‘di cui all’articolo 2113 del codice civile’: delle fattispecie, cioè, solo tecnicamente definibili come ‘rinunzie’ o ‘transazioni’, ma in effetti riconducibili alla regolazione del rapporto in chiave di deroga a norma imperativa”⁷⁷.

Ad ulteriore conferma della tesi della derogabilità assistita si è fatto rilevare che la versione originaria dello schema dell’art. 68 includeva un inciso, poi espunto dal testo finale, secondo cui le rinunzie e transazioni ai diritti dei lavoratori a progetto potevano effettuarsi “anche in deroga all’art. 2113 del codice civile”: tale inciso, lungi dal dover essere inteso nel senso di conferire piena validità alle rinunzie e transazioni certificate indipendentemente dall’esperimento delle procedure conciliative di cui al 4° comma dell’art. 2113 c.c., poiché sarebbe equivalso a prevedere quanto già disposto dall’art. 82, avrebbe dovuto allora interpretarsi nel senso di rendere possibile negozi dispositivi di diritti futuri, (*rectius*: di rinunciare alla applicazione della disciplina protettiva che li prevede). Cosicché la sua eliminazione si sarebbe potuta spiegare con la sua superfluità ed equivocità considerato che è l’art. 1418 c.c., e non l’art. 2113 c.c., che vieta la disposizione di (*rectius*: la deroga a norme che prevedono dei) diritti non ancora maturati⁷⁸.

La tesi “derogatoria” ha incontrato tuttavia numerose critiche che in linea di principio appaiono tuttora condivisibili.

⁷⁵ L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 836.

⁷⁶ L. NOGLER, *op. loc. ult. cit.*; A. TURSI, *op. ult. cit.*, 253 ss.

⁷⁷ A. TURSI, *op. ult. cit.*, 257.

⁷⁸ A. TURSI, *op. ult. cit.*, 257 s. e nel medesimo senso L. NOGLER, *op. loc. ult. cit.*

Invero, non quella secondo cui della derogabilità assistita non vi sarebbe alcuna traccia nella legge delega, considerato che l'art. 5 indica il solo fine di "ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro", e quindi interpretare in tal senso l'art. 68 avrebbe rappresentato un eccesso di delega da parte del decreto delegato in violazione dell'art. 76 Cost.⁷⁹. La Corte costituzionale, infatti, tende ormai a dilatare ed in un certo senso svalutare i limiti previsti dall'art. 76 Cost.⁸⁰, e più di recente ha affermato che per valutare di volta in volta se il legislatore abbia ecceduto i limiti della delega è necessario tener conto delle finalità che, attraverso i principi ed i criteri enunciati, la legge delega si prefigge con il complessivo contesto delle norme da essa poste; con la conseguenza che la delega legislativa non fa venir meno ogni discrezionalità del legislatore delegato, la quale risulta più o meno ampia a seconda del grado di specificità dei principi e criteri fissati nella legge delega⁸¹. Per cui ben si sarebbe potuto rinvenire il fondamento costituzionale della derogabilità assistita nell' art. 4, n. 4 della legge 30 ove l'espressione "tutele fondamentali a presidio della dignità e della sicurezza dei lavoratori", come si è rilevato, "non indica necessariamente la via dell'inderogabilità assoluta, ma semmai [...] quella dell'effettività delle tutele stesse"⁸².

La debolezza della tesi a favore della derogabilità assistita, come pure non ha mancato di sottolineare uno dei suoi sostenitori, è a ben vedere nell'averne posto a fondamento l'errore di tecnica legislativa⁸³, dando così buon gioco alle critiche di quella parte della dottrina secondo la quale nulla avrebbe vietato di mantenere l'interpretazione dell'espressione "rinunzie e transazioni" nel senso tradizionale, e quindi che il legislatore avesse inteso regolare una fattispecie di disposizione di diritti già maturati⁸⁴; in ciò, in modo

⁷⁹ Cfr., fra gli altri, V. PINTO, *op. cit.*, 335 e M.G. GAROFALO, *op. cit.*, 427.

⁸⁰ V. SPEZIALE, *Certificazione: introduzione*, in V. SPEZIALE, F. LUNARDON, P. BELLOCCHI (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 148 ss.

⁸¹ Cfr. Corte Cost. 5 febbraio 1999, n. 15, in *Giust. civ.*, 1999, I, 936 ss.; Corte Cost. 13 luglio 2000, n. 276, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2752; Corte Cost. 18 novembre 2000, n. 503, in *Foro it.*, 2001, I, c. 30; Corte Cost. 5 giugno 2003, n. 199, in *Foro it.*, 2003, I, 2232 ss.

⁸² L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 838 cui adde A. TURSI, *op. ult. cit.*, 259 s. con più ampie considerazioni in proposito. Si veda anche M. NOVELLA, *op. cit.*, 147, il quale però fonda il suo convincimento che la certificazione non abbia nella legge delega solo una funzione qualificatoria in base a quanto si ricava dalle lett. d ed e dell' articolo 5, 1° co.

⁸³ M. NOVELLA, *op. cit.*, 132.

⁸⁴ R. DE LUCA TAMAJO, *op. ult. cit.*, 23; A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*, 638; V. PINTO, *op. cit.*, 334; M.G. GAROFALO, *op. cit.*, 426; V. SPEZIALE, *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, cit., 229 s.

simmetricamente opposto all'impostazione criticata, imputando al legislatore un'imprecisione lessicale relativamente all'espressione "in sede di certificazione", da doversi intendere come se il legislatore avesse scritto "nelle sedi di certificazione"⁸⁵.

Se non si vogliono stravolgere i consueti canoni ermeneutici di cui all'art. 12 delle preleggi, l'argomentazione dell'errore tecnico non può d'altronde essere usata per far dire al legislatore qualcosa di simile a ciò che ha detto in altri contesti usando espressioni totalmente differenti ed inequivoche, come "deroga a disposizioni" ed altre simili⁸⁶.

È appena il caso di sottolineare, tra l'altro, che l'eliminazione dell'inciso "anche in deroga all'art. 2113 c.c." dalla versione dell'art. 68 (prima dell'intervento della novella del 2004), si sarebbe similmente potuto interpretare nel senso che si voleva fugare ogni dubbio sul fatto che la norma riguardasse semplici negozi dispositivi⁸⁷.

Inoltre, se si aderisce all'opinione dominante sulla distinzione "scolastica"⁸⁸ tra inderogabilità della disciplina protettiva e indisponibilità dei diritti, non può neanche accogliersi la tesi di chi, sulla scia di quella dottrina per la quale non vi sarebbero ostacoli dogmatici nell'ammettere la rinuncia a diritti futuri⁸⁹, ha sostenuto che nell'art. 68 il termine "rinunzie" potesse essere utilizzato per indicare anche fattispecie derogatorie della disciplina attributiva di quei diritti⁹⁰.

Va detto infine che, a nostro avviso, il mancato accoglimento della tesi derogatoria non avrebbe comunque determinato nessuna sovrapposizione tra l'art. 68 e l'art. 82, considerato che in base a quest'ultimo, come si vedrà (*infra* § 7), le rinunzie e transazioni non divengono inoppugnabili, potendo infatti gli

⁸⁵ M.G. GAROFALO, *op. cit.*, 426 s.

⁸⁶ In proposito cfr., l'art. 45, 1° co, della l. 203/1982 sulla validità degli accordi conclusi "anche in deroga alle norme vigenti in materia di contratti agrari"; ma anche la l. 431/1998 in materia di locazioni ove la possibilità di derogare alla disciplina di base è formulata con l'uso dell'espressione "in alternativa" (lo rileva A. BELLAVISTA, *op. cit.*, 784).

⁸⁷ In tal senso cfr. V. SPEZIALE, *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, cit., 230.

⁸⁸ L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 836.

⁸⁹ Vedi *supra* nota 35.

⁹⁰ M. NOVELLA, *op. cit.*, 135 ss., la cui posizione invero è piuttosto cauta e non priva di dubbi per la infelice formulazione della norma, tant'è che è costretto ad ammettere che "se alla rinuncia pare ammissibile attribuire [...] la duplice valenza derogatoria e dispositiva, altrettanto non pare possibile fare per quanto attiene invece alla transazione: non v'è dubbio che quest'ultima non possa servire alla configurazione di deroghe convenzionali alla disciplina" (p. 137).

enti bilaterali solo accertare la volontà delle parti di porre in essere un negozio dispositivo e non una semplice quietanza a saldo⁹¹.

Come detto all'inizio, il legislatore con la novella del 2004 sembra però sposare la tesi opposta a quella derogatoria, precisando che l'ambito oggettivo di applicazione della norma sono i "diritti derivanti da un rapporto di lavoro già in essere", da intendersi come diritti che sono già parte del patrimonio del lavoratore, per cui l'espressione rinunzie e transazioni sarebbe da intendersi in modo conforme alla tradizione interpretativa giuslavoristica⁹².

Secondo i primi commentatori, peraltro, se si guarda la prima parte della norma novellata ("Nella riconduzione a un progetto, programma di lavoro o fase di esso dei contratti di cui all'art. 61 comma 1") non parrebbero esserci dubbi sul fatto che "l'art. 68 [...] riguardi solo il momento dinamico della transizione dalle co.co.co. alla nuova fattispecie del lavoro a progetto"⁹³; e perciò "conceda alle parti che intendono farsi certificare un lavoro a progetto la possibilità di 'chiudere' con il passato, evitando quindi problemi connessi a possibili contestazioni per il periodo anteriore all'emanazione dell'atto

⁹¹ In tal senso, quindi, non può condividersi neanche quanto sostenuto dalla dottrina contraria alla tesi derogatoria che, per superare l'*impasse* della presunta duplicazione tra le norme, ha cercato di individuare l'autonomo significato dell'art. 68 sostenendo o che, con riferimento ai soli rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, venisse espanso a tutti i soggetti indicati nell'art. 76 del decreto quel potere conciliativo che l'art. 82 limita alle sole commissioni di certificazione istituite presso gli enti bilaterali (in tal senso A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*, 639); o che l'art. 68 si limitasse a prevedere la possibilità delle rinunzie e transazioni nelle sedi di certificazione, con l'art. 82 esclusivamente funzionale alla individuazione dell'organo al riguardo competente (M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto. Profili teorico ricostruttivi*, in AA.VV., *Riforma Biagi. Le nuove collaborazioni*, cit., 26 cui *adde* A. BELLAVISTA, *op. cit.*, 783. Nel medesimo senso, ci pare, anche V. PINTO, *op. loc. cit.*).

⁹² Si mostra invece cauto sulla interpretazione della norma novellata nel senso che questa escluda un'ipotesi di derogabilità assistita, E. GRAGNOLI, *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, 88 s.

⁹³ F. LUNARDON, *Rinunzie e transazioni*, in AA.VV. *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro. D.lgs. 276/2003 come modificato dal D. lgs. 251/2004*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Ipsoa, Milano, 2005, V, 146 s.; V. SPEZIALE, *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, *ibidem*, 150 ss.; E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, 88; G. FERRARO, *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2005, 705. Una posizione parzialmente difforme è quella di A. TURSI, *La certificazione dei contratti lavoro*, cit., 615, secondo cui "il nuovo testo [...] si riferisce ai 'diritti derivanti da un rapporto di lavoro già in essere', e dunque a un rapporto che può non essere di collaborazione coordinata e continuativa, e che certamente non può essere di lavoro a progetto: [...] potrà trattarsi di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa 'senza progetto' che vengono trasformati in rapporti di lavoro a progetto nei termini e alle condizioni stabilite dal 1 comma dell'art. 86 [...]; o più spesso di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa senza progetto che vengono trasformati in rapporti di lavoro a progetto al di là di detti limiti temporali e condizioni, e dunque dopo avere vissuto una fase più o meno lunga di 'illegittimità', che sarà governata dall'art. 69 del decreto".

amministrativo”⁹⁴. Quanto all’individuazione dei diritti oggetto di disposizione, nel nuovo art. 68 le rinunzie e transazioni non sono più circoscritte ai diritti derivanti dalle disposizioni che regolano il lavoro a progetto⁹⁵, ed il riferimento ai “diritti derivanti da un rapporto già in essere” consentirebbe in linea teorica di includere tutti i diritti riferibili alle collaborazioni coordinate e continuative a prescindere sia dalla fonte, legale o contrattuale, sia dalla distinzione tra vecchia e nuova disciplina⁹⁶.

Alcune parole vanno spese, inoltre, su altre norme del d. lgs. 276 le quali, secondo alcuni, consentirebbero di rinvenire nel corpo della riforma un’ipotesi di derogabilità assistita.

Per una parte della dottrina la base normativa è nell’art. 78, 4° co., del d. lgs. 276 secondo il quale “il Ministro del lavoro e delle politiche sociali adotta 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. Tali codici recepiscono, ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”. Al riguardo, l’espressione “clausole indisponibili” dovrebbe essere interpretata come se il legislatore si riferisca alle norme di legge che disciplinano i contratti oggetto di certificazione, cosicché il decreto definirebbe per sottrazione le clausole disponibili, determinando quindi l’area di derogabilità assistita della suddette norme di legge⁹⁷.

La mancanza, all’interno del d. lgs. 276/2003, di una disposizione che consenta, in modo esplicito ed inequivoco, la derogabilità assistita della

⁹⁴ V. SPEZIALE, *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, in AA.VV. *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro. D.lgs. 276/2003 come modificato dal D. lgs. 251/2004*, cit., 151.

⁹⁵ Nella versione originaria della norma la dottrina prevalente aveva ritenuto che dovessero essere esclusi i diritti derivanti dalla disciplina preesistente, anche da quella richiamata all’art. 66, 4° co. (processo del lavoro, tutela previdenziale e contro gli infortuni sul lavoro, tutela in caso di maternità e di degenza ospedaliera, possibilità di usufruire di assegni familiari): cfr. L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 839; A. TURSI, *La “volontà assistita” nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, cit., 260 ss.; M. NOVELLA, *op. loc. cit.*, 138; *Contra* V. SPEZIALE, *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, in V. SPEZIALE, F. LUNARDON, P. BELLOCCHI (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 233.

⁹⁶ F. LUNARDON, *op. cit.*, 147 e in adesione V. SPEZIALE, *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, in AA.VV. *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro. D.lgs. 276/2003 come modificato dal D. lgs. 251/2004*, cit., 152 s.

⁹⁷ In tal senso V. PINTO, *op. cit.*, 335, per il quale invece l’art. 78, 4° co., non potrebbe consentire la disapplicazione dei contratti collettivi in sede di certificazione, se non ponendosi in contrasto con il principio di libertà sindacale *ex art. 39, 1° co., Cost.*

disciplina protettiva è già motivo sufficiente per escluderla. Invero, e pur sorvolando sulla confusione tra diritti indisponibili e norme inderogabili (retaggio delle imprecisioni contenute nel *Progetto*)⁹⁸, se si ammettesse una simile lettura si arriverebbe ad affermare che un decreto ministeriale possa stabilire la deroga delle norme di legge o di contratto collettivo, sovvertendo così la gerarchia tra le fonti del diritto⁹⁹.

In realtà i “codici di buone pratiche” hanno una funzione meramente ricognitiva e non derogatoria della disciplina di origine legale o collettiva¹⁰⁰, e si limiteranno (se e quando verranno emanati) a “codificare” quanto già previsto – e se previsto – dalla normativa vigente, in modo non dissimile dai *codes of practice* tipici del Regno Unito, i quali sono emanati dal *Secretary of State for Employment* o da altri organismi di natura governativa come l'*Employment Opportunity Commission*¹⁰¹.

Altra parte della dottrina¹⁰², infine, ritiene che il fondamento normativo della derogabilità assistita sarebbe da rinvenirsi nell'art. 81, secondo cui i soggetti certificatori “svolgono anche – indicando quindi un'attività ulteriore alla qualificazione del contratto – funzioni di consulenza e assistenza effettiva alle parti, sia in relazione alla stipulazione 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”.

In proposito si sostiene che i compiti di assistenza e consulenza assegnati dalla norma alle commissioni di certificazione sarebbero previsti

⁹⁸ Cfr. *supra* § 3.1. A costo di apparire pedanti, vale la pena di ricordare ancora una volta che sono i diritti ad essere indisponibili e non le clausole, e che sono le clausole ad essere inderogabili e non i diritti.

⁹⁹ Cfr. M.G. GAROFALO, *op. cit.*, 425; M. NOVELLA, *op. cit.*, 139 ss., secondo cui il sovvertimento della gerarchia delle fonti tra legge e decreto ministeriale si verificherebbe anche nel caso in cui questo stabilisca la derogabilità della disciplina del contratto collettivo considerato che, secondo l'opinione dominante in dottrina ed in giurisprudenza, l'inderogabilità del contratto collettivo deriva dalla legge, e segnatamente dagli artt. 2077 e 2113 c.c.

¹⁰⁰ M.G. GAROFALO, *op. cit.*, 433; M. NOVELLA, *op. cit.*, 140; A. TURSI, *La certificazione dei contratti lavoro*, cit., 618. Per L. NOGLER, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 910 e nt. 138, secondo cui affinché il codice di buone pratiche possa derogare alle norme di origine legale sarebbe necessaria “per lo meno una legittimazione esplicita”, si tratta esclusivamente 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”.

¹⁰¹ Tali codici hanno lo scopo sia di codificare le consuetudini già esistenti sia di promuovere le buone pratiche considerate auspicabili: cfr. sul punto A. D'ANDREA, *Il procedimento di certificazione*, in G. PERONE, A. VALLEBONA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 318.

¹⁰² E. GHERA, *op. ult. cit.*, 285 s.

“per la formazione e la modificazione del regolamento contrattuale nel suo divenire”: per cui, interpretando l’espressione “programma negoziale” come “regolamento contrattuale”, si arriva a riconoscere che le parti, in sede di certificazione, potrebbero introdurre nel contratto individuale clausole anche peggiorative della disciplina eteronoma¹⁰³.

Una siffatta lettura non può però essere accolta poiché è quanto meno eccessivo affidarsi all’indicazione, appena accennata, sull’attività di assistenza, laddove tale indicazione potrebbe al limite rilevare come conferma della regola della derogabilità assistita solo in presenza di disposizioni che prevedano esplicitamente un simile meccanismo in sede di certificazione¹⁰⁴. In mancanza di tali norme i termini “assistenza” e “consulenza” stanno a significare semplicemente un’attività di informazione e supporto delle parti, specialmente di quella debole, di aiuto nella stipulazione del contratto di lavoro nonché nella definizione del programma negoziale o nella sua modifica quando le parti, per l’effettivo svolgimento del rapporto, decidano per una novazione oggettiva del contratto di lavoro¹⁰⁵.

7. Segue: L’incerta collocazione funzionale delle altre ipotesi di certificazione (artt. 82, 83 ed 84 del d. lgs. 276/2003)

Ancora aperto invece è il dibattito sulla natura e sulla funzione delle “altre ipotesi” di certificazione individuate dagli artt. 82, 83 ed 84 del d. lgs. 276.

Per quanto riguarda l’art. 82, per il quale gli enti bilaterali possono certificare “le rinunzie e transazioni di cui all’articolo 2113 c.c. a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse”, in dottrina sono rinvenibili sostanzialmente due posizioni.

Per alcuni, se è in funzione della “conferma” della volontà abdicativa o transattiva delle parti, la certificazione servirebbe ad accertare che il lavoratore effettua non una dichiarazione di scienza ma una dismissione di diritti. Il legislatore cioè, avendo in mente le note difficoltà di distinguere talvolta gli

¹⁰³ E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., secondo cui la possibilità per le parti di determinare in sede di certificazione il regolamento contrattuale troverebbe conferma dall’art. 78, 5° co. sui moduli e formulari per la certificazione del contratto da adottarsi con decreto ministeriale, da cui ad avviso dell’Autore si ricaverebbe in modo chiaro che “oggetto dell’attività di certificazione è il programma negoziale e cioè il contenuto del contratto” (p. 286)

¹⁰⁴ Cfr. in tal senso, M. NOVELLA, *op. cit.*, 130.

¹⁰⁵ M. NOVELLA, *op. loc. cit.*

atti dismissivi dalle c.d. quietanze liberatorie¹⁰⁶, avrebbe semplicemente inteso assegnare agli enti bilaterali la competenza a certificare la reale natura dispositiva del negozio posto in essere dalle parti. La funzione della commissione di certificazione non sarebbe pertanto quella di convalidare la volontà dispositiva delle parti, rendendo le rinunzie e transazioni inoppugnabili, come quelle effettuate innanzi alle commissioni di conciliazione stragiudiziale *ex artt.* 2113, comma 4, c.c. e 410 e ss. c.p.c.¹⁰⁷, bensì di qualificare come dismissivo il negozio posto in essere. Si tratterebbe, in sostanza, di una certificazione avente una finalità non dissimile da quella regolata dagli art. 75 ss., e cioè “una certificazione con finalità di riduzione del contenzioso in materia di qualificazione dei negozi dismissivi in materia lavoristico”¹⁰⁸.

Per altra dottrina se la norma venisse interpretata in questo senso sarebbe inutile, poiché non si capisce quale datore di lavoro potrebbe essere realisticamente interessato al mero accertamento dell’atto di dimissione, comunque revocabile, quando avrebbe l’opportunità di ottenerne l’inoppugnabilità rivolgendosi alle commissioni di conciliazione¹⁰⁹.

Secondo alcuni il confronto con il modello di cui all’art. 75 non reggerebbe peraltro sul piano funzionale e sistematico¹¹⁰: nella stipulazione del contratto di lavoro è la questione della sua esatta qualificazione ad avere un ruolo di primo piano, mentre i problemi di legittimità sostanziale sono di regola resi irrilevanti dalla sostituzione automatica di clausole nulle *ex artt.* 1419, 2° co, e 2077 c.c.; al contrario, i problemi sulla qualificazione dei negozi dispositivi restano assorbiti da quelli inerente la legittimità sostanziale delle rinunzie e transazioni medesime.

Tale interpretazione permetterebbe di comprendere tra l’altro il perché dell’attribuzione della competenza ai soli enti bilaterali che, vale la pena di

¹⁰⁶ Su cui v., tra gli altri, G. GIUGNI, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: riesame critico*, in *Dir. lav.*, 1970, I, 8 ss.; G. PROSPERETTI, *Considerazioni sulla funzione regolatrice della quietanza a saldo*, in *Mass. giur. lav.*, 1976, 377 ss.

¹⁰⁷ Cfr. V. SPEZIALE, *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, in V. SPEZIALE, F. LUNARDON, P. BELLOCCHI (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 234; V. ANGIOLINI, L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, 376.

¹⁰⁸ A. TURSI, *La “volontà assistita” nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, cit., 254.

¹⁰⁹ Cfr. L. NOGLER, *Altre ipotesi di certificazione*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., 917, la cui interpretazione rovescia quanto precedentemente sostenuto, commentando la l. n. 30/2003 (ID., *Il nuovo istituto della “certificazione” dei contratti di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 123); A. TURSI, *op. loc. ult. cit.*; M. NOVELLA, *op. cit.*, 144.

¹¹⁰ A. TURSI, *op. loc. ult. cit.*

precisarlo, sono, secondo lo stesso d. lgs. 276, “organismi costituiti ad iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative”¹¹¹. La scelta, infatti, sarebbe in linea di continuità con la competenza riconosciuta alle commissioni di conciliazione di natura sindacale *ex art.* 2113 c.c. e 411, 3° co., c.p.c., mentre se si trattasse di una certificazione “qualificatoria”, sarebbe irragionevole l’esclusione degli altri soggetti competenti a certificare ai sensi dell’art. 76 del decreto¹¹².

Questa è una interpretazione senz’altro ragionevole poiché tende a preservare l’utilità della norma, ma ne corregge il testo obliterando le indicazioni letterali le quali sono in realtà chiare nell’attribuire agli enti bilaterali solo la verifica che la volontà del lavoratore sia effettivamente quella di concludere un negozio dispositivo¹¹³. Secondo quanto affermato dalla Cassazione, all’interprete invece non è consentito correggere la norma nel significato tecnico giuridico proprio delle espressioni che la compongono, qualora ritenga che l’effetto giuridico che ne deriva sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma è intesa¹¹⁴.

In base a ciò può concludersi che la certificazione di cui all’art. 82 non vale a convalidare i negozi dispositivi ma solo ad accertare che non si tratti di mere dichiarazioni di scienza¹¹⁵, con tutti i dubbi sull’utilità delle norma e sulla scelta di attribuire tale funzione esclusivamente agli enti bilaterali, escludendo le Dpl che sono in generale abilitate a rendere inoppugnabili le rinunzie e transazioni, o tutti gli altri soggetti certificatori in grado di rendere incontestabili le rinunzie e transazioni dei diritti del lavoratore a progetto¹¹⁶. Può comunque condividersi la soluzione avanzata in dottrina per evitare

¹¹¹ Cfr. art. 2, 1° co., lett. *h* del d. lgs. 276/2003.

¹¹² A. TURSI, *op. ult. cit.*, 255.

¹¹³ In tal senso anche E. GRAGNOLI, *Sub art. 82. Rinunzie e transazioni*, cit., 859.

¹¹⁴ Cfr. Cass. 13 aprile 1996 n. 3495, in *Mass. Foro it.*, 1996.

¹¹⁵ Secondo V. SPEZIALE, in AA.VV. *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro. D.lgs. 276/2003 come modificato dal D. lgs. 251/2004*, cit., 156, costituirebbe un elemento sistematico a favore dell’interpretazione accolta il rilievo che “quando il legislatore ha voluto dire che era possibile effettuare rinunzie e transazioni valide in coerenza con l’art. 2113 c.c. lo ha espresso in modo assai più chiaro, come dimostra la riforma dell’art. 68 [...]. Pertanto, aver modificato l’art. 68 e non aver innovato il contenuto dell’art. 82 dimostra a maggior ragione, che si è voluta differenziare la funzione delle due norme”. *Contra* F. LUNARDON, *op. cit.*, 146 s. per la quale, anche a seguito del d. lgs. 251/2004, l’art. 68 conserverebbe la sua autonomia funzionale, riguardando questo le sole rinunzie e transazioni dei diritti derivanti da un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa in attesa di essere trasformato in un rapporto a progetto, come tale “norma temporalmente specifica rispetto all’art. 82”.

¹¹⁶ V. SPEZIALE, *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, in V. SPEZIALE, F. LUNARDON, P. BELLOCCHI (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, loc. cit.

l'abrogazione di fatto della norma senza torsioni interpretative¹¹⁷, e cioè che siano gli accordi istitutivi degli enti bilaterali a riconoscere alle commissioni di certificazione quei poteri di cui dispongono gli organi di conciliazione, istituiti da accordi e contratti collettivi, in base agli articoli 2113, comma 4, c.c. e 410 e ss. c.p.c.

Un'altra ipotesi è quella prevista dal successivo art. 83 secondo il quale “la procedura di certificazione di cui al capo I è estesa all'atto di deposito del regolamento interno delle cooperative riguardante la tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori, ai sensi della legge 3 aprile 2001, n. 142 e successive modificazioni. La procedura di certificazione attiene al contenuto del regolamento depositato”. La norma richiama l'art. 6 della l. 142/2001 sulla disciplina del regolamento interno delle società cooperative, il quale deve regolare, tra l'altro le “modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative da parte dei soci, in relazione all'organizzazione aziendale della cooperativa e ai profili professionali dei soci stessi, anche nei casi di tipologie diverse da quelle del lavoratore subordinato” (art. 6, 1° comma, lett. a)

Dalla lettura congiunta delle norme una dottrina fa rilevare che anche la certificazione di cui all'art. 83 avrebbe una finalità deflattiva del contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro, considerato che “l'individuazione, da parte del regolamento, del rapporto di lavoro diverso da quello societario con la specificazione delle modalità attuative della prestazione si traduce in un'operazione di qualificazione giuridica del tipo contrattuale”¹¹⁸.

Altra parte della dottrina, pur provando a rinvenire una qualche utilità della norma nel perseguimento della finalità deflattiva del contenzioso, si mostra più cauta facendo rilevare che tale finalità “non potrebbe qui dispiegarsi, essendo il regolamento un *prius* rispetto alla stipula dei contratti di lavoro”¹¹⁹ o che comunque sarebbe ridotta al minimo in quanto ad essere certificato è il regolamento cioè “un atto tipicamente unilaterale (anche se approvato dall'assemblea), mentre la qualificazione riguarda un atto bilaterale

¹¹⁷ E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, 859 ss.

¹¹⁸ V. SPEZIALE, *La certificazione relativa al regolamento delle cooperative*, in V. SPEZIALE, F. LUNARDON, P. BELOCCHI (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 238. Sulla finalità di deflazione del contenzioso sulla qualificazione dei contratti di lavoro, v. anche L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., 260.

¹¹⁹ G. DONDI, *Sull'istituto della certificazione nel d. lgs. 276 del 2003*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, in *Dir. lav.*, 2004, III, 1085.

ossia il contratto di lavoro effettivamente concluso tra il socio e la cooperativa”¹²⁰.

Non può sfuggire infatti che l’oggetto della procedura di certificazione è esclusivamente il regolamento, *rectius* il suo contenuto. Va precisato però che il compito della commissione di certificazione competente – che, lo si ricordi, è esclusivamente quella costituita presso le Dpl – non è quello di qualificare il regolamento, visto che la qualificazione del regolamento non è mai dubbia, né quello di qualificare le indicazioni sulla “tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare con i soci lavoratori”, le quali fanno parte del contenuto del regolamento stesso e, pertanto, non sono suscettibili di qualificazione¹²¹. Il compito dei certificatori è solo quello di valutare la coerenza organizzativa delle soluzioni in esso previste ed in particolare la legittimità delle prescrizioni relative alla possibile articolazione dei contratti da concludere o già conclusi¹²².

Se questo è l’oggetto dell’attività dei certificatori, l’espressione “tipologia dei rapporti attuati o che si intendono attuare” non deve trarre in inganno: essa non permette di estendere la valutazione della commissione ai singoli accordi, come pure potrebbe far pensare il riferimento ai “rapporti attuati”, poiché sarebbe stato necessario esplicitare l’estensione dell’esame a quest’ultimi con la preventiva adesione volontaria alla certificazione¹²³. L’esame della commissione riguarderà quindi la “tipologia dei rapporti” nel senso di valutare le clausole a taglio generale del regolamento, a prescindere dalla loro attuazione¹²⁴.

Per cui se il provvedimento di certificazione riguarda il solo regolamento ed attiene ad un vaglio di legittimità del suo contenuto, l’attestazione della commissione, che rilevi talune incongruità ed incoerenze nelle soluzioni organizzative prescelte dalla società cooperativa, non potrà che determinare un effetto deflattivo solo indiretto delle controversie sull’esatta qualificazione del rapporto intercorrente tra società e socio lavoratore¹²⁵.

¹²⁰ L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 917, e già ID., *Il principio del doppio rapporto e le tipologie lavorative*, in L. NOGLER, M. TREMOLADA, C. ZOLI (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, 361.

¹²¹ E. GRAGNOLI, Sub art. 83. *Deposito del regolamento interno delle cooperative*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, cit., 871

¹²² E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, 871 s.

¹²³ G. DONDI, *La disciplina della posizione del socio di cooperativa dopo la c.d. legge Biagi*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, vol. I, 684.

¹²⁴ E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, 869.

¹²⁵ Cfr. G. DONDI, *Sull’istituto della certificazione nel d. lgs. 276 del 2003*, cit., 1085 s.

Peraltro, nonostante l'esplicito rinvio alla procedura di cui al capo I, il carattere unilaterale dell'istanza di certificazione voluta dall'art. 83 fa venir meno il requisito della concorde richiesta delle parti del contratto ai sensi dell'art. 78, che è il presupposto del prodursi degli effetti dell'art. 79. Per cui la certificazione del regolamento potrebbe essere invocata dalla sola società cooperativa ma senza produrre alcun effetto né nei suoi confronti né nei confronti dei terzi estranei al procedimento¹²⁶.

L'ultima delle "altre ipotesi" di certificazione disciplinate dal capo II del Titolo VIII è quella dell'art. 84 secondo il quale "le procedure di certificazione di cui al capo I possono essere utilizzate, sia in sede di stipulazione di appalto di cui all'art. 1655 del codice civile sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale, anche ai fini della distinzione tra somministrazione di lavoro e appalto [...]". Al secondo comma si stabilisce che vengano adottati dal Ministro del lavoro, in modo simile rispetto a quanto previsto dall'art. 78, co. 4° e 5°, "codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino, che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore", recependo, se esistenti, "le indicazioni contenute negli accordi interconfederali o di categoria stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale".

Uno dei primi commentatori della norma ha rilevato che la certificazione "deve riguardare la distinzione tra somministrazione ed appalto", in un'ottica di deflazione del contenzioso qualificatorio. Tuttavia si afferma poco dopo che "difficilmente potranno porsi problemi di qualificazione", non avendo il contratto di somministrazione "caratteri tali da impedire qualsiasi confusione", dato che esso "presuppone un'autorizzazione ministeriale espressa concessa ad agenzie dotate di specifici requisiti giuridici e finanziari ed una forma scritta *ad substantiam*"¹²⁷.

Quanto affermato dall'Autore in apparente contraddizione permette di capire che l'oggetto della procedura di certificazione disciplinata dall'art. 83 è altro dalla distinzione a fini qualificatori tra appalto e somministrazione, come

¹²⁶ E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, 872, per il quale l'inizio del procedimento non deve essere comunicato ad alcun soggetto pubblico ai sensi dell'art. 78, 2° co. lett a, non producendo l'atto di certificazione alcun effetto, e comunque, non essendoci contraddittorio, esso si svolgerebbe in forme semplificate. *Contra* L. NOGLER, *Altre ipotesi di certificazione*, cit., 918.

¹²⁷ V. SPEZIALE, *La certificazione della somministrazione e dell'appalto di opere e di servizi*, in V. SPEZIALE, F. LUNARDON, P. BELLOCCHI (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 243.

sembrerebbe indicare il primo comma. La questione infatti neanche si porrebbe dato che i contratti di somministrazione possono essere conclusi lecitamente solo da operatori che abbiano ricevuto l'abilitazione del Ministero del Lavoro.

Semmai questa ipotesi di certificazione, come si desume anche dalla rubrica e dal secondo comma dell'art. 84, riguarda la distinzione tra appalti validi ed appalti difformi dal modello dell'art. 29 del decreto ovvero tra appalto lecito e somministrazione irregolare o fraudolenta di cui ai successivi agli artt. 27 e 28, se è vero che nella somministrazione irregolare o in quella fraudolenta rientrano tutte le ipotesi di appalti stipulati in violazione dell'art. 29: la procedura avrebbe ad oggetto allora la validità del contratto di appalto non la sua qualificazione¹²⁸.

Una volta promossa la procedura dal committente e dall'appaltante questa non produrrà effetti nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore, essendo infatti necessario a tal fine il volontario ricorso alla certificazione ai sensi dell'art. 78, 1° co., a meno che questi non prestino il loro assenso nel richiedere la certificazione, in tal caso potrebbero anche essi rientrare fra le "parti del contratto di lavoro" cui l'art. 78 si riferisce nell'apertura del procedimento; inoltre, anche in considerazione del richiamo alle disposizioni del capo I, sarebbero coinvolti i soggetti pubblici interessati giusta l'art. 78, 1° co., lett *a*¹²⁹.

¹²⁸ "Non è esatto dire che si deve discernere fra il contratto di appalto e quello di somministrazione 'irregolare'. La somministrazione irregolare è un'ipotesi vietata e, quindi, non esiste un valido negozio di somministrazione difforme dall'unico modello lecito, la somministrazione 'regolare'. Pertanto, l'alternativa al valido contratto di appalto dello stesso art. 29 è un contratto nullo per violazione dell'art. 29 e per carenza dei requisiti della somministrazione 'regolare', così che l'accordo è difforme da norme inderogabili": E. GRAGNOLI, Sub art. 84. *Interposizione illecita e appalto genuino*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali* cit., 875 s. Contrappone invece la somministrazione irregolare al negozio di appalto stipulato in contrasto con l'art. 29, V. SPEZIALE, *La certificazione della somministrazione e dell'appalto di opere e di servizi*, cit., 244. Questi ragionamenti devono comunque leggersi alla luce del comma 3 bis dell'art. 29, aggiunto dall'art. 6 del d. lgs. 251/2004, secondo il quale "quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2".

¹²⁹ E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, 874 s.

CAPITOLO SECONDO

LA CERTIFICAZIONE DI FRONTE ALL'ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE DI QUALIFICAZIONE DEI CONTRATTI

Sommario: 1. Sulla specificità della qualificazione nel diritto del lavoro rispetto al diritto dei contratti - 2. L'idoneità qualificatoria del concetto di subordinazione e gli indici di qualificazione nella giurisprudenza - 3. La qualificazione dei contratti di lavoro tra metodo sussuntivo e metodo tipologico - 4. La compatibilità della certificazione con la funzione giurisdizionale di qualificazione dei contratti: l'imputazione della qualificazione alla commissione di certificazione e non alle parti - 5. *Segue:* sulla legittimità di una qualificazione "certificata" alla luce degli artt. 24 e 102 Cost. - 6. La natura giuridica della certificazione

1. Sulla specificità della qualificazione nel diritto del lavoro rispetto al diritto dei contratti

Come rilevato nel corso del primo capitolo, nella l. 30 e nel d. lgs. 276 del 2003 la certificazione è essenzialmente volta alla qualificazione dei contratti di lavoro, sia pure con le "varianti" funzionali degli artt. 68, 82, 83 ed 84, ed è pertanto su di essa che si intende concentrare l'attenzione nel prosieguo del lavoro.

In questo capitolo si intende trattare della certificazione di fronte all'attività giurisdizionale di qualificazione dei contratti di lavoro, per valutarne la compatibilità con le garanzie costituzionali sul diritto alla difesa e sulla riserva di giurisdizione *ex* artt. 24 e 102 Cost., e per evidenziare – nel terzo capitolo – l'attività degli organi di certificazione sulla base delle prime risultanze empiriche.

È pertanto necessario muovere dall'analisi dei profili essenziali relativi all'attività di qualificazione per così dire "tradizionale", appunto l'attività giurisdizionale di qualificazione dei contratti di lavoro, e ciò richiede di affrontare preliminarmente una questione con cui, come si vedrà, la

certificazione deve confrontarsi dal punto di vista sistematico, cioè quella relativa alla c.d. indisponibilità del tipo legale di cui all'art. 2094 c.c.¹

Nell'affrontare tale questione il pensiero corre immediatamente alle sentenze della Corte Costituzionale 29 marzo 1993, n. 121, e 31 marzo 1994, n. 115 in cui si afferma che “non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato. A maggior ragione non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavori a rapporti che abbiano contenuti e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato”².

Invero per qualsiasi contratto, nel diritto del lavoro come nel diritto civile, le parti non hanno la facoltà di scegliere, sulla base di una propria autoqualificazione (c.d. *nomen juris*), il tipo legale cui ascrivere il contratto posto in essere poiché è solo il giudice che “afferma o nega la riconducibilità” di un contratto “a un determinato tipo contrattuale”, stabilendo di conseguenza “se al contratto sia applicabile la disciplina di qualche tipo, e se sì, di quale tipo”³.

Se nel diritto civile le parti possono liberamente determinare il contenuto e perciò gli effetti del contratto idonei a realizzare la concreta

¹ In questa sede non è possibile tuttavia dare il sufficiente spazio ai rapporti tra il tipo *ex art.* 2094 c.c., che identifica nel lavoratore subordinato a tempo pieno ed indeterminato la figura socialtipica prevalente di imputazione della disciplina protettiva, e le altre figure contrattuali che da esso si differenziano e si caratterizzano per la temporaneità o discontinuità dell'occupazione, per l'elasticità della obbligazione di lavoro o della durata della prestazione, per la dissociazione tra titolarità formale e concreto utilizzo del rapporto, per il perseguimento di finalità formative e di ingresso nel mercato del lavoro, ecc. Sia sufficiente ricordare che in dottrina si seguono di massima due indirizzi: uno adotta lo schema rapporto generale-rapporto speciale, definendosi speciali tutti quelli per i quali è prevista una disciplina particolare che si distacca per difetto dal livello massimo di tutela (in tal senso, ad esempio, R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 2000, 123 ss.); l'altro indirizzo utilizza invece lo schema tipo-sottotipo, per cui i sottotipi si caratterizzano per una deviazione funzionale della causa del tipo di cui all'art. 2094 c.c., (in tal senso si veda A. CATADELLA, *Spunti della tipologia dei rapporti di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1983, I, 77 ss., ed in termini consimili G. LOY, *Riflessioni su specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato*, in M. PEDRAZZOLI [a cura di], *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., 51 ss.)

² Vedile, rispettivamente, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2432 ss. ed in *Arg. dir. lav.*, 1995, 297 ss.

³ In tal senso, definendo la qualificazione, V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 429. “In questo (e solo in questo) consiste la regola della ‘indisponibilità del tipo legale’”, secondo P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in A. CICU, F. MESSINEO (già diretto da) e L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, I, 2000, 290.

operazione economica (nei limiti segnati dalle norme imperative, dall'ordine pubblico e dal buon costume: *arg. artt. 1322, 1° co. e 1345 c.c.*), eventualmente costruendo *ex art. 1322, 2° co. c.c.* contratti diversi dai tipi regolati, ciò non è però possibile nel diritto del lavoro dove opera la tecnica del "tipo imposto"; ossia "dell'intervento dirigistico sul contratto attraverso la imputazione di effetti inderogabili e la sostituzione legale delle clausole difformi"⁴.

Nel diritto del lavoro, all'accordo delle parti è inibito disporre del contenuto del contratto, separando la subordinazione dallo statuto protettivo del lavoratore subordinato, per cui si tratta di impedire che esse scelgano o modellino a loro piacimento la disciplina applicabile al rapporto, con operazioni di "ingegneria negoziale"⁵; in ogni caso, si tratta di impedire che, (auto)qualificando il contratto in modo tale da ricondurlo ad un tipo diverso da quello al quale sono legalmente imputati effetti inderogabili, deroghino alla disciplina imperativa dei rapporti di lavoro in via surrettizia ed indiretta⁶.

Addirittura, secondo il pensiero della Corte, neanche al legislatore sarebbe consentito 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".

Questo non vuol dire però, come pure è stato sostenuto guardando alle vicende scrutinate nelle pronunce⁷, che la Corte abbia elevato una nozione

⁴ M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 534.

⁵ L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *Lav. dir.*, 1993, 30.

⁶ Cfr., fra gli altri, M.V. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. dir.*, 1987, 56; M. D'ANTONA, *op. ult. cit.*, 534 ss.; ID., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, cit., 474 ss.; O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, cit., 494 ss.; E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, 17 ss.

⁷ Con la sentenza 121/1993 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 1 e 36 Cost., dell'art. 11 l. 23 giugno 1961, n. 520, che nega il diritto al trattamento di previdenza e quiescenza alla indennità di licenziamento dei dipendenti ammessi ad espletare prestazioni saltuarie secondo quanto previsto dalla legge medesima, nella parte in cui si applica anche ad incarichi aventi ad oggetto prestazioni di lavoro subordinato. Oggetto del giudizio di costituzionalità nella sentenza 115/1994 è l'art. 6 *bis* d.l. 18 gennaio 1993, n. 9 convertito nella l. 18 marzo 1993, n. 67, il quale stabilisce che i comuni, le province, le comunità montane, le istituzioni pubbliche e gli enti non commerciali senza scopo di lucro che svolgono attività socio-assistenziali e le istituzioni sanitarie e le istituzioni sanitarie operanti nel Servizio Sanitario Nazionale non siano soggetti, relativamente ai contratti d'opera e per prestazioni professionali di carattere individuale, all'adempimento degli obblighi di legge in materia previdenziale e assistenziale, in quanto non pongono in essere rapporti di lavoro subordinato. La Corte ha ritenuto infondata la questione di illegittimità costituzionale della norma, in riferimento agli artt. 3, 35, 36 e 38, 101 e 104 Cost, riproponendo i principi enunciati nella sentenza 121/1993 a proposito dei limiti alla discrezionalità legislativa.

effettuale di subordinazione, a nozione presupposta dal sistema dei diritti costituzionali del lavoratore⁸, ma che al legislatore sia precluso disporre che ad un rapporto da tempo in atto e qualificabile di lavoro subordinato, non venga imputata la relativa disciplina protettiva⁹: il legislatore non potrebbe, cioè, “*facere de albo nigrum*, pretendendo di disapplicare la disciplina inderogabile non già introducendo (come certamente può fare) una nuova e diversa fattispecie normativa, bensì imponendo *ex auctoritate* un giudizio qualificatorio difforme da quello cui condurrebbero i dati di fattispecie”¹⁰.

Ora se la questione della qualificazione non è in discussione quanto all'esito finale – indisponibilità del tipo e della disciplina protettiva, cioè – è dibattuto invece il rilievo della volontà delle parti ai fini qualificatori.

L'orientamento maggioritario, in dottrina ed in giurisprudenza, sarebbe orientato nel senso di una svalutazione del contenuto negoziale del contratto di lavoro, a sentire la corrente che ne sostiene invece la decisività. L'impostazione dominante si fonderebbe sul seguente ragionamento: se al lavoratore è inibito rinunciare con un atto di autonomia individuale a singoli benefici, a *fortiori* deve essergli inibito rinunciare in blocco al complesso delle tutele, scegliendo di svolgere le proprie prestazioni in forma autonoma piuttosto che subordinata¹¹. In tal senso si spiegherebbero affermazioni secondo le quali la qualificazione opera “senza tener conto del diverso assetto di interessi e del *nomen juris* assegnato dalle parti all'accordo stipulato”, poiché nel diritto del lavoro rispetto al diritto dei contratti “non è l'interpretazione degli elementi costitutivi del contratto a guidarci al regolamento del rapporto, ma è la qualificazione del rapporto a darci il regolamento legale del contratto”¹².

In sostanza, ciò che si rimprovera all'opinione dominante è di accreditare l'idea che la volontà negoziale rappresenti nel contratto di lavoro

⁸ M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, cit., 67.

⁹ M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, cit., 27 ed anche, ci pare, R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, 95 ss., spec. 105 ss.

¹⁰ A. TURSI, *La certificazione dei contratti lavoro*, cit., 648.

¹¹ Cfr. le critiche di P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 13 ss.; ID., *Il contratto di lavoro*, cit., 269 ss.; G. PELLACANI, *Autonomia individuale e rapporto di lavoro. La divergenza fra il programma contrattuale ed il concreto atteggiarsi del rapporto*, Giappichelli, Torino, 2002, 14 ss., 121 ss. Cfr. anche R. PESSI, *Contributo alla studio della fattispecie lavoro subordinato*, cit., 169 ss. ed A. TURSI, *Il lavoro autonomo visto dal “nord est”*, in *Lav. dir.*, 1999, 693 ss.

¹² M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, cit., 535, 537.

un *minus* rispetto al ruolo che svolge nel diritto dei contratti. Di accreditare cioè “l’idea che l’autonomia del lavoratore sia limitata alla scelta binaria circa la costituzione del rapporto contrattuale avente per oggetto una determinata attività lavorativa, dovendosi determinare la natura del rapporto stesso [...] prescindendo dall’assetto di interessi voluto in proposito dalle parti”; per cui a fini qualificatori non sarebbe determinante “la struttura dell’obbligazione”, come “direttamente desumibile dal contenuto del consenso contrattuale”, bensì “il rapporto così come si manifesta in *rerum natura*”¹³.

Si obietta che anche nel contratto di lavoro è decisiva la volontà negoziale circa gli elementi essenziali del tipo legale¹⁴, ovvero dei suoi effetti essenziali¹⁵, ed in tal senso si sostiene che l’art. 2094 c.c. indica espressamente quale elemento essenziale del tipo legale l’“obbligarsi” del lavoratore. La norma farebbe, cioè, riferimento al contenuto della volontà contrattuale – il vincolarsi contrattualmente il lavoratore all’esecuzione di una prestazione lavorativa assoggettata al potere direttivo del datore di lavoro – e non al mero rapporto di fatto tra le parti¹⁶.

La prestazione in sé considerata – si precisa – se non viene ricondotta al profilo causale del contratto in cui è dedotta, diventa priva di significato e quindi di rilievo giuridico, riducendosi ad un mero susseguirsi di comportamenti dei quali si ignora la doverosità ai fini qualificatori¹⁷. Perciò, quando si parla di prevalenza dell’effettivo svolgimento della prestazione sul c.d. “dato formale”, non ci si riferisce ad altro se non al fatto che la volontà contrattuale non va desunta dalle dichiarazioni sole iniziali delle parti, ma l’interprete deve verificare la volontà negoziale effettiva circa gli elementi essenziali di quel determinato tipo legale, avendo riguardo al “comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto” (art. 1362, 2° co. c.c.)¹⁸.

¹³ Così P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 14 s. Pare riflettere l’impostazione criticata anche la giurisprudenza meno recente: v., ad esempio, Cass. 7 dicembre 1981, n. 6492, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 253; Cass. 12 ottobre 1993, n. 5946, *ibidem*, 1983, voce cit., n. 391; Cass. 28 gennaio 1984, n. 711, *ibidem*, 1984, voce cit., n. 401.

¹⁴ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1960, 102.

¹⁵ S. PUGLIATTI, *Diritto civile: metodo, teorica, pratica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1951, 119.

¹⁶ P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 39 ss.; ID., *Il contratto di lavoro*, cit., 270.

¹⁷ A. TURSI, *op. ult. cit.*, 694. In giurisprudenza v., tra le tante, Cass. 11 settembre 2003, n. 13375, in *Foro it.*, 2003, I, 3321 ss.

¹⁸ P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 176 ss.; ID., *Il contratto di lavoro*, cit., 292 ss.; A. TURSI, *op. ult. cit.*, 694 s.

Secondo quella dottrina che guarda più da vicino le sistemazioni dogmatiche del diritto civile, non può neanche condividersi con l'orientamento dominante il presunto collegamento tra inderogabilità delle tutele, indisponibilità del tipo legale e della disciplina protettiva da un lato, e svalutazione della volontà negoziale delle parti a fini qualificatori, dall'altro lato. Secondo tale dottrina, se bisogna tenere distinto dall'accordo il regolamento contrattuale, e se si conviene che l'accordo è oggetto di qualificazione ed il regolamento è oggetto di integrazione *ex art. 1374 c.c.*, e che questa interviene in un momento logicamente e cronologicamente successivo alla prima, allora la limitazione dell'autonomia individuale può essere assunta come conseguenza ma non come premessa della qualificazione¹⁹.

Va senz'altro riconosciuto a questa parte della dottrina il merito di aver chiarito ciò che è spesso equivocato o induce a non infrequenti attecnicismi, e cioè che anche nel contratto di lavoro la volontà delle parti, sia essa emergente nella fase genetica del rapporto sia essa rilevabile in base al comportamento successivo *ex art. 1362, 2° co. c.c.*, è sovrana nella determinazione dell'assetto di interessi programmato ai fini della qualificazione del contratto.

Tuttavia ciò non esclude che nel contratto di lavoro la volontà negoziale delle parti risenta della caratteristica strutturale nel diritto del lavoro, *id est* l'integrazione eteronoma della disciplina attraverso norme inderogabili, per cui è vero che le parti "sono libere di 'volere' un certo assetto di interessi", ma al tempo stesso "non sono libere di 'volere' un qualsiasi modello di disciplina"²⁰.

Per altro verso, se si considera che i contratti aventi ad oggetto l'erogazione di attività umana danno vita ad un rapporto di durata, e che quindi tra l'accordo e la sua esecuzione si colloca una sequenza temporale di comportamenti attuativi, il canone ermeneutico di cui all'*art. 1362, 2° co., c.c.* diviene determinante, sia perché consente di rilevare la volontà iniziale delle parti, formalizzata o meno che sia in un documento cartolare; sia perché se il comportamento contrasti con le dichiarazioni iniziali, potrà rappresentare un indizio che la volontà è mutata rispetto a quella originaria, configurandosi – se ne ricorrono i presupposti – una novazione oggettiva del contratto, o addirittura una simulazione²¹.

¹⁹ G. PELLACANI, *op. cit.*, 16 ss.

²⁰ M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, cit., 475.

²¹ Si rinvia in proposito agli approfondimenti compiuti nel quarto capitolo, ai §§ 2.2.1 e 2.2.2.

Quanto detto è sinteticamente espresso, seppur in modo meno rigoroso²², nelle pronunce giurisprudenziali che assegnano un rilievo probatorio alle dichiarazioni delle parti. In esse si afferma da un lato, che se le parti, nel regolare i loro reciproci interessi, abbiano dimostrato di voler includere la subordinazione, non si può pervenire ad una diversa qualificazione del rapporto se non si accerta che in concreto la subordinazione di fatto è rimasta irrealizzata nello svolgimento del rapporto²³; dall'altro lato, che se le parti abbiano dichiarato di voler escludere la subordinazione, non è possibile pervenire ad una diversa qualificazione se non si dimostra che in concreto l'elemento della subordinazione si è di fatto realizzato nello svolgimento del rapporto²⁴.

2. L'idoneità qualificatoria del concetto di subordinazione e gli indici di qualificazione nella giurisprudenza

L'attività qualificatoria dei contratti di lavoro è, come noto, costretta a confrontarsi con la scarsa pregnanza qualificatoria della nozione di lavoratore subordinato contenuta nell'art. 2094 c.c. che, con una vera e propria tautologia, definisce lavoro subordinato quello svolto "alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore", senza che una qualche sponda venga dalla nozione di lavoro autonomo, che è quello svolto "senza vincolo di subordinazione" (art. 2222 c.c.)²⁵.

Altrettanto note ne sono le ragioni, illustrate ormai quarant'anni or sono da Luciano Spagnuolo Vigorita²⁶. Il legislatore – e ciò non solo per il contratto di lavoro²⁷ – non avrebbe costruito un vero e proprio tipo legale, ma avrebbe

²² A. TURSI, *op. ult. cit.*, 695.

²³ Cfr., ad esempio, Cass. 15 maggio 1991, n. 5409, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 787; Cass. 19 agosto 1991, n. 8893, in *Dir. prat. lav.*, 1991, 2864; Cass. 10 febbraio 1992, n. 1502, *ibidem*, 1152.

²⁴ Cfr., più di recente, Cass. 28 luglio 1999, n. 8187, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 280 ss.; Trib. Torino 16 novembre 2001, in *Lav. giur.*, 2002, 685 ss.; Trib. Torino 6 giugno 2002, *ibidem*, 1212.

²⁵ Per richiamare una battuta di Umberto Romagnoli, il legislatore "si esibisce in questa *performance* di stile oracolare: è lavoratore subordinato chi si obbliga a prestare lavoro subordinato [...] ed è autonomo chi si obbliga a prestare lavoro 'senza vincolo di subordinazione' [...]": U. ROMAGNOLI, *È arrivato un bastimento carico di "A"*, in M. D'ANTONA (a cura) di, *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro: Italia e Spagna*, Esi, Napoli, 1990, 36.

²⁶ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro: problemi storico-critici*, cit., 142.

²⁷ Anche per gli altri contratti speciali disciplinati nel codice civile il legislatore non avrebbe recepito i tipi contrattuali offerti dalla prassi degli affari bensì li avrebbe cristallizzati in concetti, operando una selezione fra i tratti individuanti il tipo scelto dal legislatore come modello della

richiamato un determinato “tipo normativo”, *id est* il referente empirico del lavoro dipendente nella impresa industriale.

Di qui la “sfasatura tra la fattispecie e gli effetti”²⁸, con le conseguenti distorsioni legate alla tassatività della disciplina lavoristica: una volta cioè qualificato come subordinato un rapporto di lavoro gli debbono essere ricondotti tutti gli effetti legislativamente correlati alla fattispecie tipica, applicando l'intero apparato protettivo indipendentemente dai bisogni di tutela, talché il diritto del lavoro finisce paradossalmente per proteggere solo i contraenti di un rapporto caratterizzato dall'oggetto dell'obbligazione dedotta²⁹.

Rivelatisi vani i vari tentativi dottrinali di integrare la nozione codicistica per farle acquisire una maggiore idoneità qualificatoria³⁰ ed in mancanza di un intervento del legislatore, l'individuazione dei connotati tipici della subordinazione è stato rimesso alla giurisprudenza attraverso la ricognizione di una serie di indici empirici³¹; indici che, se *prima facie* appaiono “variamente combinati tra loro, e utilizzati senza una regola costante”³², ad una più attenta analisi si rivelano aggregabili in insiemi sostanzialmente definiti e ordinati gerarchicamente, potendosi distinguere tra indici c.d. fondamentali ed indici c.d. sussidiari o residuali ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato.

L'orientamento giurisprudenziale più datato e che grosso modo si protrae fino alla metà degli anni Ottanta individua quattro indici fondamentali

disciplina ed organizzandoli in una definizione: G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974, 136 s.

²⁸ “Tutta l'impostazione del lavoro nell'impresa sembra presupporre già qualificata la situazione cui il diritto del lavoro viene ricondotto: [...] la finalità è soltanto l'introduzione di una disciplina e non già l'individuazione della fattispecie che è presupposta”: L. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, 137 s.

²⁹ O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, 298.

³⁰ Non è ovviamente possibile in tale sede ripercorrere le diverse posizioni dottrinali al riguardo: si veda sul punto la ricostruzione di L. GAETA, *Teorie e metodologie della subordinazione*, in L. GAETA, P. TESAURO, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione. La subordinazione*, Utet, Torino, 1993, vol. I, 45 ss.

³¹ In proposito si vedano (oltre ai fondamentali contributi di M. PERSIANI, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in AA. VV., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Jovene, Napoli, vol. V., t. 2, 1972, 843 ss. e di L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Riflessioni in tema di continuità, impresa, rapporto di lavoro*, *ibidem*, 1025 ss.): F. LUNARDON, *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 406 ss.; D. VITALI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, II, 234 ss.; P. TESAURO, *I criteri distintivi nella giurisprudenza*, in in L. GAETA, P. TESAURO, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, cit. 81 ss.; L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in AA. VV., *Autonomia e subordinazione: vecchi e nuovi modelli*, cit., 143 ss.

³² M. PERSIANI, *op. cit.*, 853.

nella distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato: l'eterodirezione; l'inserzione del prestatore di lavoro subordinato nell'organizzazione aziendale; l'oggetto della prestazione; l'organizzazione e il rischio del lavoro³³ e pure, talora, la continuità delle prestazioni, quale persistenza nel tempo dell'obbligo giuridico del lavoratore subordinato di compiere determinate attività e di mantenere a disposizione del datore di lavoro la propria energia lavorativa³⁴. Nel valutare i singoli contratti i giudici non richiedono che tutti i criteri depongano nel senso dell'autonomia o della subordinazione, ritenendo che per la particolarità dei casi uno od alcuni di essi possano presentarsi in forma attenuata o non risultare affatto, importando solo che dall'insieme di essi risulti prevalente il carattere dell'autonomia o della subordinazione³⁵.

Al riguardo, gli indici sussidiari (quali, ad esempio, le modalità della retribuzione, il vincolo di osservanza di un orario rigido e predeterminato, la saltuarietà delle prestazioni ecc.)³⁶ non possono smentire il risultato cui conduce l'impiego degli indici fondamentali ma hanno la sola funzione di rafforzarli, anche se non mancano le decisioni in cui i giudici si basano esclusivamente sugli elementi secondari³⁷, le quali sono di difficile armonizzazione con l'orientamento maggioritario³⁸.

Nella giurisprudenza più recente si assiste ad un radicale mutamento di indirizzo poiché solo l'eterodirezione viene in considerazione come criterio fondamentale, mentre l'inserzione della prestazione nell'organizzazione datoriale, la continuità delle prestazioni e della ripartizione del rischio vengono

³³ Cfr., fra le tante, Cass. 11 ottobre 1956, n. 3250, in *Orient giur. Lav.*, 1957, 43 ss.; Cass. 4 agosto 1967, n. 2075, in *Riv. dir. lav.*, 1968, II, 108; Cass. 5 aprile 1971, n. 995, in *Mass giust. civ.*, 1971, 534; Cass. 3 novembre 1981, n. 5807, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, 290 ss.; Cass. 29 aprile 1983, n. 2979, in *Rep. Foro it.*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 402.

³⁴ V. Cass. 19 settembre 1968, n. 2962, in *Mass. giust. civ.*, 1968, 1550; Cass. 12 aprile 1979, n. 2187, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 244; Cass. 20 settembre 1979, n. 4855, *ibidem*, 1983, voce cit., n. 236; Cass. 13 aprile 1981, n. 2208, *ibidem*, 1983, voce cit., n. 304.

³⁵ Cfr., ad esempio, Cass. 11 maggio 1979, n. 2714, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 294; Cass. 22 gennaio 1980, n. 532, *ibidem*, 1980, voce cit., n. 253; Cass. 8 novembre 1980, n. 5980, *ibidem*, 1980, voce cit., n. 292; Cass. 11 aprile 1981, n. 2146, *ibidem*, 1981, voce cit., n. 270; Cass. 26 luglio 1984, n. 4422, *ibidem*, voce cit., n. 393.

³⁶ Cfr., fra le tante, Cass. 10 luglio 1969, n. 2537, in *Mass Giust. civ.*, 1969, 1308; Cass. 30 maggio 1974, n. 1548, in *Mass. Giust. civ.*, 1974, 702; Cass. 12 aprile 1979, n. 2187, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 244; Cass. 13 gennaio 1981, n. 303, *ibidem*, 1981, voce cit., n. 281.

³⁷ Sulla decisività delle modalità di retribuzione v. Cass. 29 luglio 1963, n. 2154, in *Mass. Giur. it.*, 1963, 726; Cass. 5 dicembre 1967, n. 2894, in *Riv. giur. lav.*, 1968, II, 175 ss.; Cass. 10 febbraio 1970, n. 324, in *Riv. dir. lav.*, 1971, II, 160 ss.; Cass. 14 dicembre 1981, n. 6606, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 251. Più in generale, sulla decisività di un determinato insieme di elementi sussidiari, v. Cass. 2 aprile 1969, 1082, in *Mass. Giust. civ.*, 1969, 550; App. Firenze 18 maggio 1964, in *Giur. Toscana*, 1965, 89 ss.

³⁸ Si vedano in proposito le considerazioni critiche di L. MENGHINI, *op. cit.*, 155 s.

relegati tra gli indici secondari³⁹. Come è stato osservato⁴⁰, questa evoluzione è probabilmente dovuta anche ai rilievi di quella dottrina critica sull'utilizzabilità dei suddetti criteri se posti sullo stesso piano dell'eterodirezione, in quanto sarebbero estranei allo schema causale del contratto di lavoro per esserne un mero effetto (come per il criterio dell'inserzione), oppure un elemento esterno (come per il criterio della ripartizione del rischio)⁴¹.

Sebbene in questo periodo la giurisprudenza afferma che l'unico elemento distintivo fondamentale è costituito dalla eterodirezione⁴², non mancano anche più di recente quelle pronunce in cui la giurisprudenza riconosce una nozione attenuata di subordinazione, in ragione della particolare organizzazione del lavoro e della peculiarità delle mansioni⁴³; e, in questi casi, i giudici ritengono che non occorre che il potere direttivo si estrinsechi in ordini dettagliati e vincolanti e mediante controlli continui e stringenti sull'attività lavorativa, essendo sufficienti direttive generali e

³⁹ O, per usare un'altra classificazione, tra gli indici "esterni" rispetto al contenuto dell'obbligazione, che verrebbero in rilievo quando il criterio dell'eterodirezione sia mancante o affievolito, e come tali tenuti distinti dagli indici secondari, definiti qui come "assolutamente residuali": cfr. F. LUNARDON, *op. ult. cit.*, 406 ss. ed in modo analogo P. TESAURO, *op. cit.*, 82 ss.

⁴⁰ L. MENGHINI, *op. cit.*, 157.

⁴¹ Cfr. L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in AA. VV., *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della Ceca*, Giuffrè, Milano, 1965, 439 ss.; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro*, cit., 17; ID., *Riflessioni in tema di continuità, impresa, rapporto di lavoro*, cit., 1040; S. MAGRINI, voce *Lavoro (contratto individuale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 382 ss. In senso diverso, per quanto riguarda la valorizzazione del criterio dell'inserzione dell'attività lavorativa nell'organizzazione datoriale, v. M. PERSIANI, *op. cit.*, spec. 869 ss., in linea con la tesi già espressa in ID. *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, *passim*, secondo cui la funzione del contratto di lavoro sarebbe quella di creare un'organizzazione di lavoro.

⁴² Orientamento ormai dominante a partire da Cass. 13 dicembre 1982, n. 6857, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 263. Più di recente v. Cass. 6 luglio 2002, n. 9853, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1180; Cass. 19 novembre 2003, n. 17549, *ibidem*, 2003, 2600; Cass. 13 febbraio 2004, n. 2842, *ibidem*, 2004, 269; Cass. 21 maggio 2004, n. 9764, *ibidem*, 1164; Cass. 25 maggio 2004, n. 10043, *ibidem*, 1189. Secondo L. MENGHINI, *op. cit.*, 170 s., in quest'orientamento possono farsi rientrare anche quelle pronunce che individuano la subordinazione sia nella soggezione ai poteri datoriali che nel contestuale inserimento delle prestazioni di lavoro nell'organizzazione imprenditoriale, considerato che da esse risulta chiara l'indefettibilità della soggezione ai poteri datoriali per qualificare il rapporto di lavoro come subordinato: cfr., da ultimo, Cass. 5 aprile 2003, n. 4889, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 592; Cass. 9 maggio 2003, n. 7139, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 1033; Cass. 20 giugno 2003, n. 9900, *ibidem*, 2003, 1486; Cass. 17 luglio 2003, n. 11203, *ibidem*, 2003, 1712 s.; Cass. 25 ottobre 2004, n. 20669, in *Dir. e giustizia*, 2004, fasc. 45, 118.

⁴³ Cass. 27 novembre 2002, n. 16805, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 127 ss. Cass. 18 marzo 2004, n. 5580, cit.; Cass. 9 marzo 2004, n. 4797, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 517; Cass. 9 aprile 2004, n. 6983, *ibidem*, 860 s.

programmatiche⁴⁴. Tuttavia la giurisprudenza dominante ribadisce la necessità che la prestazione di lavoro sia regolata in base alle esigenze di tempo e di luogo dell'organizzazione imprenditoriale, attraverso direttive che ineriscano all'intrinseco svolgimento dell'attività lavorativa, ovvero attraverso ordini specifici e dettagliati ed un'assidua attività di vigilanza e di controllo sull'esecuzione della prestazione⁴⁵.

Ancora va sottolineato che la giurisprudenza pare oggi più aperta a revisionare la nozione di subordinazione, come conseguenza dell'evoluzione dell'organizzazione di lavoro e per effetto dei processi di esternalizzazione delle attività produttive. Accanto, infatti, alla subordinazione-eterodirezione, che rimanda al modello organizzativo taylorista-fordista imperniato sulla divisione gerarchica e parcellizzata del lavoro, si avverte l'importanza di un modello organizzativo caratterizzato dalla "subordinazione-coordinamento"; cioè "caratterizzato dalla sottoposizione del lavoratore al mero controllo sul risultato finale, quantitativo o qualitativo, della prestazione (e non, invece, sul modo di eseguire un determinato compito); e, in definitiva, compatibile con un livello elevato di autoregolazione o, [...] di autonomia nella subordinazione"⁴⁶.

Per quanto riguarda l'utilizzo degli elementi sussidiari sembra registrarsi una maggiore chiarezza da parte dei giudici⁴⁷, nonostante l'apparente contrasto fra due gruppi di pronunce, il primo sostenendone

⁴⁴ Cass. 16 febbraio 1990, n. 1159, in *Mass. Giust. civ.*, 1990, 252; Cass. 3 aprile 1990, n. 2680, *ibidem*, 621 s.; Cass. 29 gennaio 1993, n. 1094, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 468.

⁴⁵ Cass. 26 ottobre 1994, n. 8804, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1708 ss.; Cass. 16 gennaio 1996, n. 326, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 416 e, più di recente, Cass. 22 agosto 2003, n. 12364, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 1991; Cass. 19 novembre 2003, n. 17549, *ibidem*, 2599 s.; Cass. 7 ottobre 2004, n. 20002, *ibidem*, 2004, 2550.

⁴⁶ E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, cit., 8. In proposito si rinviengono di recente pronunce secondo le quali "ai fini della distinzione tra rapporto di lavoro subordinato e rapporto di lavoro autonomo, il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo [...] diviene, con l'evolversi dei sistemi di organizzazione del lavoro verso una sempre più diffusa esteriorizzazione di interi settori del ciclo produttivo o di una serie di professionalità specifiche, sempre meno significativo della subordinazione, mentre, in riferimento a tali nuove realtà, assume valore di indice determinante della subordinazione l'assunzione per contratto dell'obbligazione di porre a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative e di impiegarle con continuità, fedeltà e diligenza, secondo le direttive di ordine generale impartite dal datore di lavoro e in funzione dei programmi cui è destinata la prestazione, per il perseguimento dei fini propri dell'impresa datrice di lavoro": così Cass. 6 luglio 2001, n. 9167, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 272 ss. e, nel medesimo senso, anche Cass. 26 febbraio 2002, n. 2842, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 423 ss.

⁴⁷ L. MENGHINI, *op. cit.*, 174 ss. Altri ritengono, al contrario, un uso meno sicuro di tali indici da parte dei giudici (M.V. BALLESTRERO, *Intervento*, in AA. VV., *Il lavoro e i lavori*, in *Lav. dir.*, 1989, 209 ss.) e comunque se ne ravvisa una riduzione quantitativa (D. VITALI, *op. cit.*, 234 ss.; F. LUNARDON, *op. ult. cit.*, 422).

l'assoluta irrilevanza in mancanza della subordinazione⁴⁸, anche se ricorrano tutti contemporaneamente⁴⁹; il secondo sostenendo la possibilità di qualificare il rapporto in base ad essi, se la subordinazione non è apprezzabile per il concreto atteggiarsi del rapporto⁵⁰. L'apparente contrasto può probabilmente superarsi⁵¹ se si considera quel filone di pronunce secondo le quali gli elementi sussidiari, privi di valore decisivo se considerati ad uno ad uno in quanto singolarmente compatibili sia con il lavoro autonomo che con quello subordinato, possono essere valutati globalmente o sinteticamente come indizi probatori della subordinazione⁵².

3. La qualificazione dei contratti di lavoro tra metodo sussuntivo e metodo tipologico

Una volta individuati gli indici della subordinazione ritenuti funzionali alla costruzione del tipo legale definito dall'art. 2094 c.c., il giudice provvede alla qualificazione della singola fattispecie contrattuale sottoposta alla sua cognizione.

Va premesso che qui non interessa tanto approfondire se la qualificazione rappresenti un'operazione ontologicamente distinta dalla interpretazione, perché questa è diretta ad individuare sul piano conoscitivo la portata dell'accordo delle parti, mentre la qualificazione atterrebbe alla determinazione delle conseguenze giuridiche rispetto all'intento delle parti accertato attraverso il processo ermeneutico⁵³; oppure se la qualificazione debba considerarsi la fase finale dell'interpretazione, senza che vi sia spazio

⁴⁸ Fra le altre, Cass. 8 gennaio 1993, n. 84, in *Riv. giur. lav.*, 1993, II, 552 ss.; Cass. 11 agosto 1994, n. 7374, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 447.

⁴⁹ V., ad esempio, Cass. 11 maggio 1991, n. 6086, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 819.

⁵⁰ Fra le altre v. Cass. 7 aprile 1992, n. 4220, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 258 ss.; Cass. 17 dicembre 1994, n. 10829, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 445.

⁵¹ L. MENGHINI, *op. cit.*, 175 s.

⁵² Cfr. Cass. 14 dicembre 1996, n. 11178, in *Dir. prat. lav.*, 1997, 1116; Cass. 18 dicembre 1996, n. 11329, *ibidem*, 1117, nonché, più di recente, Cass. 18 marzo 2004, n. 5580, *Orient. giur. lav.*, 2004, 72 ss. e Cass. 29 marzo 2004, n. 6224, *Mass. Giust. civ.*, 2004, fasc. 3.

⁵³ In tal senso, F. CARRESI, *Il contratto*, in A. CICU, F. MESSINEO (già diretto da) e L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, I, 1987, 505 ss. e nel medesimo senso v., già, E. BETTI, *Interpretazione delle leggi e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Giuffrè, Milano, 1949, 245 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milano, 1966, 90 ss.; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Cedam, Padova, 1969, 44 ss. Sul punto si veda, di recente, anche C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, 410 s.

per una scansione logica e cronologica tra le due operazioni, trattandosi di una semplice scomposizione verbale di un unico procedimento di determinazione della disciplina normativa del rapporto contrattuale oggetto di indagine⁵⁴.

Si vuole invece trattare del metodo seguito per qualificare i singoli contratti nella nota contrapposizione tra i sostenitori del metodo c.d. sussuntivo ed i sostenitori del metodo c.d. tipologico.

Per i primi, la qualificazione del singolo contratto deve avvenire secondo un giudizio di identità con la fattispecie di cui all'art. 2094 c.c.⁵⁵. Secondo qualcuno, peraltro, non avrebbe valore preclusivo l'impossibilità di rinvenire nell'ordinamento una nozione unitaria di lavoro subordinato, ma una pluralità di fattispecie astratte, via via legate dalla comunanza di alcuni tratti distintivi essenziali ma caratterizzate dall'assenza di altri, perché ciascuna di queste è capace di costituire termine di sussunzione di fattispecie concrete⁵⁶.

Per i secondi, mancando una nozione generale ed onnicomprensiva di subordinazione, la qualificazione deve avvenire sulla base di un raffronto con il tipo normativo⁵⁷, riconducendo all'art. 2094 c.c. quelle situazioni concrete in cui è presente la parte prevalente o più significativa degli indici che inverano il modello socialmente prevalente di lavoro subordinato⁵⁸; con la conseguenza di

⁵⁴ In tal senso C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Cedam, Padova, 1938, 103 s.; M. CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione*, Giuffré, Milano, 1961, 55 ss.; G. SCALFI, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, IEC, Milano, 1962, 138; P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, 826 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Commentario al codice civile*, Giuffré, Milano, 1991, 22 s.

⁵⁵ A. CATAUDELLA, *Spunti della tipologia dei rapporti di lavoro*, cit.; M.V. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, cit., 49 ss.; E. GHERA, *La questione della subordinazione tra modelli tradizionali e nuove proposte*, in *Giorn. Dir. lav., rel. ind.*, 1988, 621 ss.; P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 54 ss.; R. PESSI, *Contributo alla studio della fattispecie lavoro subordinato*, cit., 18 ss.; G. PROIA, *Rapporto di lavoro e tipo (considerazioni critiche)*, Giuffré, Milano, 1997, spec. 43 ss.; ID. *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Arg. Dir. lav.*, 2002, 87 ss.

⁵⁶ P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit.

⁵⁷ Sulla scorta delle intuizioni di Spagnuolo Vigorita (L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro: problemi storico-critici*, cit., 142) e delle teorizzazioni di De Nova circa l'applicazione, nel diritto italiano, del metodo tipologico (G. DE NOVA, *op. cit.*, 121 ss.), v., fra gli altri, P. TOSI, *Il dirigente d'azienda*, Franco Angeli, Milano, 1974, 172 ss.; O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, cit., 330 s.; G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro "parasubordinato"*, Franco Angeli, Milano, 1979; ID., *La parasubordinazione dieci anni dopo*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Giuffré, Milano, 1993, 77 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffré, Milano, 1985, 307 ss.; M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, cit., 78 ss.; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2005, 21 ss.

⁵⁸ F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op cit.*

una maggiore o minore applicazione della disciplina a seconda del grado di approssimazione e affinità al tipo normativo⁵⁹.

Altrettanto note, poi, sono le critiche che i sostenitori del metodo tipologico muovono ai sostenitori del metodo sussuntivo e viceversa. Per i primi il metodo tipologico consente di aggiornare la nozione di subordinazione all'evoluzione dei modelli sociali, ciò che il metodo sussuntivo non consente di fare, per la sua rigidità, se non per mezzo di manipolazioni più o meno esplicite della nozione astratta⁶⁰. I sostenitori del metodo sussuntivo, invece, rimproverano agli altri l'eccessiva arbitrarietà del criterio adottato, sia perché con esso si vuole sostituire ad un concetto legislativo un altro concetto di elaborazione dottrinale – il tipo normativo – privo di riscontro nel linguaggio comune; sia perché l'applicazione selettiva della disciplina lavoristica dilata oltre misura i poteri del giudice, chiamato a decidere non solo sull'*an* ma anche sul *quantum* della disciplina applicabile⁶¹.

Ancora, con il metodo tipologico così concepito non si uscirebbe dallo schema della sussunzione e della tradizionale contrapposizione tra fattispecie astratta e fattispecie concreta, poiché esso opera pur sempre attraverso la rilevazione degli elementi caratteristici presenti nel singolo caso scrutinato, con la sola differenza che questi non devono risultare tutti contenuti nella definizione⁶².

Di qui la proposta di una lettura “funzionale”, sulla scia di taluni studi compiuti in ambito civilistico⁶³: ciò che deve rilevare ai fini della qualificazione non è la presenza dei singoli elementi nel caso concreto, ma lo “specifico ruolo che essi svolgono rispetto al contesto, sottolineando che anche elementi diversi possono svolgere la medesima funzione, o viceversa, che elementi identici possono svolgere funzioni diverse, a seconda del modo in cui

⁵⁹ Cfr. G. DE NOVA, *op. cit.*, 142 ss. e, con specifico riferimento al contratto di lavoro, 146 s.; P. TOSI, *op. ult. cit.*, 172 ss.; M. PEDRAZZOLI, *op. ult. cit.*, 318.

⁶⁰ Così M. D'ANTONA, *op. ult. cit.*, 81.

⁶¹ M.V. BALLESTRERO, *op. ult. cit.*, 52, esplicitamente sulla scia di L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, 16 s. Secondo questa corrente dottrinale, peraltro, un'applicazione selettiva delle tutele non potrebbe trovare neanche un'utile realizzazione, se si considera che l'apparato garantistico del diritto del lavoro non ammette applicazioni gradualistiche o parziali, se non quando sia espressamente stabilito da esplicite disposizioni di legge, come ad esempio l'art. 2239 c.c. o le disposizioni sul rapporto di lavoro dirigenziale: cfr. G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, cit., 95 s.

⁶² L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 1990, 182 ss.; e, più di recente, ID., *Ancora su “tipo” e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 109 ss.

⁶³ C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto: contributo allo studio del razionalismo giuridico*, Patron, Bologna, 1984.

sono correlati tra loro”; così facendo “il procedimento di qualificazione viene emancipato dal ‘meccanicistico’ giudizio d’identità e si svolge attraverso la *valutazione* ponderata della incidenza che ciascun elemento presenta rispetto agli altri, e della sua idoneità o meno a realizzare congiuntamente agli altri, la funzione considerata”⁶⁴.

La *querelle* sul metodo qualificatorio porta inoltre i rispettivi sostenitori a dare letture antitetiche del medesimo materiale giurisprudenziale censito, sicché nelle operazioni di qualificazione dei giudici viene rilevato, a seconda dell’opzione che si predilige, ora un giudizio di maggiore o minore approssimazione al tipo normativo ora un’applicazione del tradizionale metodo sussuntivo⁶⁵. Tuttavia, se si guarda al giudizio qualificatorio nel suo complesso, può condividersi l’affermazione di chi ritiene che tale controversia non dovrebbe essere sopravvalutata, perché è mal posta⁶⁶.

Ora è vero che la qualificazione ha la struttura del giudizio di sussunzione, con cui il giudice trova e formula la premessa minore e la premessa maggiore del sillogismo che dà forma deduttiva alla motivazione della sentenza. Tuttavia, quando la sussunzione viene adoperata dall’interprete per individuare la disciplina da applicare al caso concreto, essa implica un momento valutativo: essa è, cioè, “un tipico procedimento tipologico, essendo basata sulla induzione imperfetta (tale è quella per cui ‘dalla conoscenza di alcune ma non di tutte le qualità comuni ad un individuo e ad un genere se ne induca l’appartenenza dell’individuo al genere’)”⁶⁷.

In proposito, ci paiono illuminanti le pagine scritte da Luigi Mengoni nei suoi studi sul metodo giuridico: a proposito della partecipazione del giudice al processo di formazione del diritto con un’argomentazione giuridica vincolata alla legge, questo vincolo – scriveva Mengoni – “non può essere garantito dallo schema positivisticò della sussunzione, improntato alla tecnica del sillogismo dimostrativo e quindi all’ideale di controllo delle decisioni applicative del diritto con mezzi puramente logici. Una deduzione logica è vincolante solo se le premesse sono vere, e la logica non è in grado di

⁶⁴ L. NOGLER, *Ancora su “tipo” e rapporto di lavoro subordinato nell’impresa*, cit., 145. Invero anche il metodo tipologico funzionale non è esente da critiche da parte di chi difende l’applicazione del metodo sussuntivo nella qualificazione dei contratti di lavoro: v., al riguardo, G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, cit., 91 ss.

⁶⁵ Cfr., sul punto, M. TIRABOSCHI, *Premesse per uno studio della giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, cit., 35 ed *ivi* ult. rife.

⁶⁶ E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, cit., 12 s.

⁶⁷ E. GHERA, *op. ult. cit.*, 12, citando di T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1952, XIX.

controllare la verità delle premesse. La determinazione della premessa minore, ossia degli elementi di fatto giuridicamente rilevanti del caso da decidere, e della premessa maggiore, ossia della norma o del principio normativo cui la fattispecie concreta deve essere ricollegata, dipende [...] da una scelta del giudice, e dunque non è materia di attività logica, bensì di attività valutativa”⁶⁸.

4. La compatibilità della certificazione con la funzione giurisdizionale di qualificazione dei contratti: l'imputazione della qualificazione alla commissione di certificazione e non alle parti

Analizzati i profili essenziali relativi alla attività giurisdizionale di qualificazione dei contratti di lavoro, bisogna verificare se ed in che termini l'attribuzione della funzione qualificatoria ad un organo non giurisdizionale, come la commissione di certificazione, sia rispettosa dei principi costituzionali sulla tutela giurisdizionale di cui all'art. 102 Cost., e sul diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.

In proposito è opportuno chiarire che la qualificazione del contratto è non solo operata ma anche interamente ascrivibile alla commissione, spettando alle parti esclusivamente di concordare un determinato assetto di interessi definito nel programma negoziale oggetto di certificazione⁶⁹.

Ciò, oltre che discendere dai principi enunciati dalla Corte costituzionale relativamente alla indisponibilità per le parti della qualificazione del contratto (v. *supra* § 1), si ricava con sufficiente chiarezza dall'art. 5, 1° co., lett *e* della l. 30/2003, laddove si conferisce “piena forza legale al contratto certificato [...], con esclusione della possibilità di ricorso in giudizio se non in caso di erronea qualificazione del programma negoziale da parte dell'organo *preposto* alla certificazione e di difformità tra il programma negoziale effettivamente realizzato dalle parti e il programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione”.

⁶⁸ L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 3 ss., ora in ID., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, 11 ss., qui 26; pensiero che traspare anche in ID., *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, cit., 15, sebbene quest'ultimo sia stato spesso interpretato in favore di un giudizio puramente sussuntivo.

⁶⁹ Cfr. L. NOGLER, *Il nuovo istituto della “certificazione” dei contratti di lavoro*, cit., 120; ID., *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 876 ss.

Tale lettura trova, inoltre, conferma negli art. 75 ss. del d. lgs. 276/2003 che in più punti assegnano alle commissioni di certificazione il potere qualificatorio.

Ciò si evince dall'art. 79 secondo cui, fino al momento in cui sia stato accolto, anche in via cautelare, uno dei ricorsi giurisdizionali di cui all'art. 80, permangono “gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro”; nonché, dall'art. 78, 2° co. lett. *d*, per il quale l'atto di certificazione fissa gli effetti giuridici “in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione”. Per cui solo in senso atecnico si può affermare che la qualificazione sia da imputare alle parti⁷⁰, quando si afferma che esse, nell'effettuare una certa operazione economica, scelgono un modello contrattuale ed effettuano, quindi, un'operazione di qualificazione giuridica⁷¹.

Va detto peraltro che, stando alla lettera dell'art. 79, la commissione di certificazione non adotta un atto discrezionale bensì realizza un “accertamento”: in tal senso, “la certificata rilevanza giuridica del programma negoziale prescelto dalle parti prescinde dall'apprezzamento svolto dall'organo di certificazione. Almeno formalmente, la rilevanza stessa non è, insomma, stabilita dall'organo ma discende direttamente dalle disposizioni normative che devono essere poste alla base della qualificazione del programma stesso sebbene essa presupponga sempre un giudizio che consiste nel leggere quest'ultimo *sub specie juris*”.

Può dunque sostenersi – come pure è stato sostenuto⁷² – che gli enti bilaterali sarebbero, per caratteristiche e vicinanza ai luoghi di lavoro, i soggetti più idonei a registrare l'affermarsi di nuove figure di lavoro nella realtà socio-economica ed a definire i casi dubbi sulla qualificazione del contratto?

Secondo una parte della dottrina, la risposta deve essere negativa: “gli enti – si è detto – non possono creare nuove ipotesi (attirandole nell'ambito dell'autonomia o della subordinazione o nelle varie tipologie di rapporto oggi

⁷⁰ L. NOGLER, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 877 s.

⁷¹ Così V. SPEZIALE, *Le finalità e gli effetti della nuova disciplina*, cit., 154, il quale poi implicitamente conferma di riferirsi alla qualificazione operata dalle parti non nel senso che a queste spetti stabilire le conseguenze giuridiche del contratto, quando afferma che “tale scelta, ovviamente, non ha carattere vincolante, perché le parti non possono ‘disporre’ del tipo negoziale [...] ed il giudice è chiamato a verificare se la scelta del contratto è coerente con la disciplina giuridica prevista dalla legge”.

⁷² M. TIRABOSCHI, *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, in ID. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 243 ss. In termini consimili, v. F. PASQUINI, *Il ruolo degli organismi bilaterali nel decreto attuativo della legge 14 febbraio 2003, n. 30: problemi e prospettive*, *ibidem*, 668.

esistenti) ma debbono svolgere la tradizionale attività di sussunzione di un caso concreto in una fattispecie astratta, nei limiti, quindi, delle definizioni adottate dal legislatore e con una classica metodologia giuridica”⁷³. Devono, cioè, applicare delle fattispecie normative con dei precisi limiti alla loro valutazione, costituiti dagli “orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione dei contratti di lavoro”, sulla base dei quali il Ministero del lavoro dovrebbe predisporre gli appositi moduli e formulari per la certificazione (art. 78, 5° co. d. lgs. 276/2003)⁷⁴. In definitiva, secondo tale dottrina, gli enti bilaterali dovranno applicare schemi già predisposti contenenti i principi enucleati dalla giurisprudenza, e la standardizzazione dei rapporti di lavoro verrà effettuata dai giudici e non dalle commissioni di certificazione⁷⁵.

A noi pare di poter convenire con tale dottrina sull'insussistenza di una presunta attività creativa degli enti bilaterali nel qualificare i contratti sottoposti alla loro valutazione. Solo al giudice è infatti consentito convalidare gli atti di autonomia privata non riconducibili ai modelli di disciplina previsti dal codice civile, se diretti a realizzare interessi meritevoli di protezione secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, 2° co. c.c.), fermo restando che, per i rilievi già svolti, tale non sarebbe l'assetto di interessi con cui le parti intendessero separare la subordinazione dallo statuto protettivo del lavoratore subordinato (*supra* § 1). Solo al giudice è in ipotesi consentito ritenere meritevole di protezione e, quindi, conferire tipicità sociale⁷⁶ ad un contratto di lavoro di natura autonoma che non sia riconducibile ai tipi regolati (*rectius*: contratto di lavoro autonomo atipico), e non agli enti bilaterali in mancanza di una disposizione che lo preveda⁷⁷; e, se tra l'altro ciò fosse previsto, ci si

⁷³ V. SPEZIALE, *Gli organi abilitati alla certificazione*, in V. SPEZIALE, F. LUNARDON, P. BELLOCCHI (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 164.

⁷⁴ V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, anche se poi successivamente afferma che “le linee guida contenute nei codici e nei formulari non hanno alcun valore giuridico, nel senso che non vincolano gli organi di certificazione nella loro attività”: ID., *La procedura di certificazione ed i codici di buone pratiche*, in V. SPEZIALE, F. LUNARDON, P. BELLOCCHI (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 181 (v. *supra* Cap. III, § 2.4.)

⁷⁵ V. SPEZIALE, *Gli organi abilitati alla certificazione*, loc. cit.

⁷⁶ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2003, 789.

⁷⁷ Altro discorso è che i giudici finiscano per ricondurre il contratto da qualificare ad uno dei tipi regolati tramite il ricorso all'analogia ovvero, se non è facilmente inquadrabile in un tipo, lo qualificano come contratto che realizza la commistione di due tipi contrattuali (c.d. contratto misto), applicando poi la disciplina legale corrispondente al tipo prevalente; talché si dice che “il contratto atipico, cui applicare le sole regole generali contenute negli artt. 1321-1469 del codice civile, non ha mai fatto apparizione in ufficio giudiziario!”: R. SACCO *La qualificazione (i tipi contrattuali)*, in R. SACCO, G. DE NOVA (a cura di), *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, vol. II, 1993, 425.

dovrebbe interrogare sulla legittimità costituzionale di una simile disposizione, specialmente della compatibilità con l'art. 102 Cost.

Ciò chiarito, è probabilmente vero che, nelle intenzioni del legislatore, la certificazione non mira a sostituire l'attività di interpretazione e qualificazione dei giudici con quella dei certificatori, bensì ad influenzare tale attività con la rilevazione di nuovi indici interpretativi in vista di un'applicazione tipologica delle norme⁷⁸. Ed infatti il legislatore delegato del 2003 insiste sulla prassi degli indici rivelatori del tipo negoziale anche nel quinto comma dell'art. 78 sui "codici di buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili", nonché all'art. 84, 2° co., in relazione ai "codici di buone pratiche e indici presuntivi" cui si affida la formalizzazione di criteri utili per operare la "distinzione tra appalto genuino e interposizione illecita".

Va precisato, infine, che se l'oggetto della certificazione è il "contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro", allora l'istituto vale solo ad individuare la natura e le caratteristiche del singolo contratto e non anche il concreto assetto di interessi definito dai contraenti nel programma negoziale⁷⁹. Ciò si ricava, inoltre, sia dall'art. 80 che, a parte il ricorso per i vizi del consenso, limita le impugnazioni dinanzi al giudice ordinario alla erronea qualificazione del contratto oppure alla difformità tra programma negoziale e la sua successiva attuazione, cioè ad aspetti che attengono alla natura del contratto certificato o alla sua successiva dinamica, senza che ne sia coinvolto il contenuto o altri elementi della sua disciplina; sia dall'art. 81 il quale, affermando che il certificatore svolge *anche* attività di assistenza e consulenza alle parti sul contenuto del contratto, sul programma negoziale, le sue modifiche e la sua esatta qualificazione, lascia intendere che quanto attiene ad elementi diversi dalla qualificazione consiste in una semplice consulenza e non acquista "piena forza legale" ai sensi dell'art. 5, 1° co., lett *a*⁸⁰.

Per cui, la certificazione non può avere ad oggetto né questioni "a valle" della qualificazione del rapporto, come ad esempio l'esattezza dell'inquadramento contrattuale, la corretta applicazione della disciplina

⁷⁸ Cfr., in proposito, A. TURSI, *La certificazione dei contratti lavoro*, cit., 669 ss.

⁷⁹ M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, 377; ID., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 424; V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, 286; ID., *Certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 152 ss.; P. TULLINI, *Sub art. 75. Certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali* cit., 824.

⁸⁰ V. SPEZIALE, *Le finalità e gli effetti della nuova disciplina*, cit., 153.

sull'orario di lavoro, la legittimità di un licenziamento ecc.; né questioni attinenti al momento genetico del contratto diversi dalla qualificazione⁸¹.

5. Segue: *sulla legittimità di una qualificazione “certificata” alla luce degli artt. 24 e 102 Cost.*

Chiarito che la qualificazione “certificata” è interamente da ascrivere alla commissione e non alle parti, sia pure nel rispetto di taluni limiti, bisogna verificarne la legittimità alla stregua degli artt. 24 e 102 Cost.

La legittimità costituzionale della disciplina che regola la certificazione può in via generale desumersi dal carattere volontario e non obbligatorio della relativa procedura, la cui attivazione richiede il comune accordo delle parti secondo quanto previsto dagli artt. 5, 1° co., lett. a, l. 30/2003 e 78, 1° co., d. lgs. 276/2003.

A tale riguardo possono in linea di principio ritenersi ad essa applicabili, come agli altri strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, i principi delineati dalla giurisprudenza costituzionale in relazione alla legittimità di quelle norme che introducono delle forme di arbitrato obbligatorio.

In proposito la Corte costituzionale afferma costantemente che l'arbitrato trova il suo legittimo fondamento nella concorde volontà delle parti, con la conseguenza che l'eventuale previsione di una ipotesi di arbitrato obbligatorio *ex lege* si traduce in un'illegittima compressione del diritto di azione e di difesa *ex art. 24, 1° co., Cost.* ed una negazione della tutela giurisdizionale *ex art. 102, 1° co., Cost.*⁸² Alla luce di tali principi dovrebbe, quindi, ritenersi affetta da illegittimità costituzionale la norma che prevedesse il ricorso obbligatorio alle procedure di certificazione per qualificare i contratti di lavoro, in mancanza di una chiara deroga al principio secondo cui la giurisdizione statale sulle controversie costituisce la regola fissata nel nostro ordinamento⁸³.

Ai nostri fini occorre però soffermarsi su quanto prevede l'art. 5, 1° co., lett. e, l. 30/2003 secondo cui il contratto certificato ha “piena forza legale”,

⁸¹ M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, loc. cit.

⁸² Cfr. Corte Cost. 14 luglio 1977, n. 127, in *Orient. giur. lav.*, 1978, 304 ss.; Corte Cost. 4 marzo 1992, n. 82, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 20 ss.; Corte Cost. 27 febbraio 1996, n. 54, in *Giur. cost.*, 1996, 379 ss.; Corte Cost. 21 aprile 2000, n. 115, in *Foro it.*, 2002, I, 668 ss.

⁸³ In tal senso, riferendosi però all'arbitrato, Corte Cost. 21 aprile 2000, n. 115, cit.

verso cui è esclusa la possibilità di ricorso in giudizio “se non in caso di erronea qualificazione del programma negoziale [...] e di difformità tra il programma negoziale effettivamente realizzato dalle parti e il programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione”.

Secondo la dottrina maggioritaria la disposizione in commento, al di là dell'artificio linguistico (“se non in caso di”), non viola i summenzionati principi costituzionali, in quanto la certificazione può sostituire il giudizio qualificatorio in una determinata quantità di casi, ma non preclude lo svolgimento della medesima attività in sede giurisdizionale; per cui non viene limitata né impedita la possibilità di tutela giurisdizionale dei diritti delle parti o dei terzi⁸⁴. Diversamente – si argomenta – se si ammettesse che la certificazione preclude l'azione in giudizio, dovrebbe concludersi che la qualificazione compiuta in tale sede ha il medesimo valore della qualificazione compiuta in sede giurisdizionale, con conseguente violazione dell'art. 102, 1° co., Cost. Se poi si affermasse che la qualificazione operata in sede di certificazione non può essere considerata equivalente a quella giudiziale, e sempre supponendo che l'art. 5, 1° co., lett *e* precluda la qualificazione giurisdizionale del singolo contratto una volta intervenuta la certificazione, questo sarebbe in contrasto con l'art. 24, 1° co., Cost., in quanto un punto essenziale della controversia giuridica verrebbe privato del suo giudice naturale⁸⁵.

Altra dottrina ha ventilato la possibile violazione dell'art. 24 Cost. da parte della disposizione in commento, limitando questa il ricorso in giudizio ai due casi previsti senza il dovuto spazio per denunciare vizi della volontà, diversi dall'errore, nella formazione del convincimento del soggetto certificatore o per contestare eventuali violazioni della procedura di certificazione; sicché, si è detto, verrebbe completamente negata la possibilità di “agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”⁸⁶. A ciò si è replicato che, da un lato, i vizi della volontà diversi dall'errore sono

⁸⁴ M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, cit., 377 s.; L. DE ANGELIS, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro: l. n. 30/2003*, Ipsa, Milano, 2003, 238 ss.; L. NOGLER, *Il nuovo istituto della “certificazione” dei contratti di lavoro*, cit., 113 ss.

⁸⁵ M.G. GAROFALO, *op. ult. cit.*, 377 s.

⁸⁶ V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 288 s. cui *adde* A. AVONDOLA, *Certificazione e legittimità costituzionale*, in R. DE LUCA TAMAJO R., M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., 307. In termini consimili v. anche G. SCHIAVONE, *Le alternative alla giurisdizione: la certificazione e il giudizio arbitrale di equità*, in *Diritto del Lavoro on Line* - www.unicz.it/lavoro/RICERCAMISCELLANEA.htm, 7.

piuttosto rari e che le possibilità di ricorso in giudizio previste dall'art. 5, 1° co., lett. *e* della legge 30 “garantiscono un'ampia possibilità di tutela giurisdizionale”; dall'altro lato, le questioni relative alla procedura, comprese le conseguenze in caso di violazione della stessa, vanno ricondotte alla lett. *d* dell'art. 5, che rimette al legislatore delegato la “indicazione del contenuto e della procedura di certificazione”⁸⁷.

La questione può dirsi almeno in parte risolta con l'emanazione del d. lgs. 276 il quale, oltre ad accordare, sia alle parti che ai terzi interessati, il ricorso in giudizio in caso di erronea qualificazione del programma negoziale certificato e di difformità tra questo ed il concreto atteggiarsi del rapporto, riconosce alle parti la possibilità di agire in giudizio per i vizi del consenso (art. 80, 1° co.). Inoltre, sia le parti che i terzi interessati possono proporre ricorso contro l'atto di certificazione, per violazione del procedimento e per eccesso di potere, davanti al TAR competente (art. 80, 5° co.).

Bisogna ancora soffermare l'attenzione sull'art. 5 della l. 30/2003 il quale alla lett. *f* afferma che “gli effetti dell'accertamento svolto dall'organo preposto alla certificazione permangano fino al momento in cui venga provata l'erronea qualificazione del programma negoziale o la difformità tra il programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione ed il programma attuato”.

Una parte della dottrina ha sostenuto che, stando a quanto letteralmente previsto, quest'ultima disposizione debba interpretarsi nel senso che l'eventuale accertamento giudiziale di una natura del rapporto difforme da quella in origine certificata abbia effetto solo dal momento dell'accertamento stesso, e cioè una efficacia *ex nunc* e non già un efficacia *ex tunc* secondo i principi generali del diritto. Ne consegue che il meccanismo conferirebbe definitivamente efficacia giuridica all'accertamento compiuto dalla commissione di certificazione per il periodo del rapporto compreso fino alla pronuncia giudiziale⁸⁸.

Deve innanzitutto osservarsi che è improprio affermare che la erronea qualificazione possa essere provata⁸⁹. La qualificazione, infatti, attiene alla individuazione della disciplina giuridica cui ricondurre l'accordo contrattuale e

⁸⁷ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della “certificazione” dei contratti di lavoro*, cit., 122.

⁸⁸ V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro: funzioni ispettive e controversie di lavoro*, Relazione al convegno organizzato da Cesri-Luiss, “La nuova legge sul mercato del lavoro”, Roma, 5 febbraio 2003; A. AVONDOLA, *op. cit.*, 308.

⁸⁹ Cfr. L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 115; M.G. GAROFALO, *op. ult. cit.*, 379, che parla di “marchiano errore di tecnica giuridica”.

non può essere oggetto di prova: essa presuppone l'ultimazione dell'accertamento dei fatti in forza dei quali il giudice esprime il giudizio, questi sì governati dall'onere della prova. Sicché “solo in seguito all'ultimazione dell'accertamento giudiziale potrà, infine, dirsi (impropriamente) provata l'erronea qualificazione del contratto e ciò nel senso che sarà stata individuata una soluzione idonea a vincolare le parti”⁹⁰.

Peraltro, che l'efficacia della certificazione permanga fino al momento in cui non vengano provate (*rectius*: accertate) l'erronea qualificazione o la difformità predette, non vuol dire che in tale momento l'efficacia non venga meno *ab origine*⁹¹. Se così fosse un medesimo contratto sarebbe, ad esempio, qualificato di lavoro subordinato fino all'accertamento giudiziale e poi di lavoro autonomo. Ciò, oltre ad essere contrario alla logica giuridica perché la qualificazione investe i fatti storicamente dati nella loro interezza temporale, significherebbe che la qualificazione operata dal certificatore prevale sulla qualificazione giudiziale, seppur per il periodo antecedente l'accertamento del giudice, violandosi l'art. 102 Cost. o l'art. 24 Cost., a seconda che le due qualificazioni vengano considerate equivalenti oppure non equivalenti (v. *supra*)⁹².

Per cui, se non si vogliono violare le norme costituzionali e stravolgere i principi generali del diritto, la disposizione va interpretata nel senso che la certificazione possiede “piena forza legale”, e cioè che la qualificazione certificata impone alle parti ed ai terzi di attenersi ad essa se non superata da una difforme pronuncia giurisprudenziale e da quando sia stata superata⁹³.

Una qualificazione, cioè, che non può che essere interinale e succedanea, destinata a fornire certezze fino alla qualificazione giudiziale che, in un ordinamento di diritto, è l'unica qualificazione certa⁹⁴. La quale, in caso di erroneità della qualificazione del contratto qualificato, non può che operare fin dal momento della conclusione dell'accordo contrattuale, e lo stesso deve avvenire se la difformità tra il programma negoziale concordato dalle parti e quello effettivamente realizzato si sostanzia nella simulazione del contratto certificato; mentre, se la difformità viene affermata in relazione ad un momento successivo all'inizio del contratto certificato, viene fatta valere una novazione oggettiva del contratto stesso che, in quanto tale, non può che

⁹⁰ L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 115 s.

⁹¹ L. DE ANGELIS, *op. ult. cit.*, 241.

⁹² Così M.G. GAROFALO, *op. ult. cit.*, 380.

⁹³ L. DE ANGELIS, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁴ A. TURSI, *op. ult. cit.*, 640.

assumere rilevanza dal momento in cui risulti accertato che le parti hanno operato la novazione medesima⁹⁵.

Nel senso prospettato si è mosso il d. lgs. 276/2003 che all'art. 79 prevede che gli effetti della certificazione "permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto con sentenza di merito, uno dei ricorsi esperibili ai sensi dell'articolo 80, fatti i salvi i provvedimenti cautelari"⁹⁶; il quale, per quel che qui interessa, richiama il comma 2 dell'art. 80 secondo cui "l'accertamento giurisdizionale dell'erroneità della qualificazione ha effetto fin dal momento della conclusione dell'accordo contrattuale. L'accertamento giurisdizionale della difformità tra il programma negoziale e quello effettivamente realizzato ha effetto a partire dal momento in cui la sentenza accerta che ha avuto inizio la difformità stessa".

A tale riguardo giova precisare che varranno i principi generali in tema di onere della prova (art. 2697 c.c.), senza che alla certificazione possa riconoscersi valore probatorio in giudizio, poiché essa non accerta uno stato di fatto ma stabilisce che il rapporto di lavoro vada giuridicamente qualificato in un modo piuttosto che in un altro e, quindi, che al comportamento contrattuale delle parti vadano ricondotte certe, e non altre, conseguenze giuridiche⁹⁷.

Al limite, si è sostenuto che l'atto di certificazione potrebbe essere utilizzato dal giudice come elemento di prova nella formazione del suo libero convincimento *ex art. 116 c.p.c.*⁹⁸, potendo rivelarsi utile la certificazione che intervenga prima dell'attuazione del rapporto di lavoro, quando la dinamica concreta di questo si riveli di difficile e non sicuro apprezzamento⁹⁹. Lo stesso si è detto riguardo al comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione, che per l'art. 80 assume rilievo ai fini del pagamento delle spese processuali¹⁰⁰. Ma è chiaro che nessuna rilevanza potranno avere tali comportamenti quando sin dall'inizio le parti hanno voluto un contratto diverso da quello certificato ma meramente simulato, poiché si tratterà di

⁹⁵ In tal senso cfr. L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 116.

⁹⁶ *Contra* A. AVONDOLA, *op. cit.*, 310, secondo cui, pur avendo il legislatore delegato opportunamente escluso il riferimento alla "piena forza legale" del contratto certificato, rimane irrisolto il problema della efficacia della certificazione e quindi insuperati i rischi di incostituzionalità della disciplina.

⁹⁷ Così L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 120.

⁹⁸ E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 294.

⁹⁹ In tal senso, L. NOGLER, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 885 s. e nel medesimo senso G. DONDI, *Sull'istituto della certificazione nel d. lgs. 276 del 2003*, cit.

¹⁰⁰ E. GHERA, *op. loc. ult. cit.*, ma in tal senso, nel commentare l'art. 5, 1° co. lett. f, della legge delega, v. già V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 282.

qualificare il contratto sulla base delle dichiarazioni e dei comportamenti effettivi e non a quelli simulati; così come, nessuna rilevanza avranno se quanto dichiarato dalle parti abbia tradito la loro reale intenzione o in caso di intervenuta novazione del contratto certificato, poiché in tali casi si tratterà di interpretare e qualificare il contratto dando preminenza al comportamento successivo delle parti *ex art. 1362, 2° co. c.c.* o di individuare il contenuto dell'accordo novativo (v. *infra* Cap. IV, §§ 2.2., 2.2.1., 2.2.2)¹⁰¹.

6. La natura giuridica della certificazione

Resta da verificare a questo punto quale sia la natura giuridica della certificazione, o meglio dell'atto di certificazione che fissa le conseguenze giuridiche dell'operazione economica realizzata dalle parti e segnatamente gli effetti civili, amministrativi, previdenziali e fiscali rispetto ai quali si richiede la certificazione (art. 78, 2° co. lett. *d*, d. lgs. 276/2003).

In proposito va osservato che se è vero che la qualificazione è non solo operata ma interamente ascrivibile alla commissione di certificazione, va escluso che l'atto di certificazione abbia natura negoziale. Più specificamente, come è stato rilevato, "la qualificazione certificata non può essere considerata una parte integrante del negozio privato che instaura il rapporto di lavoro e non si risolve in un meccanismo che tende semplicemente ad assistere le parti nel formulare, con maggior cognizione di causa, il *nomen juris* del loro accordo contrattuale"¹⁰².

Ciò comporta, come prima conseguenza, che l'atto di certificazione non può essere qualificato come lodo di un arbitrato irrituale¹⁰³, che secondo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale dominante costituisce un negozio per *relationem*¹⁰⁴: costituisce cioè un figura negoziale atipica *ex art. 1322, 2° co., c.c.*, disciplinata in via generale dall'art. 1349 c.c., che si risolve in un mandato conferito ad uno o più arbitri per la composizione di una controversia mediante la creazione di un nuovo assetto di interessi che le parti si impegnano

¹⁰¹ In termini consimili A. TURSI, *op. ult. cit.*, 662.

¹⁰² L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 120.

¹⁰³ L. NOGLER, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁴ Cfr., più di recente, M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Giappichelli, Torino, 2002, spec. 103 ss. ed *ivi* ultt. riff. dottrinali e giurisprudenziali.

a considerare come espressione della loro volontà, ed a tal titolo è per esse vincolante¹⁰⁵.

Peraltro l'atto di certificazione non potrebbe essere qualificato come lodo arbitrale, in quanto la competenza regolativa dell'arbitrato irrituale è appositamente demandata dall'art. 412 *ter* c.p.c. ai contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro, ed una deroga a questa disciplina di base avrebbe richiesto un'espressa previsione¹⁰⁶.

Inoltre, in considerazione della natura non negoziale della certificazione, è improprio richiamarsi anche alla figura dell'arbitraggio¹⁰⁷, regolata anch'essa dall'art. 1349 c.c., che ricorre quando le parti affidano ad un terzo arbitratore non l'incarico di risolvere una controversia nascente da un rapporto giuridico preesistente e già perfetto, ma di determinare, in un negozio giuridico in via di perfezionamento, la prestazione dedotta o comunque l'integrazione di un elemento negoziale; sicché l'arbitratore concorre con le parti alla formazione del contenuto del negozio¹⁰⁸.

In tal senso non può essere condivisa neppure l'opzione ricostruttiva di una giovane dottrina civilistica che, muovendo dalla volontarietà della procedura di certificazione e sul presupposto della comune istanza scritta delle parti *ex art.* art. 78 del d. lgs. 276, ritiene di attribuirle una natura negoziale¹⁰⁹. Più specificamente, la comune istanza scritta delle parti opererebbe come una sorta di negozio autorizzativo ad influire nella sfera giuridica delle parti le quali, contestualmente, affidano ai certificatori il riesame dell'intero programma negoziale, in virtù di quanto disposto dall'art. 1349 c.c. Secondo

¹⁰⁵ In tal senso l'arbitrato irrituale viene tradizionalmente distinto dall'arbitrato rituale che ha non solo la funzione ma anche la struttura di un giudizio, che le parti affidano ad uno o più arbitri per la risoluzione di proprie controversie attraverso un negozio giuridico (compromesso o clausola compromissoria), con cui indicano le modalità di svolgimento del procedimento arbitrale, la cui pronuncia – il lodo – è destinato a ricevere i caratteri tipici della sentenza giurisdizionale civile (cfr., per tutti, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. I procedimenti speciali di cognizione e i giudizi arbitrali*, Giappichelli, Torino, 2005, vol. III, 381 ss.). Invero, di recente, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha ritenuto che anche l'arbitrato rituale ha natura negoziale: si tratta di Cass. Sez. Un. 3 agosto 2000, n. 527, in *Giur. it.*, 2001, 1107 ss.; in senso analogo, Cass. Sez. Un. 22 luglio 2002, n. 10723, in *Corr. giur.*, 2003, 630 ss. Va detto, però, che la figura del negozio per *relationem*, quale criterio distintivo tra arbitrato irrituale ed arbitrato rituale, sembra non essere stato abbandonato dalla giurisprudenza successiva: cfr. la rassegna di C. CONSOLO e M. MARINELLI, *La Cassazione e il "duplice volto" dell'arbitrato in Italia (I e II)*, in *Corr. giur.*, 2003, 678 ss., 827 ss.

¹⁰⁶ L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 121.

¹⁰⁷ L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 120.

¹⁰⁸ Cfr., ancora, C. MANDRIOLI, *op. cit.*, 376 s.

¹⁰⁹ F. PALADINO, *Certificazione dei contratti di lavoro e teoria del negozio giuridico*, in G. PELLACANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative, problemi, soluzioni, prospettive*, in *Speciali Guida lav.*, 2005, 24 ss., spec. 28 ss.

tale dottrina, una simile ricostruzione avrebbe per giunta il suo fondamento normativo nell'art. 81 del d. lgs. 276/2003, che espressamente affida alle commissioni di certificazione funzioni di consulenza e assistenza “sia in relazione alla stipulazione del contratto di lavoro e del relativo programma negoziale, sia in relazione alle modifiche del programma negoziale medesimo concordate [...]”¹¹⁰.

A parte quanto già rilevato rispetto alla natura non negoziale della certificazione, una simile ricostruzione non convince innanzitutto perché si fonda unicamente sull'attività di consulenza e assistenza alle parti e non sulla qualificazione del contratto, che è la funzione principale, se non unica, della certificazione (v. *supra* Cap. I, §§ 5, 6, 7).

Va ricordato inoltre che le funzioni di assistenza e consulenza stanno a significare una mera attività di supporto ed informazione alle parti, e specialmente del lavoratore. Peraltro, questa ricostruzione non si fa carico della questione fondamentale, e cioè che nella disciplina del rapporto di lavoro, il contratto svolge un ruolo complementare e strumentale rispetto alla legge ed al contratto collettivo, per cui le modifiche al programma negoziale sono possibili solo nei limiti dell'inderogabilità peggiorativa delle fonti eteronome da parte del contratto individuale. E quand'anche si volesse fondare sull'art. 81 un'ipotesi di derogabilità assistita di norme inderogabili¹¹¹, il certificatore avrebbe solo la funzione di convalidare le pattuizioni individuali, garantendo in particolare la genuinità del consenso del lavoratore.

In realtà i dati normativi rinvenibili negli art. 75 ss. del d. lgs. 276/2003 non sembrano lasciare adito a dubbi sul fatto che l'atto di certificazione costituisca un atto amministrativo¹¹².

Ciò si evince, in particolare, dall'art. 80, 5° co. in base al quale l'atto di certificazione può essere impugnato per violazione del procedimento o per eccesso di potere innanzi al TAR nella cui giurisdizione ha sede la commissione che ha certificato il contratto. Inoltre, se si guarda alla disciplina della procedura di cui all'art. 78, si comprende come il legislatore abbia fissato

¹¹⁰ F. PALADINO, *op. cit.*, 33.

¹¹¹ Che, come si è detto, va esclusa in mancanza di norme che la prevedano espressamente: v. *supra* Cap. I, § 6.

¹¹² In tal senso, già in sede di commento del d.d.l. 848, E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 533 s. e ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 282 ss. Nel medesimo senso, v. L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 121; ID., *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 879; V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 282; ID., *Certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 209 s.; P. TULLINI, *Sub Art. 79. Efficacia giuridica della certificazione*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, cit., 841.

gli elementi ed il contenuto essenziale della certificazione in coerenza con i principi generali dell'atto amministrativo, nello specifico prevedendo al 2° co. lett. c, l'obbligo di motivazione per l'atto di certificazione¹¹³. Del resto l'atto di certificazione costituisce un atto amministrativo anche se rilasciato da un soggetto privato, come ad esempio l'ente bilaterale, poiché è un principio ormai acquisito che la natura privata del soggetto che lo emana non fa venir meno la natura amministrativa dell'atto¹¹⁴.

Semmai non è pacifico in dottrina a quale categoria di atti amministrativi sia riconducibile la certificazione dei contratti di lavoro.

Una parte della dottrina sostiene che l'atto di certificazione sia da inquadrarsi fra gli atti di certazione. Esso possiederebbe, cioè, la forza giuridica della certezza pubblica sul rapporto di lavoro e la relativa qualificazione e deve essere da tutti assunto come conforme all'ordinamento, cioè dalle parti e dai terzi interessati che non possono metterla in discussione se non in forza dei ricorsi in giudizio di cui all'art. 80 del d. lgs. 276/2003¹¹⁵.

Tale dottrina si rifà più o meno esplicitamente alla sistematica adottata da Massimo Severo Giannini, secondo il quale gli atti di certazione costituiscono una sottospecie di atti di certezza pubblica, vale a dire quella categoria di atti amministrativi consistenti in "dichiarazioni di rappresentazione poste in essere dalle pubbliche autorità non per fondare una verità, ma per fornire una utilità che possa essere accettata in quanto è plausibile che sia rispondente alla realtà"¹¹⁶. Nell'ambito degli atti di certezza pubblica, le certazioni non comportano di per se stesse né effetti dichiarativi, né costitutivi né preclusivi, ma effetti "qualificatori", ossia creativi di nuove situazioni giuridiche oggettive¹¹⁷: più precisamente, "le certazioni sono atti che creano direttamente e immediatamente qualificazioni giuridiche di cose o di persone, prima di esse giuridicamente inqualificate, cioè non aventi rilevanza giuridica"¹¹⁸. In ciò esse differirebbero dai semplici accertamenti in quanto non si limitano ad attribuire una qualità giuridica ad altra già esistente¹¹⁹, bensì

¹¹³ P. TULLINI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁴ Cfr., fra gli altri, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2000, 230 s.

¹¹⁵ In tal senso L. NOGLER, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 879; E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 283 s.

¹¹⁶ M.S. GIANNINI, voce *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, 769 ss.

¹¹⁷ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 782.

¹¹⁸ M.S. GIANNINI, *op. loc. cit.*

¹¹⁹ Come ad esempio gli esami, con i quali si attribuiscono qualità giuridiche alle persone; le classificazioni o anche le collaudazioni con le quali si attribuiscono qualità giuridiche alle cose: cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1988, 918.

“creano esse stesse delle qualificazioni giuridiche”¹²⁰, talché “immettono nel mondo giuridico delle realtà giuridicamente definitive [...] imponendone l’uso a tutti”¹²¹.

Secondo altra parte della dottrina giuslavoristica, tuttavia, la riconduzione alla categoria degli atti di certazione parrebbe il frutto di un equivoco accostamento tra l’efficacia qualificatoria della certazione e la qualificazione del contratto che si realizza nella certificazione dei contratti di lavoro¹²².

In tal senso è vero che questa è munita di una certezza pubblica che possiede un effetto preclusivo, talché “non è possibile far circolare una diversa certezza”, se non fino alla diversa pronuncia giudiziale, che ne costituisce una “verificazione” la quale “serve a render reversibile l’effetto preclusivo”¹²³. Ciò nondimeno, nella certificazione dei contratti di lavoro tale certezza non si riferisce all’accertamento di una qualità già esistente, né alla creazione di un realtà giuridica prima inesistente, bensì alla qualificazione intesa come riconduzione di una fattispecie concreta a quella astratta prevista da una norma e, quindi, come individuazione del diritto ad essa applicabile¹²⁴; la quale, se considerata sotto l’angolazione delle operazioni logico-giuridiche in cui si espleta, è identica all’accertamento giurisdizionale¹²⁵. In altre parole, l’oggetto della certificazione disciplinata dagli artt. 75 ss. del d. lgs. 276 è una qualificazione giuridica di una fattispecie negoziale, mentre la qualificazione di cui si discute con riferimento agli atti di certazione è un effetto e non l’oggetto di essi¹²⁶.

Non è naturalmente possibile in questa sede affrontare con i dovuti approfondimenti un tema tanto complesso come quello degli atti di certezza pubblica, su cui persistono opinioni diverse in dottrina anche per le difficoltà definitorie connesse a questa tematica¹²⁷.

¹²⁰ Come ad esempio le dichiarazioni di acquisto, di riacquisto o di perdita di cittadinanza con cui si acquista, si riacquista o perde, lo *status* di cittadino; o la notifica di particolare interesse artistico e storico, che fa acquistare alla cosa la qualificazione di bene culturale d’arte: cfr., ancora, M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 918 s.

¹²¹ M.S. GIANNINI, *op. loc. ult. cit.*

¹²² A. TURSI, *La certificazione dei contratti lavoro*, cit., 638 ss.

¹²³ M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 973.

¹²⁴ A. TURSI, *op. ult. cit.*, 638.

¹²⁵ A. TURSI, *op. loc. ult. cit.*, ma già, in termini analoghi, E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 293.

¹²⁶ A. TURSI, *op. ult. cit.*, 639.

¹²⁷ Per averne una dimensione e per rimanere alla sole opere di taglio trattatistico cfr., oltre al saggio di M.S. GIANNINI, voce *Certezza pubblica*, cit., A. FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, 205 ss.; A. STOPPANI, *Certificazione*

Tuttavia a noi pare cogliere nel segno la dottrina critica nell'attribuire alla certificazione dei contratti di lavoro la natura di atto di certazione, e può condividersene l'affermazione secondo cui, in definitiva, con essa "non si attribuisce al contratto alcuna qualità che esso non abbia già, per così dire, 'in sé', ma semplicemente ci si limita ad attribuire certezza legale (reversibile) alla qualificazione giuridica (ossia all'operazione di riconduzione di un fatto concreto ad una fattispecie astratta) provvisoriamente operata da un organo non giurisdizionale"¹²⁸.

In tale ordine di idee, l'atto di certificazione potrebbe, allora, ritenersi un atto di valutazione o una dichiarazione di giudizio¹²⁹, oppure, secondo altra classificazione, un "atto amministrativo complesso, comprensivo di una dichiarazione di scienza riferita alla 'dichiarazione delle parti di porre in essere un rapporto di lavoro con determinate caratteristiche' e di una 'manifestazione di giudizio' circa la qualificazione giuridica del rapporto"¹³⁰.

amministrativa, ibidem, vol. VI, 1968, 793 ss.; S. GIACCHETTI, voce *Certificazione I) Diritto amministrativo*, in *Enc. Giur Treccani*, vol. VI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, 1 ss.

¹²⁸ A. TURSI, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁹ In tal senso A. VALLEBONA, *Tecniche normative e contenzioso lavoristico*, cit., secondo cui "l'atto di certificazione è una dichiarazione valutativa (parere) sulla 'qualificazione' del contratto"; ma, analogamente, vedi già E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 533.

¹³⁰ Così A. TURSI, *op. ult. cit.*, 640 riferendosi a E. GHERA, *op. ult. cit.*, 533 s.

CAPITOLO TERZO

IL RISCONTRO EMPIRICO DELL'ATTIVITÀ DI CERTIFICAZIONE

Sommario: 1. I soggetti abilitati alla certificazione: in particolare sull'opportunità delle scelte del legislatore e sulla idoneità di tali soggetti nel qualificare i contratti di lavoro - 2. L'esperienza delle commissioni di certificazione costituite presso le Direzioni provinciali del lavoro dell'Emilia Romagna - 2.1 Premesse minime sull'ambito della ricerca ed indicazione dei dati statistici - 2.2. Costituzione e funzionamento delle commissioni - 2.3. La certificazione di soli contratti non ancora eseguiti nell'operato delle commissioni: una implicita esclusione della possibilità di certificare contratti in corso di esecuzione? - 2.4. Sul valore discrezionale delle "linee guida" ministeriali per la certificazione e sull'attività valutativa e decisionale delle commissioni

1. I soggetti abilitati alla certificazione: in particolare sull'opportunità delle scelte del legislatore e sulla idoneità di tali soggetti nel qualificare i contratti di lavoro

L'art. 76, 1° co., del d. lgs. 276/2003 indica i soggetti presso cui possono essere costituite le commissioni di certificazione, specificando per taluni anche i requisiti che abilitano allo svolgimento dell'attività.

Si tratta, nell'ordine: degli enti bilaterali, definiti dall'art. 2, 1° co. lett. *h* del d. lgs. 276 come "organismi costituiti ad iniziativa di una o più associazioni di datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative", nello specifico quelli presenti nell'ambito territoriale di riferimento o a livello nazionale se la commissione è costituita presso enti bilaterali nazionali; delle Direzioni provinciali del lavoro e nelle province; delle università pubbliche e private, incluse le fondazioni universitarie, previa registrazione in un apposito albo ministeriale, per ottenere la quale sono tenute ad inviare, con cadenza semestrale, "studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro" riferiti alle figure di lavoro indicate dal Ministero del lavoro (art. 76, 2° co.). A questi soggetti l'art. 1, comma 256, della l. 23 dicembre 2005, n. 266 (legge

finanziaria per il 2006), ha aggiunto anche le commissioni istituite presso i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro, nonché la Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro presso il Ministero del Lavoro.

Il legislatore delegato ha optato per una competenza concorrente in materia¹, in mancanza di chiare ed univoche indicazioni al riguardo da parte dell'art. 5, 1° co., lett. b della l. 30/2003 (“individuazione dell'organo preposto alla certificazione del rapporto di lavoro in enti bilaterali [...] ovvero presso strutture pubbliche aventi competenze in materia, o anche università”)², talché è stata pure ventilata la possibile opzione, in sede di attuazione, per una competenza alternativa tra i soggetti indicati dalla legge delega³.

Nell'economia della riforma, l'attenzione del legislatore pare essersi appuntata sugli enti bilaterali, le università e, ora, anche sui consulenti del lavoro, se si considera che l'art. 6 del d. lgs. 276 li abilita anche all'esercizio dell'attività di intermediazione di manodopera in base a “regimi autorizzatori particolari”, modulati, cioè, sulle caratteristiche di ognuno e comunque con un alleggerimento dei requisiti richiesti alle agenzie per il lavoro, in base al regime autorizzatorio ordinario (art. 5)⁴. Gli enti bilaterali ed i consulenti del lavoro, inoltre, possono esercitare anche ricerca e selezione del personale e supporto alla ricollocazione professionale in forza dell'art. 4, 6° co., che abilita automaticamente le agenzie di intermediazione autorizzate a svolgere le predette attività⁵.

¹ Con le eccezioni dell'art. 82, per la certificazione delle rinunzie e transazioni, e dell'art. 83, per la certificazione del regolamento interno delle cooperative, che sono rimesse alla competenza esclusiva, rispettivamente, degli enti bilaterali e delle direzioni provinciali del lavoro.

² Cfr. L. NOGLER, *Il nuovo istituto della “certificazione” dei contratti di lavoro*, cit., 112. Nel senso di una chiara opzione della legge delega per la competenza concorrente dei soggetti certificatori, v., invece, V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 280 e già, in sede di commento del d.d.l. 848, E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 530.

³ L. DE ANGELIS, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 237.

⁴ Cfr. rispettivamente i commi 1, 3, 4 e 5 dell'articolo 6. Va precisato che l'abilitazione dei consulenti del lavoro riguarda l'Ordine nazionale, il quale deve operare attraverso “un'apposita fondazione o altro soggetto giuridico dotato di personalità giuridica costituito nell'ambito del Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro (art. 6, 4° co.), mentre è fatto divieto ai consulenti di esercitare attività di intermediazione “individualmente o in altra forma diversa da quella individuata dal regime autorizzatorio ordinario di cui agli artt. 4 e 5 del decreto. Tuttavia, l'art. 13, 1° co., del d.m. 23 dicembre 2003 di attuazione dei regimi autorizzatori ha introdotto la possibilità di esercizio dell'attività di intermediazione per mezzo di singoli consulenti del lavoro se delegati dalla fondazione abilitata a svolgere la predetta attività in nome e per conto della fondazione medesima, nel rispetto di taluni requisiti e comunque sotto la vigilanza del Consiglio nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro. Ma ciò, a ben vedere, non è che un aggiramento del divieto posto dall'art. 6, 5° co. del d. lgs. 276: sul punto, cfr. P. TULLINI, *Regimi particolari di autorizzazione*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., 114.

⁵ In tal senso, secondo la formulazione del primo comma dell'art. 6 (“Sono autorizzate”), le università e le fondazioni universitarie sono abilitate *ope legis* all'esercizio di intermediazione di

All'origine della scelta legislativa di assegnare a tali soggetti sia compiti di promozione dell'occupazione che di certificazione dei contratti di lavoro vi è, quanto meno per gli enti bilaterali e per le università, una valutazione di meritevolezza, per essere questi portatori di valori sociali e solidaristici⁶: sono ritenuti tali da tutelare adeguatamente il lavoratore dalle attività di inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro fino alla fase negoziale della instaurazione e regolamentazione del rapporto di lavoro, con assistenza e consulenza effettiva, nella stipulazione del contratto di lavoro e nelle relative modifiche, al fine di una sua esatta qualificazione, secondo quanto previsto dall'art. 81 del decreto⁷. D'altronde, per quanto riguarda gli enti bilaterali, è lo stesso art. 2, 1° co. lett. *h* del d. lgs. 276 e, ancor prima, la Relazione di accompagnamento, che li definiscono sedi negoziali "privilegiate" per coniugare esigenze di giustizia sociale ed esigenze di competitività delle imprese, la cui valorizzazione può contribuire a rendere le relazioni industriali più collaborative e perciò più utili nel promuovere un'occupazione regolare e di qualità⁸.

Tuttavia le scelte del legislatore non hanno mancato di sollevare, oltre ai consensi, soprattutto delle critiche, a partire dalla scelta di attribuire tali compiti agli enti bilaterali.

Pur non mancando chi ha giudicato complessivamente positivo l'intervento del legislatore in vista di un innalzamento delle tutele del

manodopera, senza la necessità, cioè, di richiedere e ottenere uno specifico provvedimento per l'iscrizione all'Albo unico nazionale delle agenzie per il lavoro, come conferma l'art. 12, 1° co., del citato d.m. del 2003. Esso chiarisce che tale autorizzazione, non comportando l'iscrizione all'Albo delle agenzie di lavoro, non si estende alle attività di ricerca e selezione e di ricollocamento professionale. In proposito va detto che, mentre il quarto comma dell'art. 6 richiede espressamente all'Ordine dei consulenti del lavoro l'iscrizione all'albo, qualche dubbio potrebbe sorgere con riferimento agli enti bilaterali, considerato che la formulazione del terzo comma dell'art. 6 (Sono altresì autorizzat(i) allo svolgimento delle attività di intermediazione [...] gli enti bilaterali") parrebbe anch'essa alludere ad un'autorizzazione *ope legis*. Tuttavia, il comma 3 dell'art. 6 del d. lgs. 276, deve leggersi alla luce del nuovo comma 8, sostituito dall'art. 2, comma 2 del d.lgs. n. 251/2004: "in attesa delle normative regionali [...] i soggetti di cui al comma 3, *che non intendono richiedere l'autorizzazione a livello nazionale* possono continuare a svolgere, in via provvisoria e previa comunicazione al Ministero del lavoro e delle politiche sociali dell'ambito regionale, le attività oggetto di autorizzazione con esclusivo riferimento ad una singola regione".

⁶ Per il resto potrebbe dirsi, non senza una punta di malizia, che abbiano preso corpo i "desiderata della lobby [...] dei consulenti del lavoro": cfr. L. NOGLER, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 884.

⁷ In tal senso, seppur con specifico riferimento alle università, v. E. GHERA, *L'università e la certificazione dei contratti di lavoro*, Intervento al convegno organizzato da Adapt e Fondazione "Marco Biagi", "Scuola, Università, lavoro dopo la Riforma Biagi", Modena, 27-30 giugno 2005, 2 s., che però in altra sede non aveva esitato a definire "bizzarra" l'abilitazione alla certificazione delle università e degli enti bilaterali: ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 279.

⁸ Cfr. in tal senso la Relazione di accompagnamento al d. lgs. 276/2003.

lavoratore nel mercato e nel rapporto⁹, l'opinione prevalente è che la certificazione e l'intermediazione siano funzioni pubbliche o para-pubbliche che, se vengono esercitate dal sindacato, ne snaturano l'identità e ne determinano l'attrazione nel sistema politico-amministrativo dello Stato; con la conseguenza che gli enti bilaterali risulterebbero per così dire "istituzionalizzati"¹⁰. Con specifico riferimento ai compiti di certificazione, parte della dottrina si è detta fiduciosa sulla idoneità di tali organismi nell'assolvere a compiti di certificazione¹¹, benché si ritenga per lo più che essi non siano in grado di risolvere un conflitto di natura giuridica, il quale presuppone il ricorso a strumenti tecnici rispetto ai quali gli enti bilaterali non possiederebbero le necessarie competenze¹².

Anche per quanto riguarda l'assegnazione di compiti di certificazione alle università ed alle fondazioni universitarie, non si sono risparmiate critiche. In tal senso, si sostiene, anche le università non possiederebbero un'adeguata

⁹ In dottrina v. R. DEL PUNTA, *Enti bilaterali e modelli di regolazione sindacale*, in *Lav. dir.*, 2003, 219 ss.; G. PROIA, *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, in *Dir. lav.*, 2003, II, 647 ss.; M. NAPOLI, *Gli enti bilaterali nella prospettiva di riforma del mercato del lavoro*, in *Jus*, 2003, 235 ss., e ID., *Riflessioni sul ruolo degli enti bilaterali nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in *Jus*, 2005, 309 ss. Fra le parti sociali v. R. BONANNI, *Il giudizio della Cisl sulla riforma Biagi e le proposte per la sua attuazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 827 ss., e C.F. CANAPA, *Il giudizio della Uil sulla riforma Biagi e le proposte per la sua attuazione*, *ibidem*, 847 ss.

¹⁰ L. MARIUCCI, *Interrogativi sugli enti bilaterali*, in *Lav. dir.*, 2003, 167; ID., *Commento all'art. 2, lett. h)*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, cit., 70; G. MARTINENGO, *Enti bilaterali: appunti per la discussione*, in *Lav. dir.*, 2003, 182; G. ZILIO GRANDI, *Enti bilaterali e problemi di rappresentanza sindacale nella legge delega n. 30/2003, e nel d. lgs. n. 276/2003*, in A. PERULLI (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 314 ss.; G. FONTANA, *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., 311 ss., parla di enti bilaterali di "seconda generazione". Molto critico è S. LEONARDI, *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, 491, secondo cui l'intento del legislatore è di annullare la dialettica sociale e minare l'autonomia e la capacità di rappresentanza del sindacato, offrendogli quote di potere in cambio di un arretramento sul piano delle tutele dei propri rappresentati. Una posizione più attenuata è quella di C. CESTER, *Il futuro degli enti bilaterali: collaborazione e antagonismo alla prova della riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2003, 212 ss., per il quale la riforma comporta una "moderata" istituzionalizzazione degli enti bilaterali. Non ritiene invece che siano state attribuite agli enti bilaterali delle funzioni pubbliche F. CARINCI, *Il casus belli degli Enti bilaterali*, in *Lav. dir.*, 2003, 208, cui *adde* G. PROIA, *op. cit.*, 654. Sulle critiche dei sindacati si veda C. TREVES, *Prime considerazioni e prime indicazioni operative della Cgil sul decreto legislativo n. 276/2003*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 794 ss.

¹¹ *Contra* invece, M. TIRABOSCHI, *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, cit., 243 ss. e F. PASQUINI, *op. cit.*, 668, su cui v. già *supra* Cap. II, § 4.

¹² L. NOGLER, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 896 s.; V. SPEZIALE, *Gli organi abilitati alla certificazione*, cit., 164, e in senso analogo, G. DONDI, *Sull'istituto della certificazione*, cit., 1076.

competenza tecnico-giuridica, per la mancanza di esperienza e sensibilità necessarie a valutare la situazione specifica ed i reali interessi coinvolti¹³. A ciò si è replicato che, al contrario, la scelta del legislatore favorisce “un processo di maggiore integrazione tra Università e territorio circostante” e al tempo stesso fornisce “assistenza di elevata professionalità al Ministero del lavoro e delle politiche sociali nella elaborazione degli strumenti che dovrebbero facilitare il lavoro delle altre sedi di certificazione abilitate dall’ordinamento”¹⁴.

Del resto, le critiche non hanno risparmiato neanche gli altri soggetti individuati dall’art. 76 del d. lgs. 276, a dimostrazione del fatto che sulle opzioni del legislative tendano in realtà a scaricarsi le perplessità che accompagnano la concreta gestione dell’istituto¹⁵.

Per quanto fosse immaginabile che, in sede di attuazione della legge 30/2003, la individuazione delle “strutture pubbliche aventi competenze in materia” ricadesse sulle Direzioni provinciali del lavoro, questa scelta è stata criticata in considerazione del fatto che questi organismi “sono ormai sovraccarichi di lavoro”¹⁶. Pure criticata è la scelta delle province, anch’esse ritenute prive delle competenza tecniche per la qualificazione dei contratti di lavoro¹⁷; scelta che, oltretutto, determina uno sdoppiamento delle strutture pubbliche abilitate a costituire commissioni di certificazione¹⁸.

A taluni è apparso, quindi, più che auspicabile dare attuazione all’ultimo comma dell’art. 76 del decreto, che prefigura la possibilità, per le commissioni costituite dai vari soggetti, di concludere “convenzioni con le quali prevedano la costituzione di una commissione unitaria di certificazione”, con ciò potendosi evitare la sovrapposizione di più organi nel medesimo ambito territoriale. Ciò, inoltre, potrebbe contribuire a superare in parte i dubbi sull’idoneità tecnica dei singoli soggetti abilitati, potendosi coniugare, ad esempio, le cognizioni specialistiche del docente con l’esperienza delle Dpl e/o con la conoscenza delle realtà territoriali delle parti sociali¹⁹.

¹³ V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 165 s. e nel medesimo senso M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 429; critiche definite “ingenerose” da L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 897, nota 99.

¹⁴ M. TIRABOSCHI, *op. ult. cit.*, 242.

¹⁵ P. TULLINI, *Sub Art. 76. Organi di certificazione*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, cit., 831.

¹⁶ In tal senso L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 898, nota 104; V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 164.

¹⁷ V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 165.

¹⁸ L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 899.

¹⁹ L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 901 s.; V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 166.

Sia le critiche che le opinioni positive sulla scelta dei soggetti abilitati ai compiti di certificazione vanno comunque ridimensionate alla luce dei primi riscontri empirici, i quali consegnano un bilancio deludente che, almeno per il momento, conferma le previsioni sulla modestia o scarsa utilità dell'istituto formulate sin dall'emanazione della l. 30/2003²⁰.

Infatti, nessun ente bilaterale esercita compiti di certificazione, anche se una qualche apertura viene dai contratti collettivi del settore edile, in cui si è prevista l'istituzione di "una Commissione paritetica tecnica finalizzata allo studio e approfondimento di requisiti, regole, modalità operative degli enti bilaterali di settore ai fini dell'affidamento dei compiti di certificazione dell'appalto genuino"²¹. Le cose vanno appena meglio per le università e le fondazioni universitarie, solo tre delle quali hanno chiesto ed ottenuto l'abilitazione alla certificazione e cioè l'Università di Modena e Reggio Emilia, l'Università di Genova e l'Università di Venezia²², mentre un discorso a parte meritano i consulenti del lavoro per i quali, data la recente abilitazione, è in corso di definizione la disciplina di dettaglio sul funzionamento delle costituenti commissioni presso gli Ordini provinciali²³.

Allo stato attuale i primi riscontri empirici minimamente apprezzabili vengono dalle soli commissioni di certificazione costituite presso le Direzioni provinciali del lavoro.

Alla fine del 2005 risultavano costituite circa 90 commissioni di certificazione presso altrettante Dpl distribuite sull'intero territorio nazionale. Da una rilevazione compiuta dalla Direzione generale per la tutela delle condizioni di lavoro del Ministero del lavoro²⁴, al 31 maggio 2005 risultavano

²⁰ In tal senso v., per tutti, V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit.

²¹ Cfr. gli allegati da 26 a 29 del Ccnl 20 maggio 2004 per i lavoratori dipendenti delle imprese industriali edili ed affini e gli allegati 33 e 34 del Ccnl 24 maggio 2004 per i lavoratori delle cooperative di produzione e lavoro dell'edilizia ed attività affini.

²² Autorizzate dal Ministero del Lavoro, rispettivamente, il 22 febbraio, il 1 giugno ed il 16 novembre 2005.

²³ Solo il 24 marzo 2006, infatti, il Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro e la Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro hanno siglato un protocollo di intesa, che individua i requisiti essenziali per la costituzione ed il funzionamento della commissione operante presso gli Ordini provinciali, in cui si prevede, tra l'altro, che le costituenti commissioni potranno certificare anche contratti di appalto, che l'attività venga svolta senza fine di lucro e che il Consiglio nazionale rediga i codici di buone pratiche ed i formulari necessari. Per il momento la Commissione dei principi interpretativi delle leggi in materia di lavoro della Fondazione studi del Consiglio nazionale ha stilato le linee guida cui dovranno attenersi le singole commissioni ed il modello di regolamento che dovranno adottare le costituenti commissioni di certificazione: le si vedano sul supplemento di *Guida lav.*, 2006, n. 3.

²⁴ V. P. PENNESI, *La certificazione dei contratti di lavoro presso le Dpl e le Province*, in G. PELLACANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 58 ss.

presentate presso tali commissioni circa 370 istanze di certificazione, il 75% delle quali aventi ad oggetto contratti a progetto mentre un altro 5% riguardava contratti di collaborazione coordinata e continuativa escluse dall'ambito di applicazione degli art. 61 ss. del d. lgs. 276/2003. Da tale rilevazione risulta, inoltre, che l'80% circa delle istanze presentate riguardava il settore del terziario e del commercio, mentre quello con riferimento al quale erano state presentate meno istanze di certificazione risultava essere il settore industriale (circa il 10%).

2. L'esperienza delle commissioni di certificazione costituite presso le Direzioni provinciali del lavoro dell'Emilia Romagna

2.1. Premesse minime sull'ambito della ricerca ed indicazione dei dati statistici

In considerazione di ciò é sulle risultanze empiriche delle commissioni di certificazione istituite presso le Direzioni provinciali del lavoro che si vuole concentrare l'attenzione nel corso del presente capitolo, segnatamente dell'attività di certificazione svolta dalle commissioni istituite presso le Dpl dell'Emilia Romagna.

Invero, nel territorio della regione si riscontra anche la significativa esperienza della commissione di certificazione costituita presso il Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi" dell'Università di Modena e Reggio Emilia la cui attività, fra l'altro, rappresenta una sorta di certificazione *ante litteram*, essendo stata avviata in via sperimentale dal 2001, sia pure limitatamente al lavoro autonomo ed al lavoro coordinato e continuativo e con specifico riferimento ai servizi domiciliari di assistenza della persona²⁵. Tuttavia non è stato possibile accedere alla documentazione relativa all'attività espletata, indispensabile ai fini della ricerca ed in mancanza della quale non è realisticamente possibile illustrare e comprendere il *modus operandi* dei certificatori, disponendosi solo dei "numeri" della certificazione relativa all'ateneo modenese.

²⁵ Sull'esperienza dell'ateneo modenese cfr., ad esempio, M. TIRABOSCHI, *L'esperienza del Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi"*, in G. PELLACANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 75 ss.

Dai dati rilasciati dalla Segreteria della Commissione risulta che, al 30 novembre 2006, sono state ricevute 135 istanze di cui: 125 relative alla certificazione di contratti di lavoro a progetto, delle quali 120 sono state accolte mentre per il resto le parti hanno rinunciato agli atti del procedimento di certificazione; 8, tutte accolte, relative alla certificazione della distinzione tra appalto ed interposizione illecita ai sensi dell'art. 84 del d. lgs. 276/2003; una, relativa alla certificazione di un distacco, rigettata in quanto mero atto di organizzazione dell'impresa distaccante; una, relativa alla certificazione del regolamento interno di una società cooperativa, rigettata per incompetenza, come noto essendo nello specifico competente proprio la sola commissione incardinata presso le Direzioni provinciali del lavoro ai sensi dell'art. 83 del d. lgs. 276/2003.

Esaurite tali premesse sull'ambito della ricerca è possibile entrare in *medias res*, dando conto dei dati statistici dell'attività svolta presso le nove Direzioni provinciali dell'Emilia Romagna, le quali hanno tutte provveduto ad istituire le relative commissioni²⁶.

La ricerca è stata compiuta acquisendo, ove possibile, copia degli atti di certificazione, dei verbali della audizione delle parti redatti nel corso del procedimento, nonché dei contratti certificati fino alla data del 15 dicembre 2006. A tale data sono state inoltrate nel territorio della regione circa 117 istanze e risultano certificati 75 contratti di lavoro, di cui 48 contratti di lavoro a progetto, 8 contratti di apprendistato, 7 contratti di lavoro intermittente, 6 contratti di appalto di servizi, 6 contratti di associazione in partecipazione. Sono stati invece 21 gli atti di rigetto delle istanze di certificazione, ed in altrettanti casi le parti hanno chiesto la rinuncia agli atti del procedimento di certificazione oppure le istanze sono state dichiarate improcedibili per l'assenza di una delle parti al momento dell'audizione, *ex art. 5 d.m. 21 luglio 2004* sulla disciplina relativa alla composizione ed al funzionamento delle commissioni di certificazione costituite presso le Dpl e le province (v. *infra* § 2.2).

Nel commentare questi dati non sorprende l'assoluta prevalenza di contratti di lavoro a progetto, che costituiscono il 64% del totale dei contratti certificati, ed in ciò l'Emilia Romagna si conforma sostanzialmente alla tendenza espressa dal dato nazionale. È curioso constatare invece che

²⁶ In proposito la prima commissione è stata istituita presso la Dpl di Bologna, il 10 settembre 2004. Sono seguite nell'ordine: Ferrara, il 6 ottobre 2004; Modena, il 5 novembre 2004; Forlì, il 19 novembre 2004; Parma, il 22 novembre 2004; Rimini, il 1 dicembre 2004; Ravenna, il 6 dicembre 2004; Reggio Emilia, il 10 dicembre 2004 ed, infine, Piacenza, il 3 febbraio 2005.

l'esigenza di chiarezza sulla qualificazione del contratto sia avvertita di più per il contratto di lavoro intermittente che non per il contratto di associazione in partecipazione, considerato che è questo uno dei casi in cui la prestazione di lavoro può collocarsi *in limine* tra autonomia e subordinazione mentre il contratto di lavoro intermittente non pone particolare problemi di qualificazione considerato che si colloca, per così dire, sui confini "interni" della subordinazione²⁷.

Se si passa, poi, a valutare i dati disaggregati per singola commissione emerge, ad esempio, che la Dpl di Bologna ha certificato il maggior numero di contratti nella regione (23), oltre a potere vantare di aver certificato il maggior numero di contratti di lavoro a progetto (13), di contratti di associazione in partecipazione (4) e di contratti di appalto (4); mentre il maggior numero di contratti di apprendistato (4) si registra nella Dpl di Modena, e Parma è quella che ha certificato più contratti di lavoro intermittente (5).

Ma il dato forse più significativo, almeno per il rapporto tra contratti certificati, atti di rigetto e/o rinuncia delle parti agli atti del procedimento, è quello relativo alla Dpl di Reggio Emilia presso la quale, oltre ad essere stato certificato il minor numero di contratti (3 contratti e tutti di lavoro a progetto), ma sono stati emanati 9 atti di rigetto delle istanze presentate ed in ben 11 casi queste sono state dichiarate improcedibili per assenza delle parti al momento dell'audizione. Ciò, a maggior ragione, se si considera che la quasi totalità delle decisioni di rigetto e delle dichiarazioni di improcedibilità concernevano istanze per la certificazione di contratti di lavoro a progetto i quali, secondo la valutazione della commissione, celavano dei veri e propri contratti di lavoro subordinato.

2.2. Costituzione e funzionamento delle commissioni

Prima di prendere in considerazione più da vicino l'esperienza delle commissioni costituite presso le Dpl, è opportuno soffermarsi sulla disciplina che ne regola la composizione ed il funzionamento.

Per quanto riguarda la composizione, essa trova essenzialmente la sua regolazione nel già citato d.m. 21 luglio 2004 e nei singoli regolamenti interni che individuano i soggetti componenti della commissione secondo quanto

²⁷ V. *supra* Cap I, § 5 e nota 70.

specificato dal suddetto decreto. Secondo l'art. 1 di tale decreto, per la validità di ogni seduta la commissione deve essere composta da tutti i membri con diritto di voto, e cioè dal dirigente preposto, che presiede la commissione, da due funzionari addetti al servizio politiche del lavoro della direzione, nonché da un rappresentante dell'Inps e da un rappresentante dell'Inail. Alle riunioni della commissioni possono inoltre partecipare, con funzioni meramente consultive, un rappresentante dell'Agenzia delle entrate ed un rappresentante del Consiglio provinciale degli Ordini professionali di appartenenza dei soggetti di cui all'art. 1 l. 11 gennaio 1979, n. 12.

Va detto che nessuna delle commissioni operanti presso le Dpl dell'Emilia Romagna ha dato attuazione all'art. 83, 2° co. del d. lgs. 276/2003 il quale richiede, per la certificazione del regolamento interno delle società cooperative, che la commissione sia presieduta da un presidente indicato dalla provincia e siano composte pariteticamente da esponenti delle associazioni del movimento cooperativo e organizzazioni sindacali dei lavoratori, comparativamente più rappresentative. In un caso è stata data attuazione invece all'ultimo comma dell'art. 76 del d. lgs. 276, in quanto il 28 settembre 2006 è stata siglato a Rimini un protocollo di intesa tra la Dpl e l'Ordine provinciale dei consulenti del lavoro per la costituzione di una commissione che riunisce le commissioni precedentemente costituite dai due soggetti²⁸.

Il funzionamento delle commissioni costituite presso le Dpl trova la sua regolazione, in generale, agli artt. 77 e 78 del d. lgs. 276/2003.

Il primo individua la commissione competente a cui dovranno rivolgersi le parti che intendano certificare il contratto, cioè quella “nella cui circoscrizione si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale sarà addetto il lavoratore”, utilizzando al riguardo uno dei criteri previsti dall'art. 413 c.p.c. per individuare la competenza territoriale del giudice del lavoro²⁹. Come è stato opportunamente precisato per azienda o sua dipendenza “alla quale sarà

²⁸ Secondo il protocollo ed il regolamento interno che ne recepisce le indicazioni, i membri di diritto della commissione unitaria sono: per la Dpl, il direttore che presiede peraltro la commissione, il responsabile dei servizi ispettivi con funzione di vicepresidente, il responsabile del servizio politiche del lavoro; per l'Ordine provinciale dei consulenti del lavoro, il presidente ed altri due membri del consiglio. Inoltre, vi sono, quali membri di diritto, un rappresentante dell'Inps ed uno dell'Inail e, quali membri consultivi, un rappresentante per l'Agenzia delle entrate, uno per l'Ordine provinciale degli avvocati, uno per l'Ordine provinciale dei dottori commercialisti, ed uno per il Collegio provinciale dei ragionieri.

²⁹ Come rileva V. SPEZIALE, *La competenza territoriale degli organi certificatori*, in V. SPEZIALE, F. LUNARDON, P. BELLOCCHI (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 168.

addetto il lavoratore”, deve intendersi quella alla quale il datore di lavoro o il committente dichiara di voler adibire il lavoratore³⁰.

L'art. 78 regola invece gli aspetti procedurali specificando, come più volte si è ricordato, che la procedura di certificazione è volontaria e che essa “consegue obbligatoriamente a una istanza scritta comune delle parti del contratto di lavoro”. Ciò significa, da un lato, che è lo svolgimento del procedimento ad essere obbligatorio, se richiesto da entrambe le parti, e non il suo esito, il quale potrebbe essere negativo qualora si ritenga che non sussistano i presupposti per certificare quanto richiesto³¹; dall'altro lato, che è comunque necessario il consenso esplicito del lavoratore, per quanto la sua genuinità potrebbe essere condizionata dalla necessità di ottenere un'occupazione oppure di conservarla³².

Per il resto l'art. 78 detta solo alcuni principi inderogabili, nel cui rispetto devono svolgersi le procedure di certificazione determinate in sede di costituzione delle commissioni di certificazione (art. 78, 2° co.), lasciando quindi aperta la possibilità di una eventuale applicazione della l. 7 agosto 1990, n. 241 sulla disciplina del procedimento amministrativo (su cui v. *infra*).

A parte la previsione che impone alla Dpl di comunicare l'inizio di ogni procedimento di certificazione di cui abbia notizia alle autorità pubbliche interessate perché presentino le proprie osservazioni alla commissione certificante (2° co. lett. a), la quale si riferisce a ben vedere al solo caso in cui l'inizio del procedimento avvenga presso gli altri organi abilitati³³, il 2° co. lett. b stabilisce che tale procedimento debba concludersi entro trenta giorni dal ricevimento dell'istanza. In proposito deve rilevarsi da un lato, che tale termine è da intendersi come perentorio in mancanza di sanzioni per il ritardo³⁴, ciò trovando del resto conferma nell'art 2 della l. 241/1990 secondo cui il termine per concludere il procedimento amministrativo è di regola ordinario³⁵; dall'altro lato, che tale termine decorre nuovamente dal

³⁰ L. NOGLER, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 900.

³¹ V. SPEZIALE, *La procedura di certificazione ed i codici di buone pratiche*, in V. SPEZIALE, F. LUNARDON, P. BELLOCCHI (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 175.

³² Sul punto v., fra gli altri, le preoccupazioni espresse già in sede di commento al d.d.l. 848 da P.G. ALLEVA, A. ANDREONI, V. ANGIOLINI, F. COCCIA, G. NACCARI, *Un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti*, cit., 82.

³³ Nel caso in cui la procedura sia attivata presso la Dpl questa non è di fatto onerata da comunicazioni se si considera che, fra i soggetti che compongono la commissione di certificazione, figurano un rappresentante dell'Agenzia delle entrate, uno dell'Inps ed uno dell'Inail.

³⁴ G. DONDI, *op. ult. cit.*, 1078.

³⁵ V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 177.

ricevimento della documentazione che venga richiesta in via integrativa dalla commissione certificante, secondo quanto specificato dall'art. 3 del d.m. 21 luglio 2004.

L'atto di certificazione deve, inoltre, essere motivato (2° co. lett. c): dovrebbe, cioè, in teoria contenere l'indicazione degli indici o criteri sulla base dei quali la commissione ha accolto o respinto la richiesta di certificazione di quel dato contratto³⁶. Ciò, come è naturale, in vista del possibile controllo in sede giurisdizionale o anche per promuovere un ricorso amministrativo³⁷, ed infatti si specifica che l'atto indichi anche l'autorità e il termine entro cui è possibile ricorrere.

Ancora, l'atto di certificazione deve contenere "esplicita menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali", in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione (2° co. lett. d): una disposizione discutibile, anzitutto, perché le parti non stipulano un contratto in relazione ad uno specifico effetto bensì in relazione al complesso degli effetti che derivano dal tipo contrattuale cui esso è riconducibile³⁸. Del resto, se essa venisse interpretata alla lettera sarebbe impossibile indicare tutti gli effetti del contratto certificato, considerato il numero imprecisato di disposizioni che possono trovare applicazione nel caso di specie; ed infatti si è sostenuto sin dai primi commenti, che tale previsione si sarebbe ridotta nell'indicazione di formule sommarie e tralaticie, anche considerato che la certificazione deve svolgersi sui moduli e formulari predisposti in sede ministeriale³⁹. Ciò, in sostanza, è quello che si è verificato se si da un'occhiata agli atti di certificazione emanati presso le Dpl. Salvo qualche caso appena diverso⁴⁰, l'atto contiene infatti un generico riferimento agli effetti indicati dalle parti nell'istanza di

³⁶ G. DONDI, *op. loc. ult. cit.* In senso critico v. M.G. GAROFALO, *op. ult. cit.*, 431 s., secondo cui "una motivazione ha senso quando si deve dar conto delle ragioni per cui un problema viene risolto in un modo o nell'altro; l'obiettivo dell'attività del certificatore è, invece, quello di indirizzare l'autonomia delle parti alla conclusione di un contratto che sia effettivamente conforme al modello legale (o contrattuale)".

³⁷ V. *infra* Cap. IV, §§ 2 e 3.

³⁸ Così M.G. GAROFALO, *op. ult. cit.*, 432.

³⁹ M.G. GAROFALO, *op. ult. cit.*. Al più, si è ipotizzato, sarebbero state fornite al lavoratore schede riassuntive delle principali conseguenze giuridiche, sia privatistiche che pubblicistiche, dei contratti certificati: L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, 231.

⁴⁰ Ad esempio la commissione presso la Dpl di Bologna provvede ad accludere ad ogni atto di certificazione un allegato in cui si riepilogano alcuni ma non tutti gli effetti riconducibili al contratto certificato.

certificazione, in cui esse devono indicare se richiedono la certificazione agli effetti civili e/o amministrativi e/o previdenziali e/o fiscali (!)⁴¹.

L'ultima regola strettamente procedurale dettata dall'art. 78 è contenuta nel 3° comma il quale, oltre alla possibilità per i Centri per l'impiego e per le altre autorità interessate di chiedere copia del contratto certificato, prevede che "i contratti di lavoro certificati, e la relativa pratica di documentazione" siano conservati "per un periodo di almeno cinque anni a far data dalla loro scadenza": qui la scadenza è da intendersi riferita non all'atto di certificazione, perché le certificazioni non hanno un termine finale di validità se non espressamente previsto dalla legge (ed il d. lgs. 276 nulla dice al riguardo)⁴², ma ai soli contratti e necessariamente ai contratti a tempo determinato⁴³.

Come accennato l'art. 78 lascia aperta la possibilità della applicazione della disciplina generale sul procedimento amministrativo di cui alla l. 241/1990, anche se non vi è concordia in dottrina sulle disposizioni che possano in concreto trovare applicazione.

Secondo una parte della dottrina, infatti, si avrebbe un'applicazione tendenzialmente integrale della l. 241/1990, considerato che la procedura di certificazione costituirebbe un vero e proprio procedimento amministrativo⁴⁴ e che l'atto di certificazione sia da ritenersi un provvedimento amministrativo⁴⁵, come afferma anche l'art. 6 del d.m. 21 luglio 2004. Per altra dottrina, che esclude invece la natura provvedimentoale dell'atto di certificazione⁴⁶, non sarebbe quindi applicabile quella disciplina della l. 241/1990 che presuppone la natura provvedimentoale dell'atto come pure quelle disposizioni che siano riprodotte dai primi tre commi dell'art. 78 del d. lgs. 276⁴⁷. Anche in questo

⁴¹ Non c'è da stupirsi in quanto le commissioni di certificazione non hanno fatto altro che recepire in sostanza il modello per la presentazione dell'istanza proposto dal Ministero del Lavoro nella circolare 15 dicembre 2004, n. 48, in attesa della predisposizione dei moduli di cui all'art. 78, 5° co.

⁴² Sul punto V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 178 s. ed ivi rife alla dottrina amministrativistica.

⁴³ V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 179.

⁴⁴ In tal senso G.C. SALERNO, *Certificazione dei contratti di lavoro e profili di diritto amministrativo*, in G. PELLACANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 36 che, invero, pare incorrere in una petizione di principio quando afferma che se si ammette l'applicazione dell'art. 25 l. 241/1990 sull'accesso agli atti amministrativi, questo vuol dire che ci si trova di fronte ad un procedimento amministrativo; di qui l'applicazione integrale della disciplina.

⁴⁵ E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 283.

⁴⁶ A. TURSI, *La certificazione dei contratti lavoro*, cit., 642, secondo cui l'atto di certificazione "non costituisce una manifestazione di volontà dell'amministrazione ('provvedimento'), e dunque non riveste carattere discrezionale, ma è semmai caratterizzata da 'discrezionalità tecnica', in considerazione della sua natura valutativa".

⁴⁷ Per cui, in tale ordine di idee, l'obbligo di motivazione non discenderebbe dall'art. 3 l. 241/1990 ma dal 2° co. lett c dell'art. 78 del d. lgs. 276/2003 così come discenderebbe dal solo 2° co. lett a

caso, come per la corretta qualificazione dell'atto di certificazione quale atto di certificazione ovvero quale atto valutativo (v. *supra* Cap. II, § 6), la questione é da rimettere in via definitiva agli amministrativisti.

Nel disciplinare il procedimento di certificazione presso le Dpl concorre anche la normativa di dettaglio, rappresentata dal d.m. 21 luglio 2004 (d'ora in avanti d.m.), nonché la circolare 15 dicembre 2004, n. 48, la quale detta alcuni chiarimenti operativi sulle disposizioni in esso contenute. Tale disciplina si conforma, come non potrebbe altrimenti, ai principi stabiliti dall'art. 78 del d. lgs. 276/2003, dettando una disciplina peculiare per quella parte del procedimento non coperta da riserva di legge.

Il d.m. detta una disciplina puntuale per la forma dell'istanza di certificazione, da redigersi su apposito modulo a cui va allegato l'originale del contratto da certificare, nella quale le parti devono indicare, oltre ai dati anagrafici, gli effetti rispetto ai quali chiedono la certificazione (art. 3, 1°, 2° e 3° d.m.). Nell'istanza le parti devono inoltre dichiarare, a pena di improcedibilità, di non aver presentato una contestuale istanza di certificazione presso altra commissione o che non siano stati emessi provvedimenti di diniego sulla medesima istanza; in quest'ultimo caso, ne deve essere allegata una copia (art. 12, 4° co., d.m.).

All'istanza segue l'attività istruttoria della commissione, che avviene sulla base dei documenti e degli atti presentati e/o della ulteriore documentazione che venga richiesta ad integrazione (art. 3, 4° e 5° co., d.m.). In seguito viene effettuata l' audizione delle parti che ha ad oggetto l'assunzione di informazioni sui fatti e sugli elementi dedotti o da dedurre nel contratto di lavoro di cui si chiede la certificazione: esse presenziano personalmente o a mezzo di propri delegati autorizzati, ed eventualmente possono farsi assistere dalle rispettive organizzazioni sindacali o da professionisti del settore abilitati. In caso di mancato espletamento della audizione nelle forme indicate ed alla data e all'ora prefissate, l'istanza viene dichiarata improcedibile. Dell'audizione delle parti deve essere redatto apposito verbale, che forma parte integrante dell'atto di certificazione (art. 5 d.m.).

di tale norma – e non dall'art. 7 l. 241/1990 – l'obbligo di comunicare l'inizio del procedimento alla Dpl che provvede ad inoltrare la comunicazione alle autorità interessate. Come pure, in tal senso, non troverebbero applicazione gli artt. 9 e 10 di tale legge sul diritto di intervento e di accesso agli atti del procedimento da parte dei terzi, venendo in rilievo la previsione dell'art. 78, 2° co. lett a sulle osservazioni che possono essere presentate dalle autorità interessate: A. TURSI, *op. ult. cit.*, 642 s.

Fermo restando che la valida costituzione della commissione deve essere garantita in ogni fase dell'attività della stessa, il d.m. 21 luglio 2004 dispone che il presidente della commissione, qualora risulti necessario e valutati i carichi di lavoro, possa costituire eventuali sottocommissioni per rendere più tempestiva ed efficace l'azione, purché tale eventualità sia prevista nel regolamento interno (art. 2, 4° co.); eventualità invero prevista da tutti i regolamenti stilati dalle commissioni operanti presso le Dpl dell'Emilia Romagna.

Quanto alla deliberazione finale, quand'anche nelle fasi precedenti si sia proceduto – ove consentito – in sede di sottocommissione, essa deve essere adottata con il concorso di tutti i membri con diritto di voto, con un *quorum* dato dalla maggioranza di essi, secondo quanto precisato dalla circolare 48/2004; talché, se tale soglia non viene raggiunta, il provvedimento finale va inteso come provvedimento di diniego⁴⁸. In caso di diniego, peraltro, una successiva istanza può essere proposta davanti allo stesso organo, solo se fondata su presupposti e motivi diversi (art. 12, 3° co., d.m.).

In ogni caso, si prevede che, perché abbia validità, l'atto finale debba essere sottoscritto da tutti i componenti con diritto di voto (art. 6, 4° co., d.m.).

Per il resto la regolazione del procedimento di certificazione presso le commissioni costituite in seno alle Dpl dell'Emilia Romagna è lasciata ai regolamenti da esse adottati i quali, per la verità, riproducono grosso modo le disposizioni del d.m. ed in più parti richiamano gli artt. 75 e ss. del d. lgs. 276/2003. Un elemento che va comunque ad arricchire la disciplina del procedimento può essere ravvisato nella disposizione, contemplata da tutti i suddetti regolamenti, secondo la quale la commissione nomina un relatore per una o più istanze, ed illustra alla stessa la documentazione presentata a supporto di ogni istanza, con particolare riguardo alla sussistenza o meno dei caratteri essenziali del tipo contrattuale di riferimento.

⁴⁸ In tal senso M. PARISI, *Le direzioni provinciali del lavoro*, in M. TIRABOSCHI, C. ENRICO, *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, 103.

2.3. La certificazione di soli contratti non ancora eseguiti nell'operato delle commissioni: una implicita esclusione della possibilità di certificare contratti in corso di esecuzione?

Una delle questioni che ha diviso la dottrina attiene al momento in cui è possibile certificare il contratto di lavoro, cioè se la certificazione possa solo precedere l'avvio dell'esecuzione del contratto oppure se possa ricorrersi al relativo procedimento anche in un momento successivo (su cui v. *infra*). Ed è questo un aspetto che può trovare alcune indicazioni dall'analisi dell'attività delle commissioni di certificazione oggetto della ricerca.

Sulla base della documentazione a nostra disposizione risulta che, nella maggior parte dei casi, erano trascorsi appena 3 mesi tra la data di stipulazione e/o di decorso dell'esecuzione del contratto e quella in cui è stato formato l'atto di certificazione, pari al 35% del totale. Solo in un numero esiguo dei casi il contratto ha avuto esecuzione per un periodo di poco superiore prima di essere certificato, vale a dire per circa 4 mesi nel 10% dei casi, o circa 5 mesi nel 7% dei casi, così come per il medesimo numero di casi risulta che il contratto, prima di essere certificato, era stato stipulato da meno di un mese. Per il resto, tra la stipulazione del contratto e la sua certificazione erano trascorsi appena 2 mesi nel 24% dei casi, mentre circa il 17% dei contratti sono stati certificati quando dalla data di stipulazione era passato circa 1 mese.

A ciò va aggiunto che nel 38% dei casi risultano essere trascorsi solo 2 mesi tra la data di stipulazione e/o di decorso dell'esecuzione del contratto e quella in cui viene espletata la audizione delle parti, cioè nel lasso di tempo in cui la commissione valuta la documentazione prodotta e acquisisce dalle parti o da chi le rappresenta le informazioni necessarie in proposito, per poi formare l'atto di certificazione; e in una percentuale di casi di poco inferiore – il 32% – risulta che era trascorso circa 1 mese. Nel 10% dei casi il contratto era stato stipulato circa 3 mesi prima della fase istruttoria e dell'audizione delle parti, mentre nel 7% dei casi il contratto è stato valutato dalla commissione trascorsi 4 o 5 mesi dalla stipulazione o, al contrario, quando era addirittura trascorso meno di un mese.

In definitiva, da questi dati si ricava che presso le Dpl dell'Emilia Romagna sono stati certificati contratti stipulati e/o in corso di esecuzione da meno di 5 mesi nel 93% dei casi, e che nell'86% dei casi tra la data di stipulazione del contratto e la fase istruttoria e quella di audizione delle parti erano trascorsi meno di 4 mesi.

Ciò pare implicitamente confermare l'opinione di quella dottrina secondo la quale la certificazione non riguarda lo svolgimento del rapporto di lavoro, a cominciare da chi ritiene che proprio nella l. 30 e nel d. lgs. 276 si ravvisano taluni elementi da cui dedurre che la certificazione debba essere effettuata nel momento iniziale di costituzione di un rapporto di lavoro, o quando si debba procedere all'affidamento di appalti o subito dopo il deposito del regolamento interno delle società cooperative⁴⁹.

Secondo tale dottrina, le indicazioni verrebbero non già dall'art. 81 del d. lgs. 276/2003 che assegna agli organi di certificazione i compiti di assistenza e consulenza alle parti anche nello svolgimento del rapporto, considerato che tali funzioni sono distinte dalla attività qualificatoria e, a differenza di questa, non hanno "piena forza legale" secondo quanto previsto dall'art. 5, 1° co. lett. e l. 30/2003⁵⁰ (v. cap. II, § 4). Una prima indicazione si ricaverebbe, invece, dall'art. 77 del d. lgs. 276 quando prevede che se le parti intendano certificare il contratto presso la Dpl, devono rivolgersi alla commissione "nella cui circoscrizione si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale sarà addetto il lavoratore"; laddove, dall'utilizzo del tempo futuro può desumersi che, nelle intenzioni del legislatore, la certificazione sia richiesta quando il rapporto di lavoro non sia ancora di fatto iniziato.

Inoltre, la difformità tra le dichiarazioni contenute nel contratto e la sua realtà fattuale deve sussistere "tra il programma negoziale effettivamente realizzato dalle parti e il programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione" secondo l'art. 5, 1° co. lett. e della l. 30; o, per usare le equivalenti espressioni contenute nell'art. 80, 1° co., del d. lgs. 276, tra "il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione": di qui l'idea che "l'accertamento venga realizzato nella fase iniziale del contratto e che la dinamica del rapporto, contrastante con la qualificazione data e da prendere in considerazione, sia quella successiva alla certificazione stessa"⁵¹.

⁴⁹ In tal senso V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 291; ID., *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, in V. SPEZIALE, F. LUNARDON, P. BELLOCCHI (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 202 s.

⁵⁰ V. SPEZIALE, *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, cit., 203. M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 428, ritiene, invece, che il riferimento al carattere effettivo che deve caratterizzare l'attività di assistenza e consulenza di cui parla la norma consenta di escludere la certificazione in corso di svolgimento del rapporto, poiché "se fosse, invece, consentito chiedere la certificazione di un contratto già stipulato questa attività non avrebbe senso, né tanto meno potrebbe essere effettiva".

⁵¹ V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, loc. cit.; ID., *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, cit., 203.

In favore di tale soluzione militerebbe anche un argomento di carattere sistematico, e cioè che se la certificazione potesse intervenire nel corso del rapporto, gli organi abilitati alla certificazione dovrebbero poter disporre di poteri istruttori per stabilire quale sia stata la condotta effettiva delle parti (come ad esempio interrogare le parti, escutere testimonianze, acquisire documentazione ecc.), mentre nessuna disposizione della l. 30 o del d. lgs 276 attribuisce loro simili poteri⁵².

A parte la previsione dell'art. 84 del d. lgs. 276/2003 relativo all'appalto che contempla espressamente un'ipotesi di certificazione che interviene successivamente all'inizio dell'attuazione del rapporto⁵³, altra parte della dottrina ha sostenuto che la certificazione possa adattarsi anche alla soluzione dei conflitti qualificatori incentrati sulle modalità di svolgimento del rapporto⁵⁴.

In tal senso, nessuna preclusione verrebbe dalla legge delega, il cui art. 5 afferma che le parti richiedono la qualificazione del contratto di lavoro, con la precisazione "che non si tratta del documento contrattuale sottoscritto dalle parti, ma del contratto effettivamente instaurato dalle stesse"; né si potrebbe argomentare che alle parti sarebbe poi preclusa la possibilità di richiedere la riqualificazione giudiziale del rapporto già realizzato per il fatto che la disciplina sulla certificazione richiama il ricorso in giudizio per la sola difformità tra il contratto certificato ed il comportamento successivo alla certificazione, potendo ben rientrare il caso considerato nell'altra ipotesi del ricorso per erronea qualificazione del programma negoziale (artt. 5, 1° co. lett. e e 80, 1° co., d. lgs. 276/2003)⁵⁵.

⁵² M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, loc. cit. (ma v., per una diversa e non condivisibile argomentazione, ID., *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, cit., 378, secondo cui "se nel procedimento di certificazione si potesse esaminare lo svolgimento del rapporto, non di certificazione si tratterebbe ma di arbitrato e l'istituto non avrebbe la funzione preventiva delle controversie che la legge gli attribuisce, ma sarebbe uno strumento per la soluzione delle stesse alternative al processo; il che contrasta con quanto altrove da noi sostenuto, e cioè che a fare della certificazione uno strumento di risoluzione alternativa al processo non è tanto la sua funzione di prevenire le controversie qualificatorie, quanto di essere estranea all'esercizio della potestà giurisdizionale dello Stato: v. *supra* Cap. I, § 2). Per un'argomentazione analoga a quella riportata nel testo v. E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2004, I, 554.

⁵³ Per quanto detto, infatti, l'oggetto della procedura di certificazione disciplinata dall'art. 84 non è dato dalla distinzione a fini qualificatori tra appalto e somministrazione bensì dalla distinzione tra appalti leciti e illeciti: v. *supra* Cap. I, § 7.

⁵⁴ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, cit., 118; ID., *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 886 s.

⁵⁵ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, loc. cit.; ID., *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 886 e nota 61 secondo il quale è fuori discussione la

A ciò si è replicato che una simile soluzione andrebbe esclusa, in primo luogo, perché nel caso considerato il certificatore non effettuerebbe un'erronea valutazione della volontà delle parti ma prenderebbe atto della concreta dinamica del rapporto contrattuale; in secondo luogo, il ricorso per erronea qualificazione non sarebbe prospettabile dal momento che, nell'ipotesi di certificazione per così dire "successiva", questa non avrebbe avuto ad oggetto il programma negoziale ma la concreta dinamica del rapporto già svolto⁵⁶.

A nostro avviso tuttavia non sussistono argomenti insuperabili, né di ordine letterale né di ordine sistematico, in forza dei quali escludere il ricorso alla certificazione per qualificare un rapporto già in corso di svolgimento.

Sotto il primo profilo, non è infatti possibile ravvisare, in nessuna norma della legge delega o del relativo decreto di attuazione, delle indicazioni chiare ed univoche da cui ricavare che la certificazione debba limitarsi a registrare la qualificazione del rapporto di lavoro nel suo momento di costituzione iniziale. Ed infatti proprio quella dottrina che ritiene di poter ricavare tali indicazioni dalle previsioni della l. 30 e del d. lgs. 276/2003 è costretta alla fine ad ammettere che "è la mancanza di una disposizione che espressamente preveda qualsiasi limite preclusivo che consente di affermare che la certificazione potrà essere effettuata anche in una fase successiva all'instaurazione del rapporto".

Sotto il secondo profilo, è la normativa di implementazione del d. lgs. 276/2003 che assegna alle commissioni costituite presso le Dpl sia il potere di acquisire documentazione integrativa di quella già presentata dalle parti, sia il potere di assumere informazioni rilevanti ai fini dell'emanazione dell'atto di certificazione attraverso la audizione delle parti stesse (artt. 3 e 5 d.m. 21 luglio 2004).

Del resto in ogni procedimento amministrativo è prevista una fase istruttoria al termine della quale l'amministrazione, una volta ponderati gli interessi in gioco, perviene alla deliberazione finale. A tal fine l'istruttoria è

possibilità di certificare un accordo novativo di un precedente contratto, come del resto sostiene anche M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, loc. cit.

⁵⁶ V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 292., su cui la contro-replica di in L. NOGLER, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 887, il quale osserva, riguardo al primo rilievo, che si incorre nell'errore dogmatico di ritenere che il giudice "registri" la qualificazione adottata dalle parti, quando in realtà spetta proprio al giudice determinare le conseguenze giuridiche del comportamento delle parti; quanto al secondo rilievo, se ne denuncia la estrema debolezza in considerazione del fatto che l'analisi del comportamento attuativo delle parti è sempre strumentale alla ricostruzione dell'effettivo programma negoziale delle parti, secondo quanto previsto dall'art. 1362, 2° co. c.c. Ma vedi ancora le ulteriori critiche di Speziale in ID., *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, cit, 204.

indirizzata, da un lato, al conseguimento di un'adeguata informazione storica e valutativa (la c.d. verifica dei fatti) che si esplica, tra l'altro, proprio acquisendo i reperti documentali esibiti dalle parti o dai terzi; dall'altro lato, all'acquisizione degli interessi coinvolti, che scaturisce dalla elaborazione dei fatti compiuta dagli interessati (ad esempio, attraverso memorie, chiarimenti, scritti illustrativi, opposizioni, reclami e anche audizioni) e la quale si esplica attraverso l'intervento degli interessati nel procedimento amministrativo⁵⁷.

In base a quanto detto, ed almeno per quanto riguarda le Dpl, non pare che sussistano impedimenti ad ammettere che la certificazione possa riguardare anche un momento successivo alla fase iniziale di costituzione del rapporto di lavoro, benché dai primi dati a disposizione risulti il contrario.

2.4. Sul valore discrezionale delle "linee guida" ministeriali per la certificazione e sulla attività valutativa e decisionale delle commissioni

Secondo quanto previsto dall'art. 78, 5° co. del d. lgs. 276/2003 l'attività delle commissioni di certificazione si basa su "appositi moduli e formulari per la certificazione del contratto o del relativo programma negoziale – definiti con decreto del Ministro del Lavoro – "che tengano conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro, come autonomo o subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro". Con una disposizione analoga il successivo art. 84, 2° co. prevede che, sempre con d.m., si adottino "codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino, che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore"; e che essi recepiscano, ove esistenti, le indicazioni della contrattazione collettiva.

Tali documenti dovrebbero costituire per i certificatori un ausilio nello svolgimento nell'attività di qualificazione, fornendo un supporto tecnico che assicuri fra l'altro una maggiore uniformità delle certificazioni realizzate sull'intero territorio nazionale⁵⁸. Ma si tratta di documenti che hanno una funzione meramente ricognitiva del diritto esistente (v. *supra* cap. I, § 6). Per

⁵⁷ Cfr. A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Giuffrè, Milano, II, 2003, 1125 s.

⁵⁸ V. SPEZIALE, *La procedura di certificazione ed i codici di buone pratiche*, cit., 181.

cui, non devono ritenersi vincolanti né per gli stessi certificatori né tanto meno per il giudice in caso di ricorsi giurisdizionali avverso la certificazione⁵⁹.

A maggior ragione non hanno alcun valore vincolante le linee guida per l'attività di certificazione presso le Dpl, allegata alla circolare 48 del 2004, che sono state stilate dal Ministero del lavoro nelle more dell'adozione della documentazione indicata nel d. lgs. 276/2003 e che sono poi state recepite pressoché fedelmente nei regolamenti interni delle singole commissioni.

Esse però, nell'indicare gli elementi distintivi di ciascuna delle figure di lavoro cui fanno riferimento⁶⁰, non paiono tener in alcun conto gli "orientamenti giurisprudenziali in materia di qualificazione del contratto di lavoro", e in altro non consistono se non in una schematizzazione della disciplina che regola tali figure.

Un esempio paradigmatico può trarsi dalle linee guida per la certificazione del contratto di lavoro intermittente, che dovrebbe fondarsi sul riscontro dei seguenti elementi: indicazione della durata e delle ipotesi, sia oggettive che soggettive, le quali consentono la stipulazione del contratto; luogo e modalità della disponibilità, eventualmente garantita dal lavoratore e indicazioni sul preavviso di chiamata del lavoratore; trattamento economico e normativo spettante al lavoratore e relativa indennità di disponibilità; indicazione delle forme e modalità con cui il datore di lavoro è legittimato a richiedere l'esecuzione della prestazione di lavoro, nonché delle modalità di rilevazione della prestazione; tempi e modalità di pagamento della retribuzione e della indennità di disponibilità; eventuali misure di sicurezza specifiche necessarie in relazione al tipo di attività dedotta in contratto. Che si riproducano in sostanza le disposizioni degli artt. 33-40 del d. lgs. 276/2003 emerge in modo palese, infine, quando si richiede al datore di lavoro il rispetto di taluni divieti, che altro non sono che quelli indicati nell'art. 34, 3° co.

Proprio quest'ultimo "criterio" la dice lunga sull'inidoneità, prima che sull'inutilità, di queste linee guida. È qui sufficiente ricordare che gli elementi che rilevano nella qualificazione del singolo contratto di lavoro intermittente vanno ricavati, come per qualsiasi altra figura contrattuale, esclusivamente dalla norma che definisce in astratto questa determinata figura, non già dalla

⁵⁹ V. SPEZIALE, *op. loc. ult. cit.* Nel medesimo senso, L. NOGLER, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 940 nota 120; P. TULLINI, *Sub Art. 78. Procedimento di certificazione e codici di buone pratiche*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, cit., 839 s.

⁶⁰ E cioè: lavoro a progetto; collaborazioni coordinate e continuative non ricondotte a progetto ex art. 61 del d. lgs. 276/2003; lavoro *part time*; lavoro intermittente; lavoro associato; contratto di inserimento.

disciplina che la regola, la cui applicazione è non il presupposto bensì l'effetto della qualificazione. Per cui, nel nostro caso, solo una volta qualificato il contratto come di lavoro intermittente si potrà verificarne il rispetto dei divieti stabiliti dal legislatore⁶¹. Tuttavia, le linee guida nulla specificano riguardo alla già tautologica nozione di contratto di lavoro intermittente, quello cioè in cui “un lavoratore si pone ad disposizione di un datore di lavoro” (art. 33) e che può essere concluso, oltre che per le prestazioni rese da determinati soggetti (art. 34, 2° co.), “per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente” (art. 34, 1° co.).

L'inidoneità e l'inutilità delle indicazioni ministeriali è ancora più evidente se si considerano le linee guida per la certificazione delle collaborazioni coordinate e continuative, sia quelle che rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina sul lavoro a progetto sia quelle che ne sono escluse, ed anche quelle redatte per la certificazione del lavoro associato. Se può al limite essere comprensibile una situazione di *stand-by* nella individuazione di elementi sufficientemente discretivi per il lavoro intermittente e per le nuove figure introdotte dal legislatore del 2003, data pressoché la mancanza di pronunce giurisprudenziali in proposito⁶², non si capisce perché in questi casi non siano stati indicati i consolidati indici giurisprudenziali nella distinzione tra lavoro autonomo e subordinato (v. *supra* cap. II, § 3). Tutto è rimesso invece ad elementi privi di valore discreitivo, come quello della “autonomia del collaboratore nello svolgimento dell'attività lavorativa dedotta nel contratto e funzionalizzata alla realizzazione del progetto, programma di lavoro o fase di esso” o della “adeguata professionalità del collaboratore”⁶³.

⁶¹ In ogni caso, la commissione non potrebbe comunque rigettare l'istanza di certificazione se è vero che la certificazione non può avere ad oggetto questioni a valle della qualificazione del rapporto: v. *supra* Cap. II, § 4.

⁶² Se si escludono quelle pronunce della Cassazione che hanno affrontato la questione della qualificazione delle prestazioni di lavoro a carattere discontinuo prima della riforma del mercato del lavoro, negandone la natura subordinata in assenza della garanzia di disponibilità da parte del lavoratore: cfr. Cass. 26 febbraio 2002, n. 2842, in *Mass giur. lav.*, 2002, 423 ss.; Cass. 4 settembre 2003, n. 12926, in *Riv. it dir. lav.*, 2004, 295 ss.

⁶³ Criteri non dissimili sono previsti per quanto riguarda le collaborazioni coordinate e continuative non ricondotte a progetto, e neanche per quanto riguarda il lavoro associato per il quale si chiede di verificare la “autonomia dell'associato nello svolgimento dell'attività dedotta nel contratto per la verifica della subordinazione, intesa come un vincolo più ampio rispetto al generico potere dell'associante di impartire direttive ed istruzioni al cointeressato all'impresa o all'affare”.

La situazione non sembra decisamente migliorare nell'indicazione di quei criteri che dovrebbero in teoria essere funzionali alla verifica della liceità degli appalti *ex art. 84* del d. lgs. 276/2003, in cui gli indici rivelatori della sussistenza del rischio di impresa in capo all'appaltatore sarebbero da rinvenirsi nel fatto che "l'appaltatore ha già in essere un'attività imprenditoriale" o che "l'appaltatore svolge propria attività produttiva od opera per conto di diverse imprese": ben altro, quindi, che indici utili ad una "rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore".

Dal momento che le commissioni operanti presso le Dpl hanno recepito e tradotto nei propri regolamenti interni le suddette linee guida, la loro attività sconta pertanto il limite originario dei criteri in base ai quali accolgono o respingono le istanze di certificazione.

Pare comunque interessante analizzare, per quanto possibile, il *modus operandi* di alcune delle commissioni costituite presso le Dpl dell'Emilia Romagna nell'applicazione dei suddetti criteri, sulla scorta di quanto emerge, in particolare, dai verbali di audizione delle parti e dalla motivazione su cui si fonda l'atto di certificazione, limitando tale analisi ai contratti di lavoro a progetto, che rappresentano il *core* della qualificazione certificata.

In particolare, pare interessante mettere a confronto l'operato delle commissioni presso le Dpl di Bologna e di Ferrara, che esprimono esemplarmente il diverso spirito con cui è stata "interpretata" l'attività di certificazione.

Per quanto riguarda la prima, dai verbali di audizione, che riportano fedelmente le domande rivolte alle parti e le relative risposte, risulta che l'attività di acquisizione delle informazioni rilevanti ai fini della deliberazione è stata condotta verificando essenzialmente sia l'autonomia del collaboratore nello svolgimento della prestazione dedotta in contratto, riscontrando in particolare la sussistenza del coordinamento con l'attività del committente; sia l'identificabilità del progetto indicato che la sua congruità per il raggiungimento del risultato indicato, rendendosi a tal fine necessario acquisire in alcuni casi delle informazioni aggiuntive. Inoltre l'attività conoscitivo-valutativa della commissione si è appuntata nell'indagare, coerentemente con quanto indicato nelle linee guida ministeriali, anche il possesso da parte del collaboratore di un'adeguata professionalità per lo svolgimento della prestazione dedotta in contratto.

Tuttavia, le risultanze dell'espletata audizione non emergono in modo fedele dalla motivazione espressa dalla commissione nella deliberazione finale in quanto questa è, per così dire, "standardizzata". La commissione, cioè, quando accoglie l'istanza di certificazione di un contratto di lavoro a progetto ricorre a clausole di stile nel motivare l'atto e nello specifico afferma che: il progetto è relativo ad un'attività ben identificabile e funzionalmente collegata al risultato programmato; nella descrizione del progetto si riscontra l'autonomia del collaboratore nello svolgimento della propria attività, la quale appare finalizzata e funzionale alla realizzazione del progetto stesso; la definizione dei tempi e delle modalità di svolgimento dell'attività stessa è rimessa al collaboratore il quale possiede professionalità corrispondenti al contenuto della prestazione lavorativa dedotta nel contratto; risultano espressi chiaramente i criteri per la determinazione del compenso al collaboratore.

Viene pertanto da chiedersi se in questi casi possa dirsi realmente rispettato l'obbligo di motivazione dell'atto di certificazione secondo quanto richiede l'art. 78, 2° co., lett. c del d. lgs. 276.

Tali dubbi non paiono invece essere sollevati per quanto riguarda l'operato della commissione di certificazione presso la Dpl di Ferrara.

Ora ciò non tanto per quanto riguarda l'audizione delle parti: queste vengono sentite separatamente e ad esse sono illustrati i criteri essenziali per la certificazione del lavoro a progetto⁶⁴, rispetto ai quali la commissione formula quesiti con specifico riferimento al caso di specie e verbalizza poi le dichiarazioni ed osservazioni delle parti. Ciò che appare radicalmente diverso e – a nostro avviso – decisamente più appropriato, è il modo in cui la commissione provvede a motivare sia i provvedimenti di accoglimento che quelli di rigetto grazie alle risultanze dell'istruttoria e dell'audizione delle parti.

⁶⁴ E cioè, nello specifico, si provvede ad accertare: l'autonomia del collaboratore nello svolgimento dell'attività dedotta nel contratto e funzionale alla realizzazione del progetto del programma di lavoro o di una fase di esso, con particolare riguardo al fatto che venga rimessa in capo al collaboratore stesso la definizione delle modalità e dei tempi di lavoro; l'esistenza di un progetto funzionalmente collegato ad un determinato risultato finale, o di un programma di lavoro, o fase di esso, connesso ad un risultato parziale; la durata, determinata o determinabile, del contratto, e la relativa funzionalità all'esecuzione del risultato; le modalità con cui si attua in concreto il coordinamento del collaboratore con l'organizzazione del committente; l'esistenza di un precedente rapporto di lavoro del collaboratore con lo stesso committente ed eventuale esistenza di una situazione di pluricomittenza; il possesso di una specifica professionalità da parte del collaboratore; i criteri per la determinazione del compenso del collaboratore e la sua congruità e proporzionalità rispetto alla qualità ed alla quantità del lavoro eseguito, tenendo conto dei compensi normalmente corrisposti per prestazioni analoghe nella provincia di Ferrara.

La motivazione, infatti, non si risolve in formule stereotipate o in clausole di stile bensì nella puntuale indicazione delle ragioni in base alle quali l'istanza delle parti è stata accolta o rigettata. Questo può constatarsi specialmente nelle motivazioni dei provvedimenti di rigetto, dalle quali traspare l'esigenza che esse vengano esplicate in modo il più possibile completo ed esaustivo, e ciò probabilmente anche al fine di sottrarsi a censure di insussistenza o incompletezza delle ragioni poste alla base dell'atto di certificazione⁶⁵.

In alcuni casi, peraltro, la motivazione del provvedimento di accoglimento dell'istanza delle parti si basa anche sulle prime pronunce giurisprudenziali in materia di lavoro a progetto⁶⁶, così supplendo in parte alla mancata ricognizione, in sede ministeriale, degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione dei contratti di lavoro *ex art. 78, 5° co., d. lgs. 276/2003*.

⁶⁵ Un caso esemplare è rappresentato dal provvedimento in cui la commissione ha rigettato l'istanza di certificazione di un contratto di lavoro a progetto avente ad oggetto l'aumento del portafoglio clienti di una compagnia assicurativa mediante lo svolgimento, da parte della presunta collaboratrice, di un'attività di promozione pubblicitaria. Dall'esame della documentazione e dall'audizione delle parti la commissione ha ritenuto che il contratto stipulato non potesse essere certificato come contratto a progetto sia per la riscontrata mancanza di autonomia decisionale in capo alla collaboratrice, sia per la impossibilità nel caso di specie di individuare concretamente il progetto, oltre ad essere stata riscontrata anche la mancanza della necessaria professionalità da parte della collaboratrice medesima.

⁶⁶ Si allude al provvedimento con cui la commissione ha certificato un contratto di lavoro a progetto, richiamandosi a quanto affermato da Tribunale di Ravenna e cioè che la specificità del risultato atteso e le modalità di implementazione dell'attività progettuale, insieme alla elevata professionalità del collaboratore e della delimitazione temporale dell'attività, costituiscono elementi peculiari del lavoro a progetto e ne evidenziano i caratteri di innovatività e creatività che sono propri di tale figura: cfr. Trib. Ravenna 24 novembre 2005, in *Lav. giur.*, 2006, 273 ss.

CAPITOLO QUARTO

CERTIFICAZIONE E TECNICHE DI TUTELA

Sommario: 1. Efficacia della certificazione ed autotutela delle autorità amministrative 2. La tutela giurisdizionale nel d. lgs. 276/2003 - 2.1. L'impugnazione per erronea qualificazione del contratto - 2.2. L'impugnazione per difformità tra il programma negoziale certificato e la successiva attuazione - 2.2.1. Possibili situazioni di difformità tra programma negoziale certificato e la successiva attuazione: la simulazione - 2.2.2. *Segue:* la novazione oggettiva - 2.3. L'impugnazione per i vizi del consenso: in particolare sull'errore di diritto indotto dall'erronea qualificazione - 2.4. L'impugnazione per eccesso di potere o per i vizi del procedimento - 3. Sulla plausibilità dei ricorsi amministrativi verso l'atto di certificazione

1. Efficacia della certificazione ed autotutela delle autorità amministrative

Come si è già avuto modo di precisare¹, l'efficacia della certificazione si dispiega nei limiti indicati dall'art. 79 del d. lgs. 276/2003: questo stabilisce che gli effetti prodotti dall'atto di certificazione “permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto con sentenza di merito” uno dei ricorsi esperibili davanti al giudice ordinario o amministrativo ai sensi del successivo art. 80 (v. *infra* §§ seguenti), e “fatti salvi i provvedimenti cautelari”.

Sul punto viene fatta doverosamente chiarezza rispetto alla sibillina formulazione dell'art. 5, 1° co. lett. *f* della l. 30/2003², anche se nel delimitare l'efficacia della certificazione non ci si è spinti fino a richiedere, come pure sarebbe stato possibile, l'accertamento contenuto in una sentenza passata in giudicato³. Peraltro il riferimento alla sentenza di merito va inteso non in senso

¹ V. *supra* Cap. II, § 5.

² Secondo cui, si ricordi, “gli effetti dell'accertamento [...] permangono fino al momento in cui venga provata – *rectius*: accertata – l'erronea qualificazione del programma negoziale o la difformità tra il programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione e il programma attuato”.

³ In tal senso L. NOGLER, *Il nuovo istituto della “certificazione” dei contratti di lavoro*, cit., 116, per il quale residua comunque qualche dubbio sulla conformità dell'art. 79 alle previsioni della

letterale bensì teleologico, comprensivo cioè di ogni accertamento che contraddica le risultanze della certificazione e che sia contenuto in un provvedimento giudiziale definitivo⁴.

La norma, inoltre, fa espressamente “salvi i provvedimenti cautelari”. Seppure può condividersi che la previsione sia, oltre che logica, del tutto dovuta dato che la tutela cautelare è un indispensabile complemento della tutela giurisdizionale⁵, da più parti sono stati sollevati dubbi sulla sua applicazione pratica ritenendosi che nella maggior parte dei casi non sussisteranno i presupposti per ottenere provvedimenti cautelari al fine di ottenere la sospensione degli effetti della certificazione⁶.

Ciò detto, può ammettersi che l'incontestabilità dell'accertamento contenuto nell'atto di certificazione fino all'accertamento giurisdizionale è in pratica irrilevante nei confronti delle parti, per quanto l'art. 79 del d. lgs. 276, affermando che esso dispiega effetti “anche nei confronti dei terzi”, vincoli implicitamente anche le parti. Ciò non solo in considerazione dell'ampio spettro delle azioni in giudizio attraverso cui esse possono ricorrere per contestare le risultanze della certificazione⁷, quanto perché è lo stesso legislatore che riconosce che “l'effetto di certezza pubblica verso i terzi presuppone l'esistenza del contratto e quindi non produce ma presuppone l'effetto negoziale tra le parti al qual l'atto amministrativo accede”⁸.

legge delega, considerato che esso fa venir meno l'efficacia della certificazione in caso di accoglimento di uno qualsiasi dei rimedi giurisdizionali di cui all'art. 80 e non limitatamente, quindi, a quelli indicati dall'art. 5, 1° co. lett. f l. 30/2003: cfr. ID., *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 880.

⁴ Come, ad esempio, il decreto ingiuntivo divenuto esecutivo per mancata esecuzione o attività dell'opponente: cfr. L. NOGLER, *Certificazione dei contratti di lavoro*, loc. cit. e, in termini più dubitativi, G. DONDI, *Sull'istituto della certificazione*, cit., 1081, per il quale, pur essendo nel caso di specie teoricamente possibile la concessione di un decreto ingiuntivo, esso non dovrebbe essere emesso fino ad una pronuncia di merito, non potendosi ritenere certo il credito vantato in contrasto con la certificazione ex artt. 633 ss. c.p.c.; per l'A., inoltre, nella dizione indicata dall'art. 79 ben può rientrare anche il decreto ex art. 28 Stat. lav., non opposto, che ad esempio dichiara l'antisindacalità della richiesta di certificazione per inadempimento di un'eventuale clausola del contratto collettivo aziendale che vincoli il datore di lavoro a non applicare la disciplina contenuta nel d. lgs. 276/2003.

⁵ V. ANGIOLINI, L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, cit., 369.

⁶ Cfr. L. NOGLER, *op. loc. ult. cit.*, per cui la previsione non va sopravvalutata considerato che “la certificazione è finalizzata a prevenire, soprattutto, il contenzioso previdenziale raramente caratterizzato da richieste di provvedimenti cautelari”; V. SPEZIALE, *L'efficacia giuridica della certificazione*, V. SPEZIALE, F. LUNARDON, P. BELLOCCHI (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 185. Di diverso avviso è, invece, A. TURSI, *La certificazione dei contratti lavoro*, cit., 666 nota 251.

⁷ A. TURSI, *La certificazione dei contratti lavoro*, cit., 663.

⁸ “L'atto di certificazione non conferisce al contratto effetti diretti verso i terzi, derogando così all'art. 1372, co. 2, c.c.. bensì rende imperativi verso i terzi quelli che restano pur sempre effetti

La portata della previsione è in pratica allora quella di precludere le contestazioni mosse dai “terzi” contro l’accertamento compiuto dalle commissioni di certificazione, e segnatamente dagli enti previdenziali e dell’amministrazione tributaria⁹.

La norma impedirebbe *medio tempore* alle autorità pubbliche l’esercizio dei propri poteri unilaterali per contestare la natura giuridica e la qualificazione del contratto¹⁰. Queste potrebbero compiere le normali attività ispettive¹¹, ma le relative verbalizzazioni non potrebbero essere il presupposto, a pena di nullità¹², per l’adozione di atti di autotutela¹³, consentendo unicamente di attivare i rimedi giurisdizionali esperibili contro la certificazione¹⁴.

Secondo una parte della dottrina, invece, la certificazione non sarebbe di fatto idonea ad elidere il potere di autotutela delle autorità pubbliche e, in particolare, degli enti previdenziali¹⁵.

In tal senso, si sostiene, è vero che gli enti previdenziali non potrebbero emettere ordinanze ingiunzione per il pagamento di crediti contributivi *ex art.* 35 l. 24 novembre 1981, n. 689, ovvero, ai sensi dell’art. 24 del d. lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, iscriverli a ruolo con annessa notificazione della cartella esattoriale da parte del concessionario addetto alla riscossione, se tali crediti sono incompatibili con i risultati della certificazione; né essi potrebbero ottenere decreti ingiuntivi *ex artt.* 633 ss. c.p.c. Tuttavia, “qualora ottengano provvedimenti sommari esecutivi per crediti derivanti da rapporti di lavoro difformi da quelli certificati, potranno chiedere che l’accertamento della

riflessi (e cioè della mera esistenza) del contratto certificato”: E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 290.

⁹ Come si desume tra l’altro dall’art. 78, 2° co., che alla lett. *a* si riferisce alle “autorità pubbliche nei confronti delle quali l’atto di certificazione è destinato a produrre effetti”, ed alla lett. *e* menziona gli “effetti civili, previdenziali, amministrativi e fiscali”.

¹⁰ Cfr. L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 889 s.; V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 184; E. GHERA, *op. loc. ult. cit.*; G. DONDI, *op. ult. cit.*, 1080; E. GRAGNOLI, *L’interpretazione e la certificazione tra autonomia e subordinazione*, cit., 570 ss.

¹¹ *Contra* E. GHERA, *op. loc. ult. cit.*

¹² G. DONDI, *op. loc. ult. cit.*

¹³ Come, ad esempio, per gli enti previdenziali, l’emissione di ordinanze ingiunzione *ex art.* 35 l. 24 novembre 1981, n. 689 per i crediti contributivi o l’iscrizione a ruolo di tali crediti *ex art.* 24 del d. lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, gli atti di diniego all’iscrizione alla gestione separata Inps per i collaboratori coordinati e continuativi.

¹⁴ P. RAUSEI, *Efficacia della certificazione a fronte di un’indagine ispettiva*, in M. TIRABOSCHI, C. ENRICO, *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 132.

¹⁵ G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione dei contratti di lavoro*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, cit., 450 ss., e, sulla sua scia, M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 436 s. nonché A. TURSI, *op. ult. cit.*, 665.

invalidità o della inefficacia della certificazione sia compiuto nell'ambito degli eventuali giudizi di opposizione"; talché, "in mancanza di opposizione o di contestazioni, la certificazione sarà priva di qualsiasi rilevanza"¹⁶.

Nel caso in cui invece si celebri il giudizio di opposizione, se il giudice dovesse confermare quanto accertato nell'atto di certificazione, potrà ad esempio annullare un'ordinanza ingiunzione precedentemente emessa dall'Inps per i contributi dovuti ma non versati dal datore di lavoro in relazione ad un contratto ritenuto dall'ente di lavoro subordinato benché già certificato come di lavoro a progetto; è ciò non perché vi fosse la certificazione, ma perché il giudice si è convinto della qualificazione in essa indicata. Se, invece, il giudice dovesse accertare l'erronea qualificazione compiuta dalla commissione di certificazione, l'efficacia retroattiva dell'accertamento giurisdizionale sin dalla conclusione dell'accordo contrattuale *ex art. 80, 2° co. d. lgs. 276* gli impedirebbe di annullare l'ordinanza ingiunzione *medio tempore* emessa dall'ente previdenziale¹⁷.

La soluzione prospettata desta, tuttavia, della forti perplessità poiché si finisce per rimettere tutto all'eventuale ipotesi che gli enti previdenziali ottengano *contra legem* un provvedimento sommario esecutivo con cui si ordini al debitore il pagamento per crediti di lavoro difformi da quelli certificati e che egli non proponga tempestiva opposizione, con la conseguenza che gli enti previdenziali correrebbero il rischio di essere condannati al pagamento delle spese processuali nel giudizio di opposizione. Tra l'altro, come è stato rilevato, neanche si può ragionare *secundum eventum litis*, per cui una volta intervenuto l'accertamento giurisdizionale dell'erronea qualificazione certificata, questo, retroagendo *ex art. 80, 2° co. del d. lgs. 276*, renderebbe valida l'iniziativa di recupero del credito. In tal modo si finirebbe per azzerare la portata precettiva dell'art. 79 del decreto delegato, e quindi la sua finalità di deflazione del contenzioso qualificatorio, aggirandosi oltretutto la previsione dell'art. 80, 4° co. che prevede un tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi alla commissione di certificazione che ha operato la qualificazione¹⁸.

¹⁶ G. COSTANTINO, *op. cit.*, 451, secondo il quale, tra l'altro, "l'effetto della certificazione dei rapporti di lavoro non si riduce neppure nell'impedire all'INPS di iscrivere a ruolo i crediti e di chiedere provvedimenti monitori se non dopo aver ottenuto l'accertamento della invalidità o della inefficacia della certificazione: è, infatti, comunque rimessa alla valutazione del debitore ingiunto, del debitore esecutato o degli organi delle procedure concorsuali l'opportunità di avvalersi della certificazione per contestare [...] i crediti da essa difformi o con essa incompatibili".

¹⁷ M.G. GAROFALO, *op. ult. cit.*, 436.

¹⁸ Per entrambi i rilievi cfr. G. DONDI, *op. ult. cit.*, 1080 e nota 65.

Alla luce di tali considerazioni rimangono insuperati i dubbi sulla portata di una norma che determina un effetto di *stand-by* nei confronti dei poteri amministrativi delle autorità pubbliche.

Il fatto che gli enti previdenziali, per ottenere i propri crediti, debbano proporre le azioni in giudizio disegnate all'art. 80 del d. lgs. 276, previo tentativo di conciliazione, non solo costituisce una deroga ingiustificata ai principi che guidano l'attività di riscossione ma finisce anche per vanificare l'obiettivo di accelerarne le procedure, perseguito con l'emanazione del d. lgs. 46/1999¹⁹. Non può tacersi, inoltre, che sia sospetta di illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 97 Cost. sul buon andamento della p.a., una previsione che impedisce a queste autorità di fare uso dei propri poteri anche in caso di difformità tra l'accordo certificato ed il successivo comportamento attuativo, poiché in tale ipotesi si fanno valere "fatti che non furono, né potevano 'fenomenologicamente' esserlo, oggetto della certificazione"²⁰.

Questi dubbi vanno almeno in parte ridimensionati se si considera che, fra i componenti di diritto delle commissioni di certificazione incardinate presso le Dpl, figurano sia un rappresentante dell'Inps che un rappresentante dell'Inail che, in quanto tali, partecipano attivamente all'audizione delle parti e possono richiedere l'integrazione dell'attività istruttoria qualora risulti dubbia la natura, come autonoma o subordinata, del contratto oggetto dell'istanza di certificazione.

¹⁹ E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, 570 ss.

²⁰ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, cit., 117; ID., *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 889 s. *Contra*, invece, V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 186 s., secondo il quale il mantenimento della validità della certificazione ha la funzione di assicurare, alla stregua di qualsiasi altro certificato, una presunzione di corrispondenza dell'accertamento alla realtà la quale, oltre ad essere coerente con il principio di legalità, è rispettoso del principio di buon andamento della pubblica amministrazione; G. DONDI, *op. ult. cit.*, 1082, seppur nella diversa convinzione che non si pongono le suddette questioni di legittimità costituzionale da un lato, perché l'eventuale invalidità della certificazione ha effetto per lo più *ex tunc*, e quindi ritarda solo la riscossione dei crediti dei terzi; dall'altro lato, perché il supposto effetto deflattivo della certificazione sul contenzioso qualificatorio contribuisce in teoria al miglior funzionamento dell'amministrazione giudiziaria, in armonia quindi sia con l'art. 97 che con l'art. 110 Cost.

2. La tutela giurisdizionale nel d. lgs. 276/2003

2.1. L'impugnazione per erronea qualificazione del contratto

L'attenzione deve soffermarsi ora sul *core* degli strumenti di tutela cui è possibile avvalersi in seguito alla certificazione, vale a dire i ricorsi giurisdizionali contemplati dall'art. 80 del d. lgs. 276/2003.

Si consideri, in primo luogo, quanto indicato nel primo comma per cui “nei confronti dell'atto di certificazione, le parti e i terzi [...] possono proporre ricorso, presso l'autorità giudiziaria ordinaria di cui all'art. 413 c.p.c., per erronea qualificazione del contratto oppure difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione”; nonché, “presso la medesima autorità giudiziaria”, le sole parti del contratto certificato “potranno impugnare l'atto di certificazione anche per vizi del consenso”.

Con riferimento al ricorso per erronea qualificazione del contratto, in uno dei primi commenti alla disciplina sulla certificazione si è sostenuto che i soggetti legittimati ad agire potrebbero impugnare dinanzi al giudice ordinario l'atto di certificazione facendo valere sia l'errore di diritto, cioè la “falsa rappresentazione circa l'esistenza, l'applicazione e la portata di una norma giuridica”²¹ (v. *infra* § 2.3); sia l'errore di fatto, nel caso di specie “connesso alle caratteristiche materiali del rapporto per il quale viene richiesta la certificazione”²². In tal senso, si è detto, “il legislatore ha introdotto l'errore quale vizio tipico, attribuendo a tale ipotesi una rilevanza particolare rispetto a quella che è propria degli atti amministrativi in generale”, per cui “l'eventuale valutazione dell'erronea qualificazione compiuta dall'organo certificatorio sarà effettuata con le caratteristiche descritte ed enucleate per l'errore previsto dagli artt. 1428 ss. c.c.”²³

Tale posizione però non può condividersi poiché finisce per confondere da un lato, i rimedi giurisdizionali che riguardano l'atto di certificazione con quelli che riguardano il contratto certificato; dall'altro lato, i vizi che riguardano la formazione dell'atto amministrativo con quelli che riguardano la

²¹ Cfr., ad esempio, Cass. 1 marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2438 ss.; Cass. 19 agosto 1996, n. 7629, in *Mass. giust. civ.*, 1996, 1186.

²² V. SPEZIALE, *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, cit., 195 s., ed in via adesiva P. TULLINI, *Sub Art. 80. Rimedi esperibili nei confronti della certificazione*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, cit., 843. In senso analogo G. FRANZA, P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, in G. PERONE, A. VALLEBONA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 365.

²³ V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 196.

formazione del volontà negoziale delle parti che hanno stipulato il contratto certificato²⁴.

Sotto il primo profilo, per quanto il primo comma dell'art. 80 del d. lgs. 276 possa far pensare diversamente (il ricorso va proposto “nei confronti dell'atto di certificazione”), oggetto del giudizio è il contratto certificato e non l'atto di certificazione. La *causa petendi* dell'azione riguarda infatti l'erronea qualificazione del contratto oppure la difformità tra il programma negoziale e la sua successiva attuazione, le quali “sono ipotesi che – lungi dal configurare un vizio di legittimità dell'atto amministrativo – indicano le ragioni, in fatto e in diritto, dell'azione condannatoria del datore di lavoro nella fattispecie di fittizia qualificazione del rapporto”²⁵.

Sotto il secondo profilo, il riferimento alla “erronea qualificazione” non può essere inteso come un richiamo all'errore quale vizio della volontà, per la semplice ragione che solo la volontà negoziale può essere invalidata per vizi nella formazione del consenso²⁶, mentre le eventuali patologie nella formazione del giudizio qualificatorio da parte delle commissioni di certificazione si sostanziano in vizi di legittimità dell'atto di certificazione emanato che è, lo si ricordi, un atto amministrativo²⁷.

Ciò chiarito, non può sfuggire che con l'azione per erronea qualificazione si devolve al giudice ordinario il compito di qualificare il contratto, perché l'accertamento giurisdizionale sostituisca quello provvisoriamente operato dalla certificazione²⁸. Si tratta, più precisamente, di un ordinaria azione di accertamento della natura giuridica del rapporto, che presuppone una cognizione dell'atto di certificazione benché questo non abbia valore probatorio in giudizio se non eventualmente nei limiti di quanto previsto dall'art. 116 c.p.c. (v. *supra* Cap. II, § 5): il giudice, quindi, disapplica l'errata certificazione e qualifica il rapporto di lavoro²⁹.

²⁴ Così anche A. TURSI, *op. ult. cit.*, 651.

²⁵ E. GHERA, *op. ult. cit.*, 291, per il quale tuttavia tali ipotesi “corrispondono [...] nella forma concettuale e nella sostanza pratica agli errori di diritto che rilevano nel giudizio del rapporto di lavoro – o in alternativa autonomo – secondo la consolidata esperienza della giurisprudenza sia di merito che di legittimità”

²⁶ Come non sfugge, del resto, allo stesso Speciale che “i principi [...] enucleati per l'errore quale vizio della volontà non dovrebbero essere applicabili nell'ambito della certificazione, che certamente non è espressione di autonomia negoziale, ma un atto amministrativo”, e nell'attività amministrativa “l'errore rileva quale vizio dell'atto, sotto il profilo dell'eccesso di potere”: V. SPEZIALE, *op. loc. ult. cit.*

²⁷ A. TURSI, *op. ult. cit.*, 652; E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, 563.

²⁸ E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, 562.

²⁹ A. TURSI, *op. loc. ult. cit.* In senso analogo, E. GHERA, *op. ult. cit.*, 291; L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., 255.

Non dovrebbe esserci, pertanto, alcuna invalidazione dell'atto amministrativo³⁰. Come si è precisato, infatti, la controversia riguarda il contratto e non l'atto, per cui l'azione non ha ad oggetto l'annullamento dell'atto amministrativo di certificazione, il che tra l'altro violerebbe le regole sul riparto di giurisdizione secondo quanto previsto all'art. 4 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, poiché attribuirebbe al giudice ordinario un eccezionale potere di annullamento dell'atto amministrativo³¹.

Némmeno può dirsi che la pronuncia del giudice determina l'invalidazione del contratto certificato, perché è lo stesso art. 80, 2° co. d. lgs. 276 che, quando afferma che l'accertamento giurisdizionale ha effetto fino dalla conclusione dell'accordo contrattuale, "non lascia equivoci sulla volontà di realizzare, tramite la pronuncia del giudice, il venire meno di tutte le conseguenze derivanti dall'erronea qualificazione operata in sede di certificazione (senza alcuna distinzione tra atto amministrativo e quanto determinato dalla volontà delle parti)"³².

Come si è precisato, con questa pronuncia il giudice non fa altro che qualificare il rapporto di lavoro (secondo l'unica qualificazione certa e che possa far stato in modo definitivo), come pure accerta la natura del rapporto nel caso in cui rilevi la difformità tra il contratto certificato ed il suo svolgimento³³ (v. *infra* § 2.2); e la legge non fa altro che indicare (e non potrebbe fare altrimenti nel rispetto degli artt. 24 e 102 Cost.) la decorrenza degli effetti della qualificazione operata dal giudice secondo i principi generali del diritto (v. *supra* Cap. II, § 5).

Non devono essere sopravvalutate, inoltre, le conclusioni di quella dottrina che, nel distinguere il caso in cui la certificazione sia impugnata autonomamente dal giudizio teso ad ottenere il riconoscimento di un diritto connesso alla qualificazione giudiziale del contratto, ha affermato che, in quest'ultimo caso, debba escludersi che il giudice possa ravvisare

³⁰ In senso diverso L. NOGLER, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 906 secondo cui dalla lettera dell'art. 79 del d. lgs. 276 si ricava che "la sentenza civile demolisce l'atto di certificazione. Sicché, in presenza di una certificazione, il lavoratore dovrà chiedere anzitutto al giudice di accertare l'invalidità o l'inefficacia della certificazione stessa (o comunque la sua disapplicazione per violazione del procedimento)". Vedi, inoltre, V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 195; P. TULLINI, *op. ult. cit.*, 845, per i quali la distinzione, seppur rilevante sul piano teorico, non lo sarebbe sul piano concreto, in considerazione degli effetti ricollegabili alla pronuncia del giudice.

³¹ In tal senso E. GHERA, *op. ult. cit.*, 290; L. DE ANGELIS, *op. loc. ult. cit.*

³² V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 200.

³³ Mentre, per Speziale, alle medesime conclusioni si perviene nel caso di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione, per il quale lo stesso art. 80, 2° co. prevede che la decisione abbia effetto a partire dal momento in cui essa accerta che ha avuto inizio la difformità stessa (V. SPEZIALE, *op. loc. ult. cit.*).

nell'esercizio in via giudiziale del diritto anche una tacita impugnazione della certificazione, essendo invece necessaria un'autonoma e specifica impugnazione al riguardo³⁴.

Se l'impugnazione della certificazione è un giudizio di accertamento della natura del rapporto di lavoro, allora non può non convenirsi che nient'altro potrà essere chiesto ai ricorrenti una volta che essi, richiesto il riconoscimento di un diritto derivante da un contratto di lavoro erroneamente certificato, abbiano allegato e provato i fatti costitutivi della pretesa, compresi quelli relativi alla natura giuridica del rapporto³⁵.

Esclusa quindi la necessità di una specifica domanda avente ad oggetto l'impugnazione della certificazione per erroneità³⁶, qualora il giudice abbia notizia dell'esistenza della certificazione, d'ufficio o per iniziativa del resistente, dovrebbe sospendere il giudizio nel corso della prima udienza, affinché possa esperirsi il tentativo obbligatorio di conciliazione *ex art. 80, 4° co.*, del d. lgs. 276, concedendo poi il termine per la riassunzione³⁷. Ma ciò significa anche una duplicazione del tentativo di conciliazione, il cui esperimento è obbligatoriamente previsto per tutte le controversie di lavoro dall'art. 410 c.p.c.³⁸

2.2. *L'impugnazione per difformità tra il programma negoziale certificato e la successiva attuazione*

L'art. 80, 1° co., d. lgs. 276 contempla anche, come detto, l'impugnazione per "difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione" che, al pari di quella concernente l'erroneità della qualificazione certificata, è una normale azione di accertamento della natura giuridica del rapporto di lavoro controverso. Per cui anche in tal caso il giudice disapplica

³⁴ G. FRANZA, P. POZZAGLIA, *op. cit.*, 373 ss., spec. 377 ss.

³⁵ Così A. TURSI, *op. ult. cit.*, 654.

³⁶ Dovendosi comunque ritenere, al limite, ammissibile proporre impugnazione avverso la certificazione mediante apposita domanda riconvenzionale in sede di costituzione del giudizio teso ad ottenere il riconoscimento di un diritto connesso alla qualificazione del contratto certificato: v., ancora, A. TURSI, *op. loc. ult. cit.*

³⁷ Così A. TURSI, *op. loc. ult. cit.*, sulla scia della soluzione ipotizzata, ma poi respinta, da G. FRANZA, P. POZZAGLIA, *op. cit.*, 377 s.

³⁸ Con tutti i dubbi di illegittimità costituzionale della previsione, in confronto agli artt. 3, 24 e 111 Cost., per l'intralcio o il ritardo così arrecati alla tutela giudiziaria: cfr. V. ANGIOLINI, L. FASSINA, *op. cit.*, 372.

l'atto amministrativo e qualifica il rapporto³⁹, senza che venga intaccata la validità del contratto certificato; ed anche in tal caso non dovrebbe richiedersi una specifica domanda avente ad oggetto l'impugnazione della certificazione se le parti ed i terzi, nel corso di un giudizio intentato per l'accertamento di un diritto connesso alla riqualificazione del contratto certificato, abbiano debitamente allegato e provato i fatti costitutivi della pretesa, oltre a quelli sulla natura del rapporto, salvo in ogni caso l'obbligo di esperire il tentativo di conciliazione.

La giurisprudenza più recente riconosce che la divergenza tra le modalità esecutive del rapporto di lavoro ed il contenuto delle dichiarazioni contrattuali, corrisponde tipicamente a tre situazioni: la simulazione relativa; l'errore, cioè quando l'espressione letterale abbia tradito la reale intenzione delle parti ed il comportamento successivo sia rilevante ai fini dell'interpretazione *ex art. 1362, 2° co., c.c.* (v. *supra* cap. II, § 1); la novazione oggettiva⁴⁰.

Più rari sono invece i casi in cui si ricorre allo schema giuridico del contratto in frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c.⁴¹. Invero, secondo quanto è stato rilevato, l'applicazione dei principi della frode alla legge nella decisione del caso concreto risulterebbe meno frequente di quanto ci si possa immaginare, in considerazione del fatto che la giurisprudenza tende a risolvere ogni contrasto tra il programma negoziale e l'assetto di interessi concretamente realizzato delle parti accordando prevalenza a quest'ultimo. E per la medesima ragione, il richiamo a tale fenomeno nella decisione rivela un utilizzo più in funzione descrittiva che qualificatoria dell'operazione realizzata dalle parti⁴².

Alla base della scarsa propensione della giurisprudenza nel ricorrere a tale figura risiederebbe, comunque, una pluralità di ragioni fra le quali⁴³: la complessità del fenomeno e le profonde incertezze che ne caratterizzano la

³⁹ Secondo A. TURSI, *op. ult. cit.*, 655, dato che tale azione non presuppone una cognizione dell'atto amministrativo perché "nessun accertamento è intervenuto sui fatti sopravvenuti", sarebbe più corretto parlare non di impugnazione, poiché nessuna illegittimità dell'atto può ravvisarsi, bensì di una "azione intesa a privare la certificazione dell'effetto preclusivo attribuitole dall'art. 79".

⁴⁰ Cfr., in tal senso, Cass. 22 agosto 1997, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 666 ss.; Cass. 22 novembre 1999, n. 12926, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 633 ss.; Cass. 10 aprile 2000, n. 4533, in *Foro it.*, 2000, I, 2196 ss.; Cass. 21 novembre 2000, n. 15001, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, 607.

⁴¹ Per qualche esempio, e neanche, troppo recente, cfr. Cass. 12 marzo 1983, n. 1600, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, 835 ss.; Cass. 5 febbraio 1988, n. 1225, in *Mass. giust. civ.*, 1988, 303 s.; Cass. 2 marzo 1988, n. 2224, *ibidem*, 540.

⁴² G. PELLACANI, *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, cit., 226.

⁴³ Sulle quali, più approfonditamente, v. ancora G. PELLACANI, *op. cit.*, 227 ss.

struttura e l'inquadramento dogmatico; le difficoltà legate alla individuazione ed alla prova dell'intento fraudolento del datore di lavoro; la sanzione che affliggerebbe il negozio in frode alla legge, e cioè la nullità, senza neanche la possibilità che il lavoratore possa invocare la disciplina prevista di cui all'art. 2126 c.c.⁴⁴ Non va dimenticato poi che, in ambito lavoristico, è lo stesso legislatore a svuotare di contenuto il riferimento alla *fraus legi*, attraverso la previsione di divieti espressi e la sostituzione della diversa disciplina legale a quella predisposta dai contraenti, come avviene, tanto per fare un esempio, nella successione di contratti a tempo determinato *ex art. 5, 3° e 4° co. d. lgs. 6 settembre 2001 n. 368*⁴⁵.

Ciò considerato, in tale sede verranno prese in considerazione, quali possibili situazioni che consentano l'impugnazione per difformità tra il contratto certificato e l'atteggiarsi del rapporto, solo quelle usualmente individuate dalla giurisprudenza. Della simulazione e della novazione si dirà più avanti (*infra* §§ 2.2.1 e 2.2.2), mentre può subito essere affrontata la questione relativa alla possibilità per le parti ed i terzi interessati di far valere una diversa interpretazione dell'intesa originaria certificata.

Una parte della dottrina che si è soffermata sul problema ha espresso alcuni dubbi in proposito: il riferimento alla "difformità" dal programma negoziale, contenuto nell'art. 80, 1° co., del d. lgs. 276, sembrerebbe richiedere la dimostrazione circa il mutamento dell'assetto della originaria collaborazione, e quindi una variazione dell'accordo raggiunto compatibile con la sola novazione. Una tale soluzione però, darebbe risalto ad un nozione di "programma" ricostruito attraverso una mera esegesi letterale, ponendo anche seri dubbi di legittimità costituzionale poiché la certificazione inciderebbe sull'applicazione dell'art. 1362, 2° co., c.c., impedendo alle parti di mettere in risalto il comportamento complessivo quale criterio di interpretazione⁴⁶.

In effetti, la decisione del giudice sarebbe vincolata alla qualificazione operata dalla commissione di certificazione per una parte della durata del rapporto e, quindi, o la qualificazione giudiziaria sarebbe compiuta da un soggetto che non appartiene all'ordinamento giudiziario, e ad essere violato

⁴⁴ In tal senso già M. PERSIANI, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, cit., 851.

⁴⁵ Vi sarebbe tra l'altro, una ragione per così dire di sistema, e cioè che l'ordinamento reagisce alle elusioni con altri strumenti, rispetto ai quali la previsione dell'art. 1344 c.c. avrebbe una funzione di chiusura del sistema, quali ad esempio l'interpretazione estensiva della norma violata, l'analogia, l'interpretazione e qualificazione del contratto e la simulazione: cfr. G. PELLACANI, *op. cit.*, 230 ss.

⁴⁶ E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, 566 s.

sarebbe l'art. 102 Cost.; o non sarebbe possibile sostituire la qualificazione amministrativa della commissione con la qualificazione del giudice, e ad essere violato sarebbe il diritto alla difesa di cui all'art. 24 Cost.⁴⁷ (v. *supra* cap. II, § 5)

Deve ritenersi, quindi che la “successiva attuazione” da far valere in contrasto con il programma potrebbe coincidere anche con un comportamento successivo rilevante ai fini dell'interpretazione. In applicazione dell'art. 1362, 2° co., c.c., il giudice compirà una valutazione unitaria, considerando l'intera esecuzione del rapporto: per cui la sentenza non dovrà interrogarsi sull'inizio della difformità secondo quanto indicato dall'art. 80, 2° co. d. lgs. 276 (“l'accertamento giurisdizionale della difformità tra il programma negoziale e quello effettivamente realizzato ha effetto dal momento in cui la sentenza accerta che ha avuto inizio la difformità”), “perché la nuova interpretazione comporta una originaria e opposta qualificazione”⁴⁸.

A noi pare, però, che tale soluzione sia condivisibile quanto all'esito finale ma finisca per forzare il dato legislativo, e va invece preferita altra soluzione, maggiormente in linea con la lettera del primo e secondo comma dell'art. 80 d. lgs. 276 e comunque rispettosa dei principi costituzionale dianzi ricordati. Se, infatti, il giudice qualifica il contratto in modo difforme dalle risultanze della certificazione, prendendo in considerazione elementi di fatto che la commissione di certificazione non ha considerato o non ha potuto considerare, la vicenda andrebbe ricostruita non come difformità tra programma negoziale certificato e la sua attuazione successiva, bensì come erronea qualificazione del contratto, anche se tale erroneità è oggettiva e non può imputarsi alla commissione medesima⁴⁹.

2.2.1. Possibili situazioni di difformità tra programma negoziale certificato e la successiva attuazione: la simulazione

Come precisato la simulazione è una delle possibili situazioni di divergenza tra l'accordo contrattuale ed il concreto svolgimento del rapporto di lavoro,

⁴⁷ M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 435.

⁴⁸ E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, 569.

⁴⁹ M.G. GAROFALO, *op. loc. ult. cit.*

almeno secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante e la dottrina maggioritaria⁵⁰.

L'ipotesi più frequente⁵¹ è quella in cui si ricorre a schemi contrattuali diversi (contratto di lavoro autonomo, di collaborazione coordinata e continuativa, a progetto, di associazione in partecipazione, di agenzia ecc.) per mascherare un rapporto di lavoro subordinato e sottrarlo così agli obblighi previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva ed agli oneri conseguenti, specialmente quelli di natura fiscale e previdenziale. L'ipotesi è cioè quella della simulazione relativa e totale di un contratto di lavoro non subordinato: le parti dichiarano espressamente di voler concludere, ad esempio, un contratto di lavoro a progetto, che è il contratto simulato, e provvedono a certificarlo, mentre la volontà dichiarata verso l'interno è quella di concludere un contratto di lavoro subordinato, che è il contratto dissimulato. Ed è questa l'unica volontà efficace in virtù dell'accordo simulatorio che vincola le parti ed è quindi il contratto di lavoro subordinato che ha effetto tra le parti (ricorrendone i requisiti di forma e sostanza), secondo quanto disposto dall'art. 1414, 2° co., c.c.

Decisamente meno frequente è, invece, l'ipotesi inversa. Non è comunque da escludere l'eventualità in cui le parti abbiano inteso dissimulare un contratto di lavoro autonomo sotto le spoglie di un contratto di lavoro subordinato, affinché il lavoratore possa instaurare il connesso rapporto giuridico previdenziale ed ottenere i relativi trattamenti; così come non è da escludere l'ipotesi in cui le parti, nel perseguire la medesima finalità, abbiano inteso simulare un rapporto di lavoro subordinato in realtà inesistente (ad esempio la fittizia assunzione di un familiare): ipotesi che configura una simulazione assoluta, per cui il contratto simulato non produrrà effetti tra le parti *ex art.* 1414, 1° co., c.c., senza che possa trovare applicazione in tal caso

⁵⁰ Quella dottrina che, invece, nega la rilevanza della volontà ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro, esclude coerentemente la configurabilità in tale ambito del fenomeno simulatorio (cfr., ad esempio, F. MAZZIOTTI, *Nozioni di diritto del lavoro: sindacale e della previdenza*, Esi, Napoli, 2006, 137). Nel senso invece della configurabilità della simulazione nel rapporto di lavoro v., fra gli altri, G. NICOLINI, *La simulazione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1969; L. ANGIELLO, *Autonomia e subordinazione nella prestazione lavorativa*, Cedam, Padova, 1974, 67 ss.; G. SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro: costituzione e svolgimento*, Cedam, Padova, 1982, 239 ss.; R. PESSI, *Contributo alla studio della fattispecie lavoro subordinato*, cit., 181; F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1995, 158 s.; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 292; G. PELLACANI, *op. cit.*, 243 ss.; E. GHERA, *Diritto del lavoro: il rapporto di lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, 81 s.

⁵¹ Si vedano le sentenze citate alla nota 40.

la tutela apprestata dall'art. 2126, 1° co., c.c., mancando infatti l'elemento essenziale costituito dall'esistenza di una prestazione di fatto⁵².

Si consideri l'eventualità che una società cooperativa ed un socio lavoratore intendano attuare un rapporto di lavoro a progetto ed a tal fine dichiarino di volere un contratto di lavoro subordinato, rivolgendosi successivamente all'organo abilitato al quale chiedono e ottengono la certificazione del contratto simulato. Anche in tal caso l'unico contratto che potrà avere effetto tra la società ed il socio lavoratore è il contratto di lavoro a progetto dissimulato e, stando a quanto affermato in giurisprudenza, neanche in questo caso troverebbe applicazione l'art. 2126, 1° co., c.c., con la conseguenza che, oltre a quello di lavoro, verrebbe travolto anche il pregresso rapporto giuridico previdenziale⁵³.

La simulazione relativa, inoltre, non dovrà essere necessariamente totale, potendo riguardare anche una parte dell'attività lavorativa. Per cui se le parti hanno ad esempio fatto certificare un contratto di lavoro *part-time* ma nella realtà l'attività è svolta a tempo pieno, il lavoratore potrà agire in giudizio ed ottenere che il giudice qualifichi il rapporto come a tempo pieno⁵⁴.

Deve essere comunque precisato che, nel caso in cui si facesse valere la simulazione del contratto certificato e l'esistenza di un diverso contratto dissimulato, la vicenda andrebbe più precisamente ricostruita in termini di erronea qualificazione del contratto e non come difformità tra programma negoziale e la sua successiva attuazione. Anche in questo caso si tratta di un'erroneità meramente oggettiva e non imputabile alla commissione di certificazione, in quanto il giudice qualifica il rapporto prendendo in considerazione elementi di fatto che la commissione non ha potuto considerare. Del resto, anche in questo caso, se gli effetti della riqualificazione giudiziale non decorressero dalla stipulazione dell'accordo contrattuale, il giudice sarebbe vincolato alla qualificazione operata dalla commissione per una parte del rapporto, con violazione dell'art. 24 e/o dell'art. 102 Cost.⁵⁵

⁵² G. PELLACANI, *op. cit.*, 265 ss., qui 268 e nota 199.

⁵³ Cfr., ad esempio, Cass. 4 giugno 1999, n. 5516, in *Not. giur. lav.*, 2000, 235 ss., secondo cui la previsione contemplata nell'art. 2126, 1° co., c.c., non può trovare applicazione "nell'ipotesi in cui il contratto di lavoro abbia una causa illecita rappresentata dalla comune intenzione delle parti di costituire un rapporto previdenziale vietato da norme imperative di ordine pubblico perché afferente ad un rapporto denunciato all'ente previdenziale come subordinato, ma rivelatosi *ab origine* mancante del vincolo della subordinazione".

⁵⁴ Per un caso di dissimulazione di un contratto di lavoro subordinato a tempo pieno sotto le vesti di un contratto a tempo parziale, cfr. Cass. 11 ottobre 1996, n. 8904, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 496 ss.

⁵⁵ Si veda in proposito la nota 49.

Ciò chiarito, le parti ed i terzi che intendano far valere la simulazione del contratto certificato – di norma, il lavoratore e gli enti previdenziali – dovranno dimostrare, in conformità ai principi generali in materia di onere della prova⁵⁶, l'accordo simulatorio con cui hanno mascherato il reale assetto di interessi tra esse intercorrente sotto lo schermo di un diverso schema negoziale⁵⁷, e che le parti si siano accordate *ab origine*; poiché, se l'accordo dovesse intervenire in un momento successivo si avrebbe non già una simulazione bensì una novazione.

Peraltro deve segnalarsi che molto spesso dalle decisioni dei giudici si evince la tendenza, da tempo messa in luce⁵⁸, ad adottare soluzioni coerenti, quanto agli esiti prospettati, con i principi in materia di simulazione, senza tuttavia compierne un formale richiamo. I giudici, in sostanza, attribuiscono alla circostanza che le parti si siano comportate come se tra loro intercorresse un rapporto di lavoro subordinato un “valore sintomatico dell'esistenza di una realtà negoziale diversa da quella apparente”. Da tale circostanza, cioè, si convincono che l'assetto di interessi che le parti intendono realizzare non sia quello che si desume dal contratto concluso, ma quello tipico di un contratto di lavoro subordinato e che, quindi questo sia stato dissimulato. “In tal modo il disinteresse dei giudici per il momento contrattuale resta solo apparente, nel senso che essi prescindono dal contratto simulato”⁵⁹: rinunciano, cioè, a dichiararne, come dovrebbero la nullità, e si limitano a richiedere all'attore non già la gravosa (specialmente per il lavoratore) prova della simulazione, bensì quella dell'effettivo svolgimento di un'attività lavorativa in posizione subordinata.

⁵⁶ L'art. 1417 c.c. prevede che la prova per testimoni della simulazione è ammissibile senza limiti, se la domanda è proposta da creditori o da terzi e, qualora sia diretta a far valere l'illiceità del contratto dissimulato, anche se è proposta dalle parti. Per il resto, il regime probatorio della simulazione è quello ordinario, con conseguente applicazione delle previsioni di cui agli artt. 2721 ss. Va detto che l'orientamento prevalente ritiene che, in mancanza di una controdedichiarazione scritta, le parti possono dare la prova di un contratto dissimulato di lavoro subordinato sia per testimoni che per presunzioni, anche al di là dei casi ammessi dagli artt. 2723 e 2724 c.c.: per i necessari riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, v. ancora G. PELLACANI, *op. cit.*, 256 ss.

⁵⁷ O al limite, anche la riserva mentale (di norma, irrilevante) del lavoratore che, volendo inizialmente stipulare un contratto diverso da quello voluto dal datore di lavoro (ad es: un contratto di lavoro subordinato anziché un contratto a progetto), finisca per aderire alla proposta della controparte: cfr. L. ANGIELLO, *op. cit.*, 70.

⁵⁸ M. PERSIANI, *op. ult. cit.*, 847 ss.

⁵⁹ M. PERSIANI, *op. ult. cit.*, 847.

2.2.2. Segue: la novazione oggettiva

Resta da esaminare ora la possibilità di impugnare la certificazione per aver le parti posto in essere una novazione del contratto di lavoro precedentemente certificato.

Si tratta, cioè, dell'eventualità di far valere l'intervenuta novazione oggettiva dell'intesa originariamente raggiunta dalle parti nel rispetto di quanto previsto in via generale dall'art. 1230 c.c., secondo cui una obbligazione si estingue se le parti la sostituiscono con una nuova, "con oggetto o titolo diverso" (c.d. *aliquid novi*), purché sussista al riguardo la volontà (c.d. *animus novandi*) ed il comune interesse delle parti (c.d. *causa novandi*) a che la nuova e diversa obbligazione estingua e sostituisca la precedente⁶⁰.

La dottrina che se ne è occupata *funditus* è in linea generale sostanzialmente concorde sull'applicabilità al contratto di lavoro dei principi in materia di novazione, benché approdi a tale conclusione in base a percorsi argomentativi diversi⁶¹.

Secondo un Autore, una eventuale vicenda estintivo-costitutiva del rapporto di lavoro, sarebbe comunque irriducibile alla figura disciplinata dall'art. 1230 c.c.: questa riguarda l'obbligazione e se essa viene novata in un contratto a prestazioni corrispettive, la sua estinzione non si estende all'intero rapporto; il rapporto di lavoro, invece, non si esaurisce nel sinallagma intercorrente tra le prestazioni fondamentali, bensì "è qualcosa di più complesso, in quanto compendia e racchiude una serie di situazioni giuridiche, che alle prestazioni fondamentali si accompagnano e che sono considerate insieme con esse sotto un profilo unitario in quanto effetti di una stessa fattispecie"⁶². Per cui se si vuol parlare di novazione del rapporto di lavoro, da intendersi come un accordo atipico composto da due distinte dichiarazioni con

⁶⁰ Sulla novazione nel diritto civile, ed in particolare sulla novazione oggettiva, v., fra gli altri, O. BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Giuffrè, Milano, 1968; ID., voce *Novazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, 1 ss.; P. RESCIGNO, voce *Novazione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Utet, Torino, 1965, 435 ss.; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento (artt. 1230-1259)*, in A. SCIALOJA, B. BRANCA (a cura di) *Commentario del codice civile*, Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1975; A. MAGAZZÙ, voce *Novazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, 779 ss.; A. ZACCARIA, voce *Novazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XII, Utet, Torino, 1995, 281 ss.

⁶¹ P. TOSI, *Considerazioni in tema di novazione oggettiva del rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 191 ss.; P. MAGNO, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1976, spec. 3 ss., 266 ss.; A. ANASTASI, voce *Novazione (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, 836 ss.

⁶² P. TOSI, *op. cit.*, 193.

cui le parti sciogliono il rapporto originario e ne costituiscono uno nuovo senza soluzione di continuità, ci si trova di fronte ad una novazione in un senso improprio rispetto alla nozione codicistica, seppur tra le stesse non vi sia, sul piano effettuale, molta differenza⁶³.

Secondo altra dottrina non potrebbe dirsi impropriamente ricondotta alla novazione l'estinzione del rapporto di lavoro in corso con costituzione di un nuovo rapporto poiché, anche se considerata dalla legge solo con riferimento all'obbligazione, essa riguarda anche il lato attivo del rapporto, per cui se viene sostituita l'obbligazione muta anche il credito corrispondente⁶⁴. Perché possa parlarsi di novazione del rapporto di lavoro è necessario però che vengano posti in essere atti che ne trasformano la funzione tipica, mentre non di novazione si tratta quando le parti vogliano sostituire al precedente rapporto di lavoro un altro compatibile, che possa cioè essere considerato la prosecuzione del precedente: non di una vicenda estintivo-costitutiva di un nuovo rapporto di lavoro si tratta, bensì di atti idonei a produrre una vicenda modificativa del medesimo rapporto⁶⁵.

In tale ordine di idee, si realizza una novazione oggettiva dell'obbligazione originaria quando le parti mutino l'assetto negoziale in precedenza instaurato, sostituendo un contratto di lavoro subordinato con un autonomo o viceversa e, quindi, determinando il cambiamento della funzione tipica dell'un rapporto nella funzione tipica dell'altro⁶⁶.

Potrebbe accadere, ad esempio, che le parti abbiano deciso all'inizio, con piena genuinità di intenti, di escludere l'assoggettamento della prestazione al potere direttivo del creditore, stipulando un contratto di lavoro a progetto che correttamente la commissione di certificazione provvede a qualificare come tale, ma poi sperimentino l'opportunità di quell'assoggettamento nell'esecuzione dell'attività lavorativa, e convengano, esplicitamente o (come più spesso accade) tacitamente, di mutare in tal senso l'obbligazione

⁶³ P. TOSI, *op. cit.*, 194 ss.

⁶⁴ P. MAGNO, *op. cit.*, 269, nota 10. In senso analogo A. ANASTASI, *op. cit.*, 848 ss., secondo cui "può ammettersi che la novazione (in senso tecnico) agisca nell'area del rapporto di lavoro", per quanto deve essere chiaro che "alla novazione, dal tipico effetto estintivo-costitutivo, si può fare ricorso solo nell'interesse del lavoratore, certo non per la tutela del datore di lavoro", considerata la forte compressione dell'autonomia privata e la debolezza contrattuale di chi esegue la prestazione in modo eterodeterminato.

⁶⁵ P. MAGNO, *op. cit.*, 266 ss.

⁶⁶ Nel senso della novazione intesa come mutamento del contratto di lavoro subordinato in contratto di lavoro autonomo e viceversa v., oltre agli autori citati alla nota 61, L. ANGIELLO, *op. cit.*, 71 ss.; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 314 ss.; G. PELLACANI, *op. cit.*, 217 ss.; M. BIAGI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 111 s.

lavorativa. Oppure – ed è l'ipotesi più frequente – può accadere il contrario: si prenda, ad esempio, il caso in cui le parti abbiano inizialmente stipulato un contratto di lavoro *part-time*, in seguito certificato come tale, ma poi nel corso dello svolgimento del rapporto vi è un momento nel quale esse, espressamente o tacitamente, decidano di porre in essere un negozio novativo, sostituendo il precedente contratto con uno di lavoro a progetto⁶⁷.

In entrambi i casi, le parti o i terzi interessati potranno impugnare la certificazione con l'onere di dimostrare che la difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione debba essere ricostruita come una vicenda novativa dell'intesa originaria. Al riguardo sarà necessario, oltre all'eventuale enunciazione ad opera delle parti di un diverso *nomen juris* quale indice della volontà di mutare il regime giuridico derivante dall'accordo precedente, anche un effettivo mutamento dello svolgimento delle prestazioni lavorative ancorché rimanga eventualmente identico il contenuto della prestazione⁶⁸.

Il giudice, una volta accertata l'intervenuta novazione del contratto originariamente stipulato dalle parti, non farà altro che disapplicare l'atto di certificazione e riqualificare, operando l'accertamento giurisdizionale dal momento in cui risulti accertato che le parti hanno posto in essere il negozio novativo.

Deve, infine, precisarsi che la certificazione potrebbe essere impugnata anche se le parti abbiano posto in essere quello che, secondo una parte della dottrina, sarebbe un mero accordo modificativo del contratto eventualmente certificato, cioè il passaggio da un contratto di lavoro a tempo pieno ad un contratto di lavoro *part-time* e viceversa⁶⁹. Pur ammettendo, con tale dottrina, che la differenza tra i due contratti è solo nella quantità della prestazione e non nella natura di essa, per cui rimane impregiudicata l'unicità del rapporto di lavoro e non muta la sua funzione tipica, non può non rilevarsi che in questo caso un accordo che modifichi la durata della prestazione del contratto di lavoro, incide sulla corretta qualificazione di questo.

Per cui, se ad esempio le parti hanno stipulato e poi certificato come tale un contratto di lavoro *part-time*, ma dopo qualche anno il lavoratore comincia a svolgere costantemente la propria prestazione per il normale orario

⁶⁷ Per un caso analogo, cfr. Trib. Monza 18 gennaio 2000, in *Riv. cons. az.*, 2000, 588 ss.

⁶⁸ Cfr., più di recente, Cass. 20 maggio 2002, n. 7310, in *Mass. giust. civ.*, 2002, 871; Cass. 28 settembre 2002, n. 14071, *ibidem*, 1742; Cass. 27 novembre 2002, n. 16805, cit.

⁶⁹ P. MAGNO, *op. cit.*, 315 s.

di lavoro, egli potrebbe impugnare la certificazione e chiedere che la sentenza accerti che, da quando si è prodotto l'effetto modificativo, quello intercorrente con il datore di lavoro è un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno.

2.3. L'impugnazione per i vizi del consenso: in particolare sull'errore di diritto indotto dall'erronea qualificazione

L'art. 80, 1° co., del d.lgs. 276 prevede, per le sole "parti del contratto certificato", la possibilità di "impugnare l'atto di certificazione anche per vizi del consenso" davanti al giudice ordinario.

In questo caso la formulazione della norma è, oltre che errata, anche superflua. Anche in tal caso l'oggetto dell'impugnazione non è l'annullamento dell'atto di certificazione ma l'annullamento del contratto certificato, che può essere fatta valere, come non potrebbe essere altrimenti ai sensi dell'art. 1427 c.c., dalle parti che lo hanno stipulato, cioè la parte il cui consenso, "fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo".

Viene da interrogarsi allora sulla necessità di questa previsione, considerato che l'impugnazione per vizi del consenso di un contratto certificato non può realmente distinguersi dall'impugnazione per vizi del consenso di un contratto non certificato.

È pure superfluo precisare che la commissione di certificazione si limita a qualificare il contratto sulla base della documentazione prodotta dalle parti e dalle informazioni acquisite tramite la loro audizione. Essa non può farsi carico di investigare tutti i possibili vizi del consenso che potrebbero infirmare la validità del contratto, come ad esempio, la violenza esercitata sul lavoratore prima della audizione affinché confermi il contenuto dell'intesa da certificare, o l'errore che è sì essenziale ai sensi dell'art. 1429 c.c., ma che cade su fatti ignoti alla commissione⁷⁰. Per cui ogni qualvolta la commissione abbia correttamente operato la qualificazione del contratto sottoposto alla sua valutazione, la certificazione sarà corretta ed efficace sebbene la volontà dichiarata dalle parti sia viziata ed il contratto annullabile.

Il significato da attribuire alla norma è che la certificazione non sana i vizi della volontà che inficiano il contratto certificato e questi possono essere fatti valere indipendentemente dalla certificazione, la quale è a tal fine

⁷⁰ Cfr. M.G. GAROFALO, *op. ult. cit.*, 435.

irrilevante⁷¹. Il giudice, quindi, provvede ad invalidare il contratto, disinteressandosi della certificazione, valendo i principi generali in materia di annullabilità del contratto: la sentenza di annullamento (che, come noto, ha natura costitutiva) ha efficacia retroattiva ed importa il ripristino della situazione di fatto e di diritto preesistente, con la conseguenza che il contratto certificato viene meno *ab origine*.

V'è da chiedersi, peraltro, se le parti possano chiedere, in forza di tale disposizione, l'annullamento del contratto certificato per l'errore cui sono state indotte dall'erronea qualificazione operata dalla commissione di certificazione. V'è da chiedersi cioè se il giudice, una volta accertata l'erroneità dell'operazione qualificatoria, possa accogliere la domanda proposta dalla parte indotta in errore dalle opinioni della commissione, esternate in seguito nell'atto di certificazione.

All'indomani dell'approvazione della legge 30/2003 era stata prospettata una situazione del genere profilandosi la possibilità di ottenere l'annullamento per errore di diritto del contratto certificato e successivamente riquilificato dal giudice, quando l'erronea certificazione sia stata fatta propria dalle parti o da una di esse quale "ragione unica o principale del contratto" (art. 1429, n. 4, c.c.)⁷². Senza poter naturalmente pretendere di affrontare esaustivamente la questione, a noi pare che una simile eventualità non possa essere del tutto esclusa e che meriti di essere verificata nel caso di specie la configurabilità dell'errore come vizio del consenso alla luce dei principi in tema di rilevanza, essenzialità e riconoscibilità dell'errore *ex artt.* 1428, 1429 e 1431 c.c.⁷³ Ma – bisogna ribadirlo – l'errore di diritto, se ammesso nel caso di specie, può essere solo una conseguenza dell'erronea qualificazione accertata dal giudice ordinario e non, come pure si è sostenuto, che solo nel caso della invalidazione della certificazione decisa dal giudice amministrativo "ritorna attuale [...] il problema della possibilità di annullare il contratto per errore di diritto"⁷⁴. Una volta caducata la certificazione per vizi del procedimento o per

⁷¹ In tal senso, M.G. GAROFALO, *op. loc. ult. cit.*; G. FRANZA, P. POZZAGLIA, *op. cit.*, 368 s.

⁷² E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 535.

⁷³ In tal senso cfr. A. TURSI, *op. ult. cit.*, 657. *Contra* L. NOGLER, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 907, che esclude invece tale soluzione rilevando che "nell'ipotesi in cui sussiste un errore di qualificazione scatta il principio per cui deve sempre considerarsi irrilevante l'errore che cade sulla disciplina giuridica del contratto concluso al fine di evitare che l'errore stesso sia invocato per sottrarsi all'applicazione di una norma giuridica".

⁷⁴ V. SPEZIALE, *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, cit., 213, che coerentemente profila tale soluzione sul presupposto, già criticato (*supra* § 2.1) che l'erronea qualificazione del contratto costituisca un'ipotesi di "invalidazione del contratto", che deriva direttamente dall'art. 80, 2° co., d. lgs. 276 e che quindi "non richiede il ricorso all'errore di diritto" (p. 199).

eccesso di potere (*infra* § 2.4), non sembra, infatti, che si possa far ricorso al rimedio ipotizzato, perché il contratto viene soltanto privato della certezza pubblica in ordine alla qualificazione impressagli dalla certificazione, rimanendo quindi intatto⁷⁵.

Ciò chiarito, una situazione possibile potrebbe essere la seguente: le parti si rivolgono alla commissione di certificazione senza aver ancora stipulato il contratto e ne chiedono l'assistenza e la consulenza per la sua esatta qualificazione *ex art.* 81 del d. lgs. 276/2003; successivamente, esse dichiarano di volere stipulare un contratto di lavoro a progetto ed a tal fine presentano la relativa istanza di certificazione sapendo che la commissione legitimerà la loro scelta sulla base della consulenza loro fornita; la commissione conferma la natura del contratto sottoscritto dalle parti ed emana l'atto di certificazione; gli enti previdenziali propongono impugnazione per erronea qualificazione, sostenendo la natura subordinata e non autonoma del rapporto, ed il giudice, accertato l'errore operato dalla commissione nel qualificare il contratto, provvede a riqualificarlo come contratto di lavoro subordinato⁷⁶.

Non ci pare priva di fondamento la possibilità che nell'esempio indicato il datore di lavoro/committente possa sostenere che il suo consenso sia stato viziato da un errore di diritto che, come si è già accennato, si sostanzia in una falsa rappresentazione circa l'esistenza, l'applicabilità o la portata di una norma giuridica imperativa o dispositiva⁷⁷. In tal senso la consulenza fornita dalla commissione, poi espressa nell'atto di certificazione, potrebbe averlo erroneamente convinto che l'accordo stipulato immediatamente prima fosse conforme alla disciplina giuridica sul lavoro a progetto, e quindi apparentemente legittimo, inducendolo a manifestare il proprio consenso: si tratterebbe, quindi di "un errore di diritto sull'interpretazione di una norma giuridica, o sulla sussunzione del caso concreto in una fattispecie astratta che si traduce in un errore sul tipo contrattuale"⁷⁸.

Affinché possa ottenere l'annullamento del contratto in precedenza certificato, il datore di lavoro dovrà naturalmente dimostrare che si tratti di errore essenziale e, quindi, secondo la specifica previsione dell'art. 1429, n. 4, c.c., che è stato la ragione unica o principale del contratto, tale per cui se egli non fosse incorso in errore non lo avrebbe concluso. A tal fine potrebbe farsi riferimento, ad esempio, alle dichiarazioni contenute nel verbale dell'audizione

⁷⁵ Così, lucidamente, A. TURSI, *op. ult. cit.*, 658 e nota 219.

⁷⁶ Per un caso analogo cfr. V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 215.

⁷⁷ V. *supra* § 2.1 le sentenze citate alla nota 21.

⁷⁸ V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 215 s. ed ivi puntuali riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

tenutasi nel corso del procedimento di certificazione, se da esse risulti in modo chiaro che egli abbia inteso concludere un contratto di lavoro a progetto solo perché (erroneamente) convinto della bontà delle indicazioni e dei suggerimenti forniti dalla commissione.

In quest'ultimo caso potrebbe inoltre dirsi assolto anche l'onere di dimostrare la riconoscibilità dell'errore da parte del lavoratore secondo l'ordinaria diligenza, l'altro requisito richiesto dall'art. 1431 c.c. per ottenere l'annullamento del contratto. In difetto di tali dichiarazioni si potrebbe obiettare che il lavoratore, con l'avvenuta certificazione, abbia rafforzato la convinzione circa la legittimità della qualificazione del contratto e l'inesistenza, in capo al datore di lavoro, di qualsiasi falsa rappresentazione della realtà. Il problema della non riconoscibilità sarebbe comunque superato nel caso in cui la qualificazione operata dalla commissione di certificazione abbia indotto in errore entrambe le parti circa natura subordinata anziché autonoma del rapporto, considerato che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, non si ritiene necessario il requisito della riconoscibilità in caso di errore bilaterale⁷⁹.

2.4. *L'impugnazione per eccesso di potere o per i vizi del procedimento*

Con la previsione contenuta nel quinto comma dell'art. 80 del d. lgs. 276/2003 si esaurisce il catalogo dei rimedi giurisdizionali attivabili per contestare la certificazione, prevedendosi che davanti al Tar “nella cui giurisdizione ha sede la commissione che ha certificato il contratto, può essere presentato ricorso contro l'atto certificatorio per violazione del procedimento o per eccesso di potere”.

Una previsione non contemplata dalla l. 30/2003 e, secondo una parte della dottrina, improvvidamente inserita dal decreto delegato perché i soggetti legittimati ad impugnare la certificazione devono considerarsi titolari esclusivamente di diritti soggettivi, mentre nel caso di specie non possono identificarsi degli interessi legittimi da tutelare: per cui “le eventuali violazioni dell'organo chiamato alla certificazione avrebbero potuto e dovuto portare alla disapplicazione dell'atto, qualora vi fossero stati i relativi presupposti⁸⁰.”

⁷⁹ Su tale ultimo aspetto cfr. ancora, per i necessari riferimenti, V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 216.

⁸⁰ E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, 561, secondo il quale così facendo “i diritti soggettivi possono essere fatti valere come interessi legittimi, e si ripropone così un'impostazione superata da decenni e in contrasto con il basilare principio per cui il *petitum* sostanziale determina la giurisdizione”. L'A.

Con specifico riferimento ai vizi dell'atto di certificazione che possono essere fatti valere innanzi al giudice amministrativo, non può che sorprendere, invece, il riferimento all'eccesso di potere.

Questo presuppone, infatti, l'esercizio di discrezionalità amministrativa e cioè, secondo una nota definizione, "la ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario"⁸¹, mentre le certificazioni realizzano un accertamento che, per sua natura, è vincolato e non lascia spazio a valutazioni discrezionali; per cui l'eccesso di potere è in generale inconfigurabile in materia di certificazioni⁸². Talora, l'atto di certificazione può essere espressione di discrezionalità tecnica, che consiste in una valutazione che deve essere compiuta attraverso regole, cognizioni e mezzi forniti dalla scienza o dalla tecnica⁸³, ed in tal caso possono essere impugnate per difetto di motivazione, illogicità manifesta o errore di fatto⁸⁴.

Ora anche nella certificazione dei contratti di lavoro la commissione realizza un accertamento, nel senso che la qualificazione del contratto prescinde dal suo apprezzamento. Sebbene, infatti, la qualificazione presupponga sempre una valutazione che consiste nel verificare se il programma negoziale è riconducibile ad una determinata fattispecie astratta, la rilevanza giuridica del comportamento contrattuale delle parti non è stabilita dall'organo ma discende direttamente dalle disposizioni normative che devono essere poste alla base della qualificazione del contratto (*supra* Cap. II, § 4).

Per cui in tal caso non vi è alcun esercizio di discrezionalità amministrativa, perché l'organo non effettua una scelta fra più soluzioni possibili in vista della realizzazione dell'interesse primario della pubblica amministrazione ma applica delle fattispecie normative e quindi individua, sulla base del giudizio qualificatorio, la disciplina giuridica che deve applicarsi alla fattispecie concreta sottoposta alla sua valutazione⁸⁵. Considerato che la qualificazione comporta una manifestazione di giudizio⁸⁶ che si sostanzia

sottolinea, inoltre, le "espressioni singolari" con cui è stata redatta la disposizione come il riferimento al solo TAR, che potrebbe far pensare all'esclusione della possibilità dell'appello, o l'improprio riferimento alla "giurisdizione" in luogo di "circostrizione territoriale", superfluo, oltre che errato, perché per l'individuazione del giudice competente valgono i criteri generali propri del processo amministrativo (E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, 561 nota 118).

⁸¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 487

⁸² M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 939 ss., 947.

⁸³ M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 492 ss.

⁸⁴ Sul punto, cfr. P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, II, Giuffrè, Milano, 2001, 9 e nota 12.

⁸⁵ Cfr. V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 210 s.; L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 877, 905; V. ANGIOLINI, L. FASSINA, *op. cit.*, 373; P. TULLINI, *op. ult. cit.*, 849; A. TURSI, *op. ult. cit.*, 658.

⁸⁶ V. *supra* Cap. II, § 4

nell'applicazione di regole tecnico giuridiche, potrebbe al limite parlarsi di esercizio di discrezionalità tecnica da parte della commissione di certificazione⁸⁷.

In ogni caso una soluzione potrebbe rinvenirsi nel riferire all'accertamento compiuto con l'atto di certificazione quei vizi dell'atto amministrativo che, per quanto siano forme sintomatiche dell'eccesso di potere, secondo la dottrina amministrativistica possono riscontrarsi anche in atti non discrezionali, come ad esempio il travisamento dei fatti, "in quanto anche una decisione vincolata può essere viziata per essere l'organo incorso in errore sulla realtà della situazione, o averla deliberatamente descritta in modo diverso da quella che è; oppure l'insufficiente o contraddittoria motivazione, se si ritiene che "la motivazione sia un requisito di tutti i provvedimenti, compresi quelli che portano, per l'organo, un semplice accertamento di fatti ed una semplice applicazione sillogistica di modelli normativi assolutamente rigidi"⁸⁸.

Per quanto riguarda la possibilità di far valere l'insufficiente o contraddittoria motivazione dell'atto di certificazione, si è invece sostenuto che potrebbe essere sindacata esclusivamente sotto il profilo della violazione di legge che non è stato invece contemplato come possibili motivo di impugnazione dal d. lgs. 276/2003. Per cui in questi casi, come pure nel caso in cui l'istanza di certificazione venga rigettata in quanto motivata sull'erroneo convincimento della mancanza dei presupposti per accogliere l'istanza, l'atto di certificazione non potrà essere impugnato⁸⁹. Se si considera inoltre che nella violazione di legge rientrerebbe anche l'errata applicazione di norme e che invece è devoluto alla cognizione del giudice ordinario l'erronea qualificazione del programma negoziale, non potrebbero neanche sottacersi, secondo tale dottrina, i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 80, 5° co. Cost.⁹⁰

Queste critiche tuttavia non possono condividersi per tre ordini di ragioni. La prima è stata in parte già esposta nelle pagine precedenti: l'errata applicazione delle norme definitorie ed interpretative nell'operazione qualificatoria attiene alla correttezza sostanziale di questa e rileva quindi sotto il profilo dell'erroneità della qualificazione e non come vizio dell'atto amministrativo, *sub specie* di violazione di legge. Correttamente quindi il

⁸⁷ In tal senso P. TULLINI, *op. loc. ult. cit.*; E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 290; A. TURSI, *op. ult. cit.*, 659 e nota 226. *Contra* V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 211.

⁸⁸ Così P. GASPARRI, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, 1965, vol. XIV, Giuffrè, Milano, 134; soluzione condivisa da A. TURSI, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁹ V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 212 ed ivi i necessari riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁹⁰ V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 199, che tuttavia ammette come

legislatore ha distinto i vizi propri dell'accertamento amministrativo, riguardato nei suoi profili formativi e procedurali, da quelli relativi alla correttezza sostanziale del giudizio qualificatorio⁹¹.

La seconda ragione è che, per la dottrina amministrativistica, i difetti dell'atto amministrativo non discrezionale possono ricondursi sul piano dogmatico sia all'eccesso di potere che alla violazione di legge⁹², per cui risulterebbe alfine sufficiente il richiamo all'eccesso di potere, senza la necessità di includere anche la violazione di legge o l'incompetenza.

La terza ragione, che invero assorbe le precedenti, è che la scelta del legislatore non comporta conseguenze apprezzabili sul piano pratico se si considera, che secondo la piana interpretazione dell'art. 113 Cost.⁹³, alla giurisdizione amministrativa può essere denunciato qualunque vizio di legittimità dell'atto, senza che abbia rilevanza se esso debba ascrivarsi all'una o alla altra delle tre figure tradizionali⁹⁴.

Quanto alla violazione del procedimento tale vizio viene essenzialmente in rilievo in caso di violazione di quanto prescritto dall'art. 78 del d. lgs. 276/2003, inclusa la disciplina relativa alle "procedure di certificazione determinate all'atto di costituzione delle commissioni di certificazione" (78, 2° co.). Per cui rileveranno l'omessa comunicazione dell'inizio del procedimento alla direzione provinciale del lavoro, e da questa alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto produce effetti (2° co. lett. a); l'omessa motivazione dell'atto di certificazione, del termine e dell'autorità cui è possibile ricorrere (2° co. lett c), mentre non dovrebbe comportare violazione del procedimento il mancato rispetto del termine di trenta giorni dal ricevimento dell'istanza per emanare l'atto di certificazione (2 co. lett. b), se si conviene che trattasi di termine ordinatorio⁹⁵; la mancata esplicita menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali e fiscali, in relazione ai quali le parti chiedono la certificazione (2. co. lett. d). Come pure

⁹¹ In tal senso A. TURSI, *op. ult. cit.*, 659 s. Del resto è lo stesso Speciale ad ammettere che la possibilità di contestare l'errata qualificazione davanti al giudice ordinario esclude l'incostituzionalità dell'art. 80, 5° co., per violazione dell'art. 24 Cost. considerato che il giudice ordinario, nell'accertare l'errata qualificazione, controlla direttamente o indirettamente le ragioni poste alla base della decisione dell'organo ed esterne nell'atto di certificazione: V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 213.

⁹² P. GASPARRI, *op. loc. cit.*, cui *adde* A. TURSI, *op. ult. cit.*, 660.

⁹³ "Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti": art. 113 Cost., 1° e 2° co.

⁹⁴ P. GASPARRI, *op. cit.*, 125 s.

⁹⁵ V. *supra* Cap. III, § 2.2.

può essere fatta valere come violazione del procedimento, l'incompetenza dell'organo adito per la certificazione⁹⁶.

Una volta accolta l'impugnazione prevista dall'art. 80, 5° co., d. lgs. 276/2003, il giudice provvede ad annullare l'atto di certificazione, senza alcun riflesso sulla validità ed efficacia del contratto che, come detto, rimane solo privo dell'accertamento sulla qualificazione provvisoriamente operato dalla commissione di certificazione.

L'annullamento dell'atto di certificazione per i vizi suddetti, così come la sua disapplicazione quando il giudice provvede alla riqualificazione del contratto, comporta naturalmente l'obbligo di corrispondere i contributi previdenziali. *Quid juris*, invece, per le eventuali sanzioni civili, amministrative e anche penali connesse all'evasione contributiva o fiscale?

Per una parte della dottrina e limitatamente alla ipotesi di erronea qualificazione, esse andrebbero escluse nel rispetto del principio di affidamento che la parte contro cui opera la riqualificazione giudiziale ha avuto sulla esatta valutazione della commissione di certificazione, salva comunque l'operatività delle sanzioni civili per le omissioni contributive⁹⁷. Tuttavia è la legge stessa a prevedere che la certificazione ha un'efficacia provvisoria la quale può essere rimossa con effetto retroattivo, e quindi non può invocarsi nessun affidamento sulla sua legittimità poiché chi si rivolge alla commissione di certificazione è ben consapevole della possibilità che l'atto venga invalidato o disapplicato in sede giudiziaria⁹⁸. Per cui, in mancanza di disposizioni derogatorie, non può escludersi l'operatività del regime sanzionatorio ordinario, sul piano previdenziale o fiscale.

3. Sulla plausibilità dei ricorsi amministrativi verso l'atto di certificazione

Rimane a questo punto da verificare la possibilità di avvalersi dei rimedi amministrativi per contestare le risultanze della certificazione, sulla cui esperibilità il d. lgs. 276/2003 non fa menzione alcuna.

La dottrina che se ne è occupata ha per lo più seccamente escluso o ammesso tale possibilità, ritenendo invece di trarre delle indicazioni in proposito da talune disposizioni della disciplina sulla certificazione. In un

⁹⁶ Cfr. V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 211.

⁹⁷ L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 883 s.

⁹⁸ Cfr. V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 201 ed in senso analogo G. DONDI, *op. ult. cit.*, 1084.

senso, la possibilità di esperire ricorsi amministrativi è stata esclusa perché tanto deve concludersi se si considera l'art. 80 del d. lgs. 276/2003, il quale concerne i soli rimedi giurisdizionali⁹⁹. Al contrario, altra parte della dottrina ha inteso il riferimento contenuto nell'art. 78, 2° co. lett. c, secondo cui l'atto di certificazione deve indicare "l'autorità cui è possibile ricorrere", in termini di ricorso amministrativo gerarchico¹⁰⁰, senza prendere in considerazione l'ipotesi che, nelle intenzioni del legislatore, esso si ricollega alla previsione dell'art. 80 del decreto delegato¹⁰¹.

Senza poter naturalmente pretendere di affrontare *funditus* la questione, non sembra che sia possibile pervenire all'una o all'altra delle soluzioni testé indicate senza verificarne la fondatezza alla luce dei principi generali sulla esperibilità dei ricorsi amministrativi.

Il problema, naturalmente, non si pone per quanto riguarda le università private, i consulenti del lavoro e gli enti bilaterali. Se è vero, infatti, che l'atto di certificazione può dirsi un atto amministrativo anche se proviene da soggetti privati e che può essere impugnato davanti al giudice amministrativo, questo ovviamente non rende tali soggetti delle pubbliche amministrazioni. Quando, ad esempio, la dottrina amministrativistica definisce gli enti bilaterali come "pubbliche amministrazioni di derivazione sindacale"¹⁰², allude al fatto che essi svolgono attività che talora si concludono con atti aventi degli effetti imperativi e, in quanto tali, oggettivamente corrispondenti ad una tipica funzione amministrativa. Ma si tratta di atti provenienti da organismi che non hanno nessuna relazione strutturale, né diretta né indiretta, con i pubblici poteri, e che sono unicamente riferibili alle organizzazioni sindacali che li hanno costituiti. Per cui nessun ricorso amministrativo potrà essere esperito verso l'atto di certificazione posto in essere dagli enti bilaterali, immaginandosi al limite la possibilità che gli accordi sindacali che li hanno istituiti prevedano "un doppio grado o una istanza di revisione"¹⁰³.

Ciò chiarito, non pare esserci alcun dubbio che non possa essere proposto il ricorso in opposizione alla commissione che ha emanato l'atto di certificazione poiché questo è un rimedio amministrativo che può essere esperito solo nei casi previsti dalla legge, come prevede l'art. 7 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

⁹⁹ L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 904.

¹⁰⁰ E. GHERA, *op. ult. cit.*, 282.

¹⁰¹ Il rilievo è di A. TURSI, *op. ult. cit.*, 650.

¹⁰² B.G. MATTARELLA, *Sindacati e pubblici poteri*, Giuffrè, Milano, 2003, 208 ss.

¹⁰³ E. GHERA, *op. ult. cit.*

Deve pure escludersi, ma per altra ragione, la possibilità di proporre un ricorso gerarchico. Come noto, un ricorso amministrativo gerarchico consente ai soggetti che vi abbiano interesse di impugnare nella sede gerarchica qualificata gli atti di primo grado posti in essere da un'autorità in posizione sott'ordinata. Più specificamente, poiché i ricorsi amministrativi si appuntano contro atti operanti all'esterno della pubblica amministrazione e il provvedimento che li decide è ugualmente destinato a operare nei rapporti esterni, soltanto gli atti posti in essere da organi possono formare oggetto di ricorso gerarchico.

Insomma, non si ha ricorso gerarchico se non esiste una relazione di gerarchia e non si hanno rapporti di gerarchia se non tra organi. Nello specifico di organi individuali poiché non sussiste un rapporto gerarchico tra un organo collegiale e un organo individuale, o viceversa, né da un organo collegiale a un altro¹⁰⁴. Gli organi collegiali, essendo dotati di competenza riservata, sono infatti sottratti al vincolo di sottordinazione gerarchica ad altro organo, con la conseguenza che gli atti emanati, al pari di quelli posti in essere da organi posti al sommo grado della scala gerarchica, divengono definitivi ed il ricorso gerarchico è inammissibile¹⁰⁵, a meno che non sia la legge a prevederlo: in questo caso si parla di ricorso gerarchico improprio, perché manca un rapporto gerarchico tra l'autorità che ha adottato l'atto impugnato e quella decidente¹⁰⁶.

Ora l'organo abilitato alla certificazione è per esplicita previsione dell'art. 76 una "commissione" che, in quanto tale, è un organo collegiale; per cui, mancando una esplicita previsione che lo ammetta, deve escludersi che avverso l'atto di certificazione possa proporsi un ricorso gerarchico¹⁰⁷.

Contro l'atto di certificazione potrebbe allora esperirsi, al limite, il ricorso straordinario al Capo dello Stato, il quale è il ricorso proponibile per quegli atti nei cui confronti, in ragione del loro carattere definitivo, non sono esperibili rimedi amministrativi all'interno dell'ordinamento proprio della particolare amministrazione dalla quale proviene l'atto¹⁰⁸.

¹⁰⁴ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1984, II, 1193 s.

¹⁰⁵ A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 1195. In giurisprudenza, cfr. ad esempio Cons. St. 17 maggio 1983, n. 236, in *Cons. St.*, 1985, I, 1530 ss.; Tar Lombardia 24 settembre 1993, n. 580, in *Tar*, 1993, I, 4013; Tar Calabria 18 giugno 1997, n. 347, *ibidem*, 1997, I, 3377 ss.

¹⁰⁶ Si tratta, ad esempio, del ricorso esperibile davanti ad un organo monocratico avverso delibere di organi collegiali e viceversa, o di quello deciso da un organo collegiale avverso delibere di altri organi collegiali.

¹⁰⁷ Perviene a tali conclusioni anche A. TURSI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁸ A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 1212.

In proposito varranno, quindi, le prescrizioni contenute nel titolo III del d.P.R. 1199/1971, che disciplina lo svolgimento del ricorso.

Per quel che qui interessa, giova rammentare che esso dovrà essere proposto nel termine di centoventi giorni dalla notifica o dalla comunicazione o, comunque, dalla piena conoscenza dell'atto ritenuto lesivo, e sarà ammesso per i soli vizi di legittimità dell'atto di certificazione non anche per far valere i vizi attinenti al merito¹⁰⁹. Il ricorso straordinario al Capo dello Stato investe tutte le posizioni soggettive per le quali sarebbe possibile agire in giudizio davanti al giudice amministrativo o davanti al giudice ordinario, ma è un rimedio alternativo al ricorso giurisdizionale, per cui una volta proposto il primo non sarà più esperibile il secondo e viceversa¹¹⁰. Tuttavia gli eventuali controinteressati, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica del ricorso straordinario, potranno eventualmente chiedere la trasposizione della controversia in sede giurisdizionale (art. 10 d.P.R. 1199/1971), con l'effetto di estinguere il procedimento contenzioso in sede straordinaria e di rimettere in termini l'originario ricorrente per l'impugnazione giurisdizionale¹¹¹.

¹⁰⁹ In tal senso, Cons. St. 8 marzo 1994, n. 1115, in *Cons. St.*, 1996, I, 1279 ss.; 29 novembre 1995, n. 1325, *ibidem*, 1997, I, 944 ss.

¹¹⁰ Cfr. Cons. St. 18 febbraio 1997, n. 289, in *Cons. St.*, 1997, I, 276 ss.; Cons. St. 17 aprile 1997, n. 601, *ibidem*, 555 ss.; Tar Piemonte 3 luglio 1997, n. 534, in *Tar*, 1997, I, 3011 ss.

¹¹¹ In tal senso v. Tar Trentino Alto Adige 12 settembre 1996, n. 311, in *Tar*, 1996, I, 4143 ss.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. (2002), *Il "Libro Bianco del Ministero del lavoro"*, Atti del seminario di Roma del 21 novembre 2001, in *Riv. giur. lav.*, I, 141 ss.

AA. VV. (2002), *Lavoro: ritorno al passato. Critica del libro bianco e della legge delega al governo Berlusconi sul mercato del lavoro*, Ediesse, Roma.

ALLEVA P.G. (2003), *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, I, 887 ss.

ALLEVA P.G., ANDREONI A., ANGIOLINI V., COCCIA F., NACCARI G. (2002), *Un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti*, in AA. VV., *Lavoro: ritorno al passato. Critica del libro bianco e della legge delega al governo Berlusconi sul mercato del lavoro*, Ediesse, Roma, 69 ss.

ANASTASI A. (1978), voce *Novazione (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 836 ss.

ANGIELLO L. (1974), *Autonomia e subordinazione nella prestazione lavorativa*, Cedam, Padova.

ANGIOLINI V., FASSINA L. (2004), *Sulle procedure di certificazione*, in GHEZZI G. (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 357 ss.

ARANGUREN A. (1981), *La tutela dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova.

ASCARELLI T. (1952), *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano.

AVONDOLA A. (2004), *Certificazione e legittimità costituzionale*, 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, 305 ss.

BALLESTRERO M.V. (1987), *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. dir.*, 41 ss.

BALLESTRERO M.V. (1989), *Intervento*, in AA. VV., *Il lavoro e i lavori*, in *Lav. dir.*, 209 ss.

BEDUSCHI C. (1984), *Tipicità e diritto: contributo allo studio del razionalismo giuridico*, Patron, Bologna.

BELLAVISTA A. (2004), 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, Padova, 779 ss.

BETTI E. (1949), *Interpretazione delle leggi e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Giuffrè, Milano.

BETTI E. (1960), *Teoria generale del negozio giuridico*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino.

BIAGI M. (1998), *La "flessibilità certificata" del socio di cooperativa*, in *Guida lav.*, 38, 12 ss.

BIAGI M. (2001) *Progettare per modernizzare*, in TREU T., *Le politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 269 ss.

BIAGI M., TIRABOSCHI M. (1999), *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno "Statuto dei lavori"*, in *Lav. dir.*, 571 ss.

BIANCA C.M. (2000), *Diritto civile. III. Il contratto*, Giuffrè, Milano.

BIGLIAZZI GERI L. (1991), *L'interpretazione del contratto*, in SCHLESINGER P. (a cura di), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano.

BONANNI R. (2004), *Il giudizio della Cisl sulla riforma Biagi e le proposte per la sua attuazione*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 825 ss.

BOZZI A. (1968), voce *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XV, 1968, Utet, Torino, 1140 ss.

BUCCISANO O. (1968), *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Giuffrè, Milano.

BUCCISANO O. (1990), voce *Novazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1 ss.

CAMPANELLA P. (2002), *Il Libro bianco e il disegno di legge delega in tema di mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 5 ss.

CANAPA C.F. (2004), *Il giudizio della Uil sulla riforma Biagi e le proposte per la sua attuazione*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 843 ss.

CARINCI F. (2003), *Il casus belli degli Enti bilaterali*, in *Lav. dir.*, 199 ss.

CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., TREU T. (2005), *Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino.

CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di) (2002), *Il diritto del lavoro dal "Libro bianco" al disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano.

CARRESI F. (1987), *Il contratto*, in CICU A., MESSINEO F. (già diretto da) e MENGONI L. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, vol. I.

CASADIO G. (2002), *Introduzione*, AA.VV., *Il "Libro Bianco del Ministero del lavoro"*, Atti del seminario di Roma del 21 novembre 2001, in *Riv. giur. lav.*, I, 143 ss.

CASELLA M. (1961), *Il contratto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano.

CATAUDELLA A. (1966), *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milano.

CATAUDELLA A. (1983), *Spunti della tipologia dei rapporti di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1983, I, 77 ss.

CESTER C. (1989), voce *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. Dir.*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 984 ss.

CESTER C. (2003), *Il futuro degli enti bilaterali: collaborazione e antagonismo alla prova della riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2003, 211 ss.

CHIARLONI S., *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 269 ss.

CIAN G. (1969), *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Cedam, Padova.

CONSOLO C., MARINELLI M. (2003), *La Cassazione e il "duplice volto" dell'arbitrato in Italia (I e II)*, in *Corr. giur.*, 678 ss., 827 ss.

COSTANTINO G. (2004), *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, Bari, 439 ss.

D'ANDREA A. (2004), *Il procedimento di certificazione*, in PERONE G., VALLEBONA A., *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 291 ss.

D'ANTONA M. (1990), *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 529 ss.

D'ANTONA M. (1991), *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 455 ss.

D'ANTONA M. (1995), *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 63 ss.

DE ANGELIS L. (2003), *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, Milano, 234 ss.

DE ANGELIS L. (2004), *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 235 ss.

DE ANGELIS L. (2004), *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in *Lav. giur.*, 247 ss.

DEL PUNTA R. (2003), *Enti bilaterali e modelli di regolazione sindacale*, in *Lav. dir.*, 219 ss.

DE LUCA TAMAJO R. (1976), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.

DE LUCA TAMAJO R. (1997), *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del lavoro coordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 41 ss.

DE LUCA TAMAJO R. (2003), *Dal lavoro parasubordinato al lavoro "a progetto"*, in *Working Papers CSDLE Massimo D'Antona*, n. 25, 1 ss.

DE LUCA TAMAJO R., FLAMMIA R., PERSIANI M. (1998), *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in Aa. Vv., *Autonomia e subordinazione: vecchi e nuovi modelli*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 331 ss.

DE NOVA G. (1974), *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova.

DONDI G. (2004), *Sull'istituto della certificazione nel d. lgs. 276 del 2003*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, in *Dir. lav.*, III, 1067 ss.

DONDI G. (2005), *La disciplina della posizione del socio di cooperativa dopo la c.d. legge Biagi*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, vol. I, 661 ss.

FALZEA A. (1958), voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffré, Milano, 205 ss.

FERRARO G. (1990), *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1 ss.

FERRARO G. (1992), *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova.

FERRARO G. (1998), *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 429 ss.

FERRARO G. (2005), *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*, in *Riv. giur. lav.*, I, 695 ss.

FLAMMIA R. (1960), *Sull'art. 2113 c.c.*, in *Mass. Giur. Lav.*, 380 ss.

FOGLIA R. (2001), *Domanda di giustizia e processo del lavoro*, in *Giur. it.*, VI, 1289 ss.

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.

FRANZA G., POZZAGLIA P. (2004), *L'impugnazione della certificazione*, in PERONE G., VALLEBONA A., *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 363 ss.

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.

GAROFALO M.G. (2003), *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *Riv. giur. lav.*, I, 359 ss.

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

GAZZONI F. (2003), *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli.

GHERA E. (1988), *La questione della subordinazione tra modelli tradizionali e nuove proposte*, in *Giorn. Dir. lav., rel. ind.*, 621 ss.

GHERA E. (1992), *Accordi collettivi in agricoltura e contrattazione collettiva nei rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Autonomia privata assistita e autonomia collettiva nei contratti agrari*, Giuffrè, Milano, 221 ss.

GHERA E. (2002), *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. prat. lav.*, 527 ss.

GHERA E. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma*

e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276, Esi, Napoli, 277 ss.

GHERA E. (2005), *L'università e la certificazione dei contratti di lavoro*, Intervento al convegno organizzato da Adapt e Fondazione "Marco Biagi", "Scuola, Università, lavoro dopo la Riforma Biagi", Modena, 27-30 giugno 2005, 1 ss.

GHERA E. (2006), *Diritto del lavoro: il rapporto di lavoro*, Cacucci, Bari.

GHERA E. (2006), *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1 ss.

GHEZZI G. (a cura di) (1996), *La disciplina del mercato del lavoro*, Ediesse, Roma.

GIACCHETTI S. (1988), voce *Certificazione I) Diritto amministrativo*, in *Enc. Giur Treccani*, vol. VI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1 ss.

GIANNINI M.S. (1960), voce *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 769 ss.

GIANNINI M.S. (1988), *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, vol. II.

GIUGNI G. (1958), *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 65 ss.

GIUGNI G. (1963), *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli.

GIUGNI G. (1970), *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: riesame critico*, in *Dir. lav.*, I, 3 ss.

GRAGNOLI E. (2004), Sub art. 82. *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, Padova, 856 ss.

GRAGNOLI E. (2004), Sub art. 83. *Deposito del regolamento interno delle cooperative*, 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, Padova, 866.

GRAGNOLI E. (2004), Sub art. 84. *Interposizione illecita e appalto genuino*, 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, Padova, 873 ss.

GRAGNOLI E. (2004), *L'interpretazione e la certificazione tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, I, 543 ss.

GRAGNOLI E. (2005), *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 83 ss.

GRANDI M., *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1963.

GRASSETTI C. (1938), *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Cedam, Padova.

ICHINO P. (1989), *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.

ICHINO P. (1990), *Norma inderogabile e valorizzazione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1990, I, 77 ss.

ICHINO P. (1991), *Chi ha paura dell'autonomia individuale?*, in *Riv. giur. lav.*, I, 81 ss.

ICHINO P. (1996), *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano.

ICHINO P. (2000), *Il contratto di lavoro*, in CICU A., MESSINEO F. (già diretto da) e MENGONI L. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, vol. I.

LEONARDI S. (2004), *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 443 ss.

LOY G. (1990), *Riflessioni su specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna, 51 ss.

LUNARDON F. (1990), *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 403 ss.

LUNARDON F. (2005), *Rinunzie e transazioni*, in AA.VV. *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro. D.lgs. 276/2003 come modificato dal D. lgs. 251/2004*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Ipsoa, Milano, vol. V, 145 ss.

MAGAZZÙ A. (1978), voce *Novazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 779 ss.

- MAGNANI M. (1990), voce *Disposizione dei diritti*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. *Comm.*, vol. V, Utet, Torino, 31 ss.
- MAGNANI M. (1998), *Verso uno "Statuto dei lavori"?*, in *Dir. rel. ind.*, 311 ss.
- MAGNANI M., SPATARO S. (2004), *Il lavoro a progetto*, in *Working Paper CSDLE Massimo D'Antona*, n. 27, 1 ss.
- MAGNO P. (1976), *Le vicende modificative del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova
- MAGRINI S. (1973), voce *Lavoro (contratto individuale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 382 ss.
- MANDRIOLI C. (2005), *Diritto processuale civile. I procedimenti speciali di cognizione e i giudizi arbitrali*, Giappichelli, Torino, vol. III.
- MARESCA A. (2004), *La nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative*, in AA.VV., *Riforma Biagi. Le nuove collaborazioni*, in *Speciali Guida lav.*, n. 1, 6 ss.
- MARINELLI M. (2002), *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Giappichelli, Torino.
- MARIUCCI L. (2002), *La forza di un pensiero debole. Una critica del "Libro bianco del lavoro"*, in *Lav. dir.*, 3 ss.
- MARIUCCI L. (2003), *Interrogativi sugli enti bilaterali*, in *Lav. dir.*, 163 ss.
- MARIUCCI L. (2004), *Commento all'art. 2, lett. h)*, 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, Padova, 66 ss.
- MARTINENGO G. (2003), *Enti bilaterali: appunti per la discussione*, in *Lav. dir.*, 2003, 175 ss.
- MATTARELLA B.G. (2003), *Sindacati e pubblici poteri*, Giuffrè, Milano.
- MAZZIOTTI F. (2006), *Nozioni di diritto del lavoro: sindacale e della previdenza*, Esi, Napoli.
- MAZZOTTA O. (1979), *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- MAZZOTTA O. (1991), *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 489 ss.
- MENGHINI L. (1998), *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in AA. VV., *Autonomia e subordinazione: vecchi e nuovi modelli*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 143 ss.

MENGONI L. (1965), *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in AA. VV., *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della Ceca*, Giuffrè, Milano, 439 ss.

MENGONI L. (1985), *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in ID., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 11 ss.

MENGONI L. (1986), *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. it. dir.lav.*, I, 5 ss.

MENGONI L. (1990), *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in MENGONI L., PROTO PISANI A., ORSI BATTAGLINI A., *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, processuale civile, diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. lav., rel. ind.*, 5 ss.

MISCIONE M. (2003), *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. giur.*, 812 ss.

MONTUSCHI L. (1993), *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *Lav. dir.*, 21 ss.

MONTUSCHI L. (1998), *Un "nuovo" lavoro da regolare*, in *Arg. dir. lav.*, 683 ss.

MOSCARINI M.V. (1991), voce *Rinunzia*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1 ss.

NAPOLI M. (2003), *Gli enti bilaterali nella prospettiva di riforma del mercato del lavoro*, in *Jus*, 235 ss.

NAPOLI M. (2005), *Riflessioni sul ruolo degli enti bilaterali nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in *Jus*, 309 ss.

NICOLINI G. (1969), *La simulazione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.

NOGLER L. (1990), *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 182 ss.

NOGLER L. (2002), *Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Arg. dir. lav.*, 109 ss.

NOGLER L. (2002), *Il principio del doppio rapporto e le tipologie lavorative*, in NOGLER L., TREMOLADA M., ZOLI C. (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 357 ss.

NOGLER L. (2003), *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 110 ss.

NOGLER L. (2004), *Rinunzie e transazioni*, in PEDRAZZOLI M. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D. lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Zanichelli, Bologna, 835 ss.

NOGLER L. (2004), *Certificazione dei contratti di lavoro*, in PEDRAZZOLI M. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D. lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Zanichelli, Bologna, 869 ss.

NOGLER L. (2004), *Altre ipotesi di certificazione*, in PEDRAZZOLI M. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro, D. lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Zanichelli, Bologna, 915 ss.

NOGLER L. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 203 ss.

NOGLER L. (2004), *Statuto dei lavori e certificazione*, in *Dir. rel. ind.*, 235 ss.

NOVELLA M. (2004), *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nella disciplina del lavoro a progetto*, in *Lav. dir.*, 117 ss.

ORSI BATTAGLINI A. (1990), *Diritto amministrativo*, MENGONI in L., PROTO PISANI A., ORSI BATTAGLINI A., *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, processuale civile, diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. lav., rel. ind.*, 39 ss.

PALADINO F. (2005) *Certificazione dei contratti di lavoro e teoria del negozio giuridico*, in PELLACANI G., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative, problemi, soluzioni, prospettive*, in *Speciali Guida lav.*, 24 ss.

PARISI M. (2005), *Le direzioni provinciali del lavoro*, in TIRABOSCHI M., ENRICO C., *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Giuffr , Milano, 91 ss.

PASQUINI F. (2004), *Il ruolo degli organismi bilaterali nel decreto attuativo della legge 14 febbraio 2003, n. 30: problemi e prospettive*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffr , Milano, 650 ss.

PEDRAZZOLI M. (1985), *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffr , Milano.

PEDRAZZOLI M. (a cura di) (1990), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna.

PEDRAZZOLI M. (1996), *Forme giuridiche del lavoro e mutamento della struttura sociale*, in AA VV., *Il diritto dei disoccupati, Studi in onore di Koichiro Yamaguchi*, Giuffrè, Milano, 293 ss.

PEDRAZZOLI M. (1998), *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in AA. VV., *Studi in onore di Federico Mancini*, Giuffrè, Milano, I, 397 ss.

PEDRAZZOLI M. (1998), *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Giorn. Dir. lav. rel. ind.*, 509 ss.

PEDRAZZOLI M. (1998), *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Autonomia e subordinazione: vecchi e nuovi modelli*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 9 ss.

PEDRAZZOLI M. (2004), *Presentazione*, in ID. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro, D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, XXI ss.

PEDRAZZOLI M. (2004), *Introduzione*, in ID., *Inserito sulla correzione della c.d. riforma Biagi*, Zanichelli, Bologna, 2004, VII ss.

PELLACANI G. (2002), *Autonomia individuale e rapporto di lavoro. La divergenza fra il programma contrattuale ed il concreto atteggiarsi del rapporto*, Giappichelli, Torino.

PENNESI P. (2005), *La certificazione dei contratti di lavoro presso le Dpl e le Province*, in PELLACANI G., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative, problemi, soluzioni, prospettive*, in *Speciali Guida lav.*, 58 ss.

PERA G. (1990), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore (art. 2113 c.c.)*, in SCHLESINGER P. (a cura di), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 1990.

PERA G. (1998), *Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 371 ss.

PERLINGIERI P. (1975), *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento (artt. 1230-1259)*, in A. SCIALOJA, B. BRANCA (a cura di) *Commentario del codice civile*, Il Foro italiano, Bologna-Roma.

PERLINGIERI P. (1975), *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 826 ss.

PERSIANI M. (1966), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova.

PERSIANI M. (1972), *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in AA. VV., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Jovene, Napoli, vol. V., t. 2, 843 ss.

PERULLI A. (1997), *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in *Lav. dir.*, 173 ss.

PESSI R. (1989), *Contributo alla studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano.

PINTO V. (2004), *Le collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, Bari, 311 ss.

PINTO V., VOZA R. (2002), *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro Bianco al disegno di legge delega*, in *Riv. giur. lav.*, I, 453 ss.

PIZZOFERRATO A. (2003), *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, in *Dir. lav.*, II, 623 ss.

PROIA G. (1997), *Rapporto di lavoro e tipo (considerazioni critiche)*, Giuffrè, Milano.

PROIA G. (1997), *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Arg. Dir. lav.*, 87 ss.

PROIA G. (2003), *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, in *Dir. lav.*, II, 647 ss.

PROSPERETTI G. (1976), *Considerazioni sulla funzione regolatrice della quietanza a saldo*, in *Mass. giur. lav.*, 377 ss.

PROSPERETTI U. (1955), *L'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano.

PUGLIATTI S. (1951), *Diritto civile: metodo, teorica, pratica. Saggi*, Giuffrè, Milano.

RESCIGNO P. (1965), voce *Novazione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Utet, Torino, 435 ss.

ROMAGNOLI U. (1990), *È arrivato un bastimento carico di "A"*, in M. D'ANTONA (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro: Italia e Spagna*, Esi, Napoli, 29 ss.

ROMEO C. (2003), *La nuova fase del diritto del lavoro tra crisi dell'inderogabilità e destrutturazione*, in ID. (a cura di), *Il futuro del diritto del*

lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione, Fondazione di diritto del lavoro L.A. Miglioranzi, Roma, 35 ss.

ROPPO V. (2001), *Il contratto*, Giuffrè, Milano.

RUSCIANO M. (2002), *A proposito del "libro bianco sul mercato del lavoro in Italia"*, in *Diritto del Lavoro on Line* - www.unicz.it/lavoro/lavoro.htm.

SACCO R. (1993), *La qualificazione (i tipi contrattuali)*, in R. SACCO, G. DE NOVA (a cura di), *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, vol. II, 419 ss.

SALERNO G.C. (2005), *Certificazione dei contratti di lavoro e profili di diritto amministrativo*, in PELLACANI G., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative, problemi, soluzioni, prospettive*, in *Speciali Guida lav.*, 35 ss.

SANDULLI A.M. (1984), *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, vol. II.

SANDULLI A. (2003), *Il procedimento*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Giuffrè, Milano, vol. II, 1035 ss.

SANTORO PASSARELLI F. (1948), *L'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro*, in *Giur. compl. Corte Cass.*, II, 52 ss.

SANTORO PASSARELLI G. (1979), *Il lavoro "parasubordinato"*, Franco Angeli, Milano.

SANTORO PASSARELLI G. (1993), *La parasubordinazione dieci anni dopo*, in MAZZOTTA O. (a cura di), *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Giuffrè, Milano, 71 ss.

SCALFI G. (1962), *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, IEC, Milano.

SCHIAVONE G., *Le alternative alla giurisdizione: la certificazione e il giudizio arbitrale di equità*, in *Diritto del Lavoro on Line* - www.unicz.it/lavoro/RICERCAMISCELLANEA.htm, 1 ss.

SCOGNAMIGLIO R. (2000), *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.

SCOGNAMIGLIO R. (2001), *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 95 ss.

SIMITIS S. (1990), *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *Giorn. dir. lav., rel. ind.*, 87 ss.

SMURAGLIA C. (1971), *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in RIVA SANSEVERINO L., MAZZONI G. (a cura di), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, vol. II, 717 ss.

SORACE D. (2000), *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*, Il Mulino, Bologna.

SPAGNUOLO VIGORITA L. (1967), *Subordinazione e diritto del lavoro: problemi storico-critici*, Morano, Napoli.

SPAGNUOLO VIGORITA L. (1972), *Riflessioni in tema di continuità, impresa, rapporto di lavoro*, in AA. VV., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Jovene, Napoli, vol. V., t. 2, 1025 ss.

SPEZIALE V. (2003), *La certificazione dei rapporti di lavoro: funzioni ispettive e controversie di lavoro*, Relazione al convegno organizzato da Cesri-Luiss, "La nuova legge sul mercato del lavoro", Roma 5 febbraio 2003.

SPEZIALE V. (2003), *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, 271 ss.

SPEZIALE V. (2004), *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, Milano, vol. IV, 140 ss.

SPEZIALE V. (2004), *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, Milano, vol. IV, 151 ss.

SPEZIALE V. (2004), *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*, Ipsoa, Milano, vol. IV, 162 ss.

SPEZIALE V. (2004), *La competenza territoriale degli organi certificatori*, 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, Milano, vol. IV, 167 ss.

SPEZIALE V. (2004), *La procedura di certificazione ed i codici di buone pratiche*, 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, Milano, vol. IV, 174 ss.

SPEZIALE V. (2004), *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, Milano, vol. IV, 190 ss.

SPEZIALE V.(2004), *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, 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, Milano, vol. IV, 229 ss.

SPEZIALE V. (2004), *La certificazione della somministrazione e dell'appalto di opere e di servizi*, 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, Milano, vol. IV, 241 ss.

SPEZIALE V. (2005), *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, in AA.VV. *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro. D.lgs. 276/2003 come modificato dal D. lgs. 251/2004*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Ipsoa, Milano, vol. V, 149 ss.

STOPPANI A. (1968), *Certificazione amministrativa*, *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffr , Milano, 793 ss.

SUPPIEJ G. (1982), *Il rapporto di lavoro: costituzione e svolgimento*, Cedam, Padova.

TESAURO P. (1993), *I criteri distintivi nella giurisprudenza*, in GAETA L., TESAURO P., *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione. La subordinazione*, Utet, Torino, vol. I, 81 ss.

TIRABOSCHI M. (1993), *Premesse per uno studio della giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, MAZZOTTA O.

(a cura di), *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Giuffr , Milano, 31 ss.

TIRABOSCHI M. (1995), *Tribunali Industriali e tecniche di tutela dei diritti dei lavoratori: il caso inglese*, in *Dir. rel. ind.*, 161 ss.

TIRABOSCHI M. (2003), *La certificazione dei lavori "atipici" e la sua tenuta giudiziaria*, in *Lav. dir.*, 2003, 101 ss.

TIRABOSCHI M. (2004), *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, in ID. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffr , Milano, 237 ss.

TIRABOSCHI (2005), *L'esperienza del Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi"*, in PELLACANI G., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative, problemi, soluzioni, prospettive*, in *Speciali Guida lav.*, 75 ss.

TOSI P. (1969), *Considerazioni in tema di novazione oggettiva del rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 191 ss.

TOSI P. (1974), *Il dirigente d'azienda*, Franco Angeli, Milano.

TOSI P. (1998), *La distinzione tra subordinazione e autonomia*, in AA.VV., *Autonomia e subordinazione: vecchi e nuovi modelli*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 33 ss.

TREVES. C. (2004), *Prime considerazioni e prime indicazioni operative della Cgil sul decreto legislativo n. 276/2003*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffr , Milano, 784 ss.

TULLINI P. (2004), *Regimi particolari di autorizzazione*, in PEDRAZZOLI M. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro, D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 110 ss

TULLINI P. (2004), *Sub art. 75. Certificazione dei contratti di lavoro*, 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, Padova, 819 ss.

TULLINI P. (2004), *Sub Art. 76. Organi di certificazione*, 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, Padova, 831 ss.

TULLINI P. (2004), *Sub Art. 78. Procedimento di certificazione e codici di buone pratiche*, 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, Padova, 837 ss.

TULLINI P. (2004), Sub Art. 79. *Efficacia giuridica della certificazione*, 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, Padova, 841 ss.

TULLINI P. (2004), Sub Art. 80. *Rimedi esperibili nei confronti della certificazione*, 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, Padova, 843 ss.

TURSI A. (1999), *Il lavoro autonomo visto dal "nord-est"*, in *Lav. dir.*, 673 ss.

TURSI A. (2004), *La "volontà assistita" nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Dir. rel. ind.*, 247 ss.

TURSI A. (2005), *La certificazione dei contratti lavoro*, in MAGNANI M., VARESI P.A. (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 596 ss.

VALLEBONA A. (1992), *Norme individuali e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. lav.*, I, 479 ss.

VALLEBONA A. (2005), *Tecniche normative e contenzioso lavoristico*, in *Arg. dir. lav.*, 253 ss.

VIRGA P. (2001), *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Giuffré, Milano, vol. II.

VITALI D. (1989), *Orientamenti giurisprudenziali in tema di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 234 ss.

VITUCCI P. (1993), *Autonomia privata, onere della "assistenza" delle associazioni, accordi "in deroga" a norme imperative (rilievi sistematici sulla nuova disciplina delle locazioni)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 327 ss.

VOZA R. (1998), *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 603 ss.

ZACCARIA A. (1995), voce *Novazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XII, Utet, Torino, 281 ss.

ZILIO GRANDI G. (2004), *Enti bilaterali e problemi di rappresentanza sindacale nella legge delega n. 30/2003, e nel d. lgs. n. 276/2003*, in A. PERULLI (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 314 ss.

ZOLI C. (2005), *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in Aa. Vv., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme. Atti delle giornate di studio Aidlass di Abano Terme-Padova, 21 22 maggio 2004*, Giuffrè, Milano, 73 ss.