

EDOARDO GHERA

LA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI DI LAVORO

1.- Dalla legge delega n. 30/2002 alla sua attuazione: il D.Lgs. n. 276/2003.

Due avvertenze preliminari. La prima riguarda il carattere sperimentale delle norme sulla certificazione contenute nel D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 attuativo della delega conferita dal parlamento con la L. 14 febbraio 2003 n. 30 di riforma del mercato del lavoro.

Queste norme contenute nel Titolo VIII (art. 75-84) hanno un carattere sperimentale. Infatti il co. 12° art. 86 D.Lgs. recita “ decorsi 18 mesi dalla data dell’entrata in vigore, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali procede, sulla base delle informazioni raccolte ai sensi dell’art. 17, a una verifica con le organizzazioni sindacali dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale degli effetti delle disposizioni in esso contenute e ne riferisce al Parlamento entro tre mesi ai fini della valutazione della sua ulteriore vigenza”.

Non è, chiaramente, un termine alla efficacia nel tempo delle norme sulla certificazione. Piuttosto è una condizione estintiva (risolutiva) il cui avveramento o meno è lasciato nella potestà (e quindi alla discrezionalità) dello stesso legislatore delegato. Il governo, sentite le parti sociali e il parlamento, potrà modificare o perfino abrogare le attuali disposizioni.

Ciò nondimeno si tratta di norme sperimentali, come previsto dall’art. 5 della legge delega. E questa circostanza - insieme alle novità dell’istituto e alla mancanza del contributo della giurisprudenza e del vaglio dell’esperienza sociale - deve suggerire cautela ai commentatori e agli interpreti anzitutto nella valutazione **politica** della certificazione e cioè della sua efficacia pratica.

La seconda avvertenza riguarda, invece, il rapporto tra il decreto legislativo e la legge delega che delineava un istituto dai contorni piuttosto generici. Nella delega la certificazione era configurata quale semplice sostegno al c.d. potere di autoqualificazione delle parti e, in definitiva, strumento di prevenzione del contenzioso e di certezza in ordine alla tipologia negoziale prescelta dalle parti. Questo, anche se la indicazione dei criteri direttivi per l’esercizio della delega (art. 5) era rimasta alquanto indeterminata, tanto da configurare una specie di

norma in bianco¹, conferiva all'istituto contorni sfumati ma abbastanza lineari.

Gli spazi bianchi sono stati riempiti dal D.Lgs. n. 276 con una normativa minuziosa e, in buona parte, innovativa (avendo il legislatore esteso in più direzioni l'area della certificazione: è, soprattutto, il caso delle disposizioni che hanno attribuito alla certificazione una funzione di convalida delle scelte derogatorie **in eius** della volontà individuale (c.d. derogabilità assistita).

Si deve aggiungere che la certificazione dei contratti di lavoro riveste un ruolo non solo di novità ma anche di centralità nella riforma del mercato e dei rapporti di lavoro. Anche se nel decreto delegato la procedura di certificazione volontaria e i suoi effetti sono previsti e regolati nella parte finale, l'istituto si colloca al centro dell'intero sistema. Infatti nel disegno del legislatore la certificazione dovrebbe offrire lo strumento, quasi il certificato di garanzia, per la agibilità concreta dei modelli contrattuali atipici che il legislatore ha introdotto nel duplice intento di rendere flessibile l'universo dell'occupazione e di rendere trasparente la "zona grigia" tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo.

L'elenco dei nuovi rapporti atipici non è breve: lavoro intermittente o c.d. chiamata (cfr. art. 33 e segg.); lavoro ripartito (è il **job sharing**: cfr. art. 41 e segg.); lavoro a tempo parziale (cfr. art. 46, che modificando sostanzialmente il precedente D.Lgs. 25 febbraio n. 61, liberalizza le c.d. clausole elastiche all'interno del contratto individuale); lavoro autonomo a progetto (è la collaborazione coordinata e continuativa già prevista dall'art. 409 n. 3 c.p.c. rivisitata: art. 61-69); associazione in partecipazione (art. 2549 c.c. e segg.) quando l'associato conferisca una prestazione di lavoro (si v. l'art. 86 co. 2° dove si precisa che deve trattarsi di un rapporto con effettiva partecipazione ed adeguate erogazioni all'associato-lavoratore); lavoro occasionale semplice (art. 61, co. 2°) e accessorio (art. 70 e segg.). Ad eccezione del lavoro occasionale e delle collaborazioni coordinate e continuative non comprese nel nuovo modello del lavoro autonomo a progetto (cfr. art. 61 co. 2°), tutte le altre c.d. tipologie o modelli di contratto possono essere oggetto della certificazione.

¹ si v. E. GHERA, Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro, Dir.prat.lav., 2002, p. 527 ss. con riguardo al testo quasi identico del d.l. n. 848, art. 9.

Inoltre la certificazione è richiamata a proposito del regolamento interno delle cooperative “riguardante la tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare con i soci lavoratori” (cfr. art. 83 co. 1° e già l’art. 6 L. 3 aprile 2001 n. 142) nonché (art. 84) della somministrazione di lavoro o fornitura lecita di manodopera prevista agli art. 30 e segg. dello stesso D.Lgs. n. 276 : è il nuovo tipo contrattuale che ha sostituito il lavoro temporaneo o c.d. interinale fin qui disciplinato dalla L. 24 giugno 1997 n. 196 (art. 1-11, espressamente abrogati dall’art. 85 co. 1° lett. f) . In questo caso la certificazione può essere utilizzata per individuare in concreto la linea di demarcazione tra la somministrazione e l’appalto di opere e servizi che, secondo il testuale disposto dell’art. 29 D.lgs. “si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell’appaltatore”; questa organizzazione – aggiunge la norma – “può anche risultare, in relazione alle esigenze dell’opera o del servizio dedotti in contratto, dall’esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell’appalto, nonché per l’assunzione da parte del medesimo appaltatore, del rischio d’impresa”. Con questa precisazione viene introdotta - in deroga, si noti, alla generale definizione codicistica (art. 1655 c.c.) per cui l’appalto è il contratto con il quale l’appaltatore “assume con l’organizzazione di mezzi necessari e con gestione a proprio rischio il compimento di un’opera o di un servizio) - una **specificata** figura di appalto di opere o servizi di manodopera ancorchè organizzata dall’appaltatore la quale ricalca ed unifica, in versione allargata e liberalizzata le previsioni eccezionali dell’art. 3 e dell’art. 5 della L. 23 ottobre 1960 n. 1369 (quest’ultima espressamente abrogata: cfr. art. 85 co. 1° lett. c).

In un simile contesto si può comprendere come il legislatore delegato si sia preoccupato (art. 84) di autorizzare le parti a fare certificare la **genuinità** (sic!) dell’appalto di manodopera per opere e servizi e la sua distinzione dalle figure contigue dalla somministrazione di lavoro (che, diversamente dall’appalto, vincola l’utilizzatore a precisi obblighi nei confronti dei lavoratori) da un lato; e dall’altro, dello pseudo appalto.

La centralità e il valore innovativo dell’istituto sono quindi dimostrati dalla estensione del suo campo di applicazione. Con la certificazione il legislatore ha approntato uno strumento finalizzato alla deflazione del contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro (non solo i contratti elencati nell’art. 75 ma, indirettamente, l’intero sistema

imperniato sulla dicotomia tra autonomia e subordinazione potrà essere influenzato soprattutto se la procedura sarà strettamente legata all'utilizzo del contratto di lavoro a progetto) e, contestualmente finalizzato, attraverso il meccanismo dell'autonomia individuale assistita alla tutela dalla libertà contrattuale delle parti. Nel quadro normativo così concepito la tutela dei diritti del lavoratore non è certo annullata ma viene, sicuramente, ridimensionata e, in particolare, distribuita tra i diversi modelli di rapporto di lavoro. Del resto si può affermare che attraverso la riforma passa un disegno mirato ad una tutela non più uniforme bensì diversificata e, in talune ipotesi, attenuata dei diritti del lavoratore.

Naturalmente questa affermazione vuole essere una constatazione, non un giudizio di valore.

Su queste premesse è possibile dividere, **grosso modo**, l'esposizione in tre parti:

Prima. I soggetti, le procedure e l'atto della certificazione (**procedure** e non procedura perché non è escluso che i decreti ministeriali cui il d.lgs. n. 276 rinvia introducano una diversità di procedure).

Seconda. Il contratto certificato. Una figura che, naturalmente, deve essere ricondotta alla fattispecie unitaria del contratto (art. 1321 c.c. e segg.) ma che si presenta articolata, per effetto della pluralità di modelli di contratto certificabili, i quali si collocano nell'area sia del lavoro subordinato sia del lavoro autonomo (la norma dell'art. 75 invece esclude dalla certificazione i tipi fondamentali del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato o determinato e del contratto d'opera di cui all'art. 2222 c.c.).

Terza. Il rapporto tra la certificazione o, meglio la sua efficacia e la tutela giurisdizionale.

2.- I soggetti e le procedure di certificazione.

2.1.- Strutture pubbliche ed enti bilaterali.

L'art. 76 indica gli organi abilitati alla certificazione dei contratti di lavoro. Sono le **commissioni** istituite presso le strutture pubbliche in materia (Direzione Provinciale del Lavoro e Provincie; ricordo – ma lascio da parte – la bizzarria costituita dalla certificazione presso le Università: cfr. lett. c) co. 1° e co. 2° art. 76) e presso gli enti bilaterali.

La competenza degli organi amministrativi prevista nel co. 1° let. B) art. 76, si colloca nel quadro di una consolidata esperienza: quella della conciliazione stragiudiziale delle controversie individuali in sede amministrativa (cfr. art. 410-411 c.p.c.) e la connessa applicazione dell'art. 2113 c.c. in tema di rinuncie e transazioni. A riguardo non va trascurato che per la composizione e l'attività delle commissioni come organi dell'amministrazione pubblica il decreto rinvia a successivi decreti ministeriali. Una novità giustificata dal decentramento dei servizi dell'impiego è la inclusione delle provincie: è certo opportuno che gli organi locali preposti al collocamento anche in funzione dell'inserimento lavorativo di determinati soggetti (disabili e lavoratori svantaggiati) siano competenti anche alla certificazione.

Ma la vera novità è costituita dall'intervento degli enti bilaterali. Questi sono enti creati dall'autonomia collettiva ed hanno quindi qualificazione sindacale privatistica (si è scritto che *“in linea di massima gli enti bilaterali sono configurati come associazioni non riconosciute, ex art. 36 s.s. c.c., di associazioni sindacali e datoriali, ma non mancano ambiguità, con enti che contemplano come iscritti o soci le stesse imprese e i lavoratori. Gli enti bilaterali ricevono contribuzioni previste dalla contrattazione collettiva a carico delle imprese e, talvolta, anche a carico dei lavoratori per il perseguimento degli scopi istituzionali di cui sono normalmente destinatari i lavoratori delle imprese contribuenti”*²). In ogni caso l'art. 2 lett. h) offre una definizione precisa: “organismi costituiti ad iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative quali sedi privilegiate per la regolazione del mercato del lavoro”; la stessa disposizione continua elencando una notevole quantità (almeno otto, ma si tratta di un elenco aperto) di funzioni tra le quali – appunto - la certificazione dei contratti di lavoro e di regolarità o congruità contributiva.

Gli enti bilaterali sono quindi organi comuni delle associazioni sindacali delle parti sociali ai quali cui la legge assegna funzioni di governo del mercato del lavoro; e, in definitiva, sono una categoria di enti privati investiti di una pluralità di funzioni pubbliche - tra cui è la certificazione - da esercitarsi congiuntamente tra le parti sociali (nella attività degli enti bilaterali si può dunque ravvisare una forma di amministrazione

² G. MARTINENGO, Gli enti bilaterali: appunti per la discussione Lav. e dir. 2003 p. 175)

sindacale di interessi pubblici³. La istituzionalizzazione del ruolo pubblico del sindacato, attraverso il riconoscimento degli enti bilaterali (e, per il loro tramite, delle associazioni che li costituiscono) è indubbiamente forte, tanto da fare evocare da taluno il fantasma corporativo degli enti pubblici parasindacali. Ma sono preoccupazioni probabilmente esagerate. L'attribuzione di funzioni pubbliche agli enti bilaterali, nella misura in cui si allontana dalla tipica attività di autotutela di interessi collettivi, segna la distanza dalle esperienze fin qui sviluppate nella contrattazione collettiva che vede negli enti bilaterali, finanziati dai contributi delle imprese e dei lavoratori, lo strumento per l'assolvimento di compito, di varia natura a beneficio dei lavoratori o, più raramente delle organizzazioni stesse (si va dall'amministrazione di determinati istituti o risorse salariali – è il caso classico delle casse edili – alla gestione congiunta di attività di formazione, di sicurezza, di sostegno di reddito ecc.⁴). Ma, anche se sono investiti dell'esercizio di funzioni pubbliche al servizio dell'interesse generale, gli enti bilaterali restano espressione del pluralismo sindacale e della contrattazione collettiva. E questo è tanto più vero per la certificazione. In questo caso, infatti, la funzione è assegnata dalla legge ed ha natura pubblica, ma è altresì finalizzata alla prevenzione di una classe di controversie - quelle relative alla qualificazione dei rapporti di lavoro indicati dall'art. 75 - attinente alla tutela giurisdizionale dei diritti del lavoratore; e, inoltre, il suo adempimento avviene attraverso l'assistenza prestata all'esercizio dell'autonomia individuale nella costituzione dei rapporti di lavoro.

Vi è dunque una parziale analogia con la conciliazione sindacale. Anche questa è una funzione pubblica, rivolta alla composizione stragiudiziale delle controversie, affidata istituzionalmente alle associazioni sindacali scelte dalle parti. Vi è però una importante differenza: nella conciliazione - la quale interviene quando la lite si è già manifestata - l'assistenza è unilaterale in quanto che è prestata a ciascuna delle parti della controversia dalla propria organizzazione e riguarda la disposizione, normalmente nella forma della transazione o più raramente della rinuncia (cfr. art. 2113 c.c.) dei diritti acquisiti dal lavoratore. Nella certificazione, invece, l'assistenza è bilaterale essendo prestata da un

³ sulle funzioni amministrative assegnate ai sindacati cfr. **B.G. MATTARELLA, Sindacati e pubblici poteri**, 2003, p. 243 ss.)

⁴ cfr. ancora **G. MARTINENGO, op. cit. p. 171 ss.**

organo terzo quale è la commissione sia in sede amministrativa sia in sede di ente bilaterale; e, soprattutto, riguarda non la disposizione dei diritti controversi ma la instaurazione del rapporto e quindi la attribuzione dei diritti e degli obblighi che ne derivano e delle conseguenti tutele tra le parti contraenti.

Proprio in considerazione della sua natura pubblica, il legislatore ha avuto cura di selezionare gli enti bilaterali riservando l'attività di certificazione agli enti derivati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Anche in questo caso è stato utilizzato il criterio selettivo della maggiore rappresentatività comparativa ormai normalmente adottato dal legislatore per la delega di funzioni normative e/o gestionali ai sindacati (è *“un criterio quasi di gerarchia all'interno dell'area della maggiore rappresentatività”* riferito normalmente ai soggetti o più raramente ai contratti esistenti nell'ambito della categoria⁵).

La legge non esclude la possibilità di una pluralità di enti bilaterali e quindi, di commissioni di certificazione per la medesima area territoriale e/o categoria professionale. Una simile possibilità si ricava dalla formulazione letterale della norma posta in via generale dall'art. 2 lett. h): gli enti sono infatti necessariamente bilaterali e cioè costituiti da almeno due associazioni tra loro contrapposte; ma possono essere costituiti ad iniziativa di una o più associazioni nell'ambito di ciascuna delle due parti sociali (vale la pena di notare che il decreto delegato non qualifica come necessariamente **sindacali** le associazioni dei datori, mentre attribuisce tale qualifica alle associazioni dei prestatori di lavoro legittimate alla costituzione degli enti bilaterali: pertanto, si potrebbe ipotizzare considerata la molteplicità dei contratti certificabili, l'intervento di associazioni professionali o puramente economiche dal lato datoriale).

Nonostante l'adozione del criterio della maggiore rappresentatività comparativa il legislatore ha potuto temperare ma non eliminare il pluralismo non regolato (o scarsamente regolato) intrinseco al sistema sindacale: vi sarà quindi la possibilità per i contraenti di scegliere non solo tra certificazione in sede amministrativa oppure in sede bilaterale ma anche tra più noti bilaterali (allo scopo di evitare una eccessiva frammentazione il decreto delegato ha previsto la possibilità che le diverse commissioni concludano convenzioni per la costituzione – è da

ritenere sul territorio – di una commissione unitaria di certificazione: cfr. art. 76 co. 3°).

Il decreto delegato non ha rinviato alla fonte regolamentare ministeriale per la costituzione e il funzionamento delle commissioni da costituirsi presso gli stessi enti: è perciò da ritenere che l'autonomia sindacale collettiva sia abilitata a stabilire tali regole (s'intende entro le previsioni dalla legge). La lett. a) dell'art. 76 si è infatti limitata a prevedere che gli enti bilaterali e quindi le commissioni siano costituiti a livello locale ("ambito territoriale di riferimento") oppure che "la commissione di certificazione sia costituita nell'ambito di organismi bilaterali a livello nazionale": in quest'ultimo caso vi potrà dunque essere una commissione unica centralizzata oppure articolata a livello locale; né può escludersi che le norme sindacali introducano un doppio grado o una istanza di revisione.

In definitiva saranno i contratti collettivi nazionali oppure decentrati a livello di categoria o anche gli accordi interconfederali a istituire e regolare mediante clausole (aventi – com'è evidente - natura tipicamente obbligatoria), la composizione delle commissioni, le competenze e le procedure per la certificazione (si potrebbe per altro immaginare che la costituzione delle commissioni di certificazione possa formarsi oggetto di specifici accordi o comunque di previsioni a livello nazionale o interconfederale).

2.2.- Le procedure e l'atto di certificazione.

Il decreto delegato ha fissato alcune regole sulla competenza (art. 77) e il procedimento (art. 78). Nella sede amministrativa la competenza è determinata dal luogo di lavoro (la commissione nella cui circoscrizione si trova l'azienda o la dipendenza cui sarà addetto il lavoratore). Nella procedura presso gli enti bilaterali la competenza non è per territorio ma per area o categoria professionale: le parti sono tenute a rivolgersi alle commissioni costituite dalle rispettive associazioni (deve intendersi alle commissioni presso gli enti bilaterali costituiti ad iniziativa da queste associazioni; non è peraltro necessaria la iscrizione alle associazioni costituenti che, come si è visto, potrebbero essere di natura soltanto economica o professionale).

Per la certificazione dei regolamenti sul rapporto di lavoro dei soci di cooperativa, il decreto delegato ha previsto (art. 83 co. 2°) soltanto la sede

⁵ così M. RUSCIANO, Contratto collettivo e autonomia sindacale, 2003, p. 224-225

amministrativa, affidandone l'espletamento a **specifiche (rectius speciali)** commissioni composte da rappresentanti delle associazioni del movimento cooperativo e, in pari numero delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative; il presidente è designato dalla provincia)

Quanto al procedimento, l'art. 78 non presenta differenze tra la sede amministrativa e quella bilaterale; nell'uno e nell'altro caso, è l'istanza congiuntamente (normalmente ma non necessariamente in forma scritta) proposta dalle parti ad iniziare il procedimento davanti alla commissione (co. 1°). Questa è tenuta a decidere nel termine (è da ritenere soltanto ordinatorio) di trenta giorni dal ricevimento (co. 2° lett. b); l'inizio del procedimento deve essere comunicato alla D.P.L. la quale, a sua volta, è tenuta a trasmettere la comunicazione "alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti: (co. 2° lett. a). E' questo un obbligo della commissione e non un onere delle parti (come si potrebbe invece ritenere dalla semplice lettera della norma); le parti, piuttosto - e quanto si ricava dalla lett. d) art. 78 - hanno l'onere di indicare nella istanza "gli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali in relazione ai quali viene richiesta la certificazione del contratto").

Nel rispetto di queste regole fondamentali la definizione della procedura di certificazione è rinviata (co. 2°) all'atto, di natura provvedimentoale, di costituzione della commissione (vi potrebbero quindi essere variazioni procedurali a seconda dei diversi ambiti territoriali e professionali).

E' altresì previsto - a conferma dell'interesse pubblico all'attività di certificazione che le autorità (**rectius:** amministrazioni) pubbliche destinatarie degli effetti della certificazione (istituti previdenziali; agenzia delle entrate etc.) possono partecipare al procedimento, formulando osservazioni (la cui natura e funzione sembra essere di parere non vincolante).

Ancora l'art. 78 stabilisce i requisiti contenutistici dell'atto di certificazione alla lett. c) (motivazione, termine e autorità cui inoltrare il ricorso amministrativo gerarchico) nonché alla lett. d) la "esplicita menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione" alla cui volontà, quindi, la Commissione viene esplicitamente vincolata (la indicazione di tali effetti è quindi evidentemente un onere delle parti).

Introducendo l'obbligo della motivazione - che di per sé, costituisce requisito necessario del provvedimento amministrativo (cfr. art. 3 L. 7 agosto 1990 n. 241) - il decreto ha optato per la natura provvedimento dell'atto di certificazione. Questo non è un semplice atto amministrativo di accertamento del rapporto ma viene emesso nell'esercizio di un **potere** dichiarativo della qualificazione del rapporto stesso. Di qui il raccordo non solo con l'art. 3 ma anche - in assenza di norme speciali derogatrici - con le altre disposizioni della L. n. 241 (indicazione del responsabile del procedimento; diritto di tutti gli interessati alla partecipazione; diritto di accesso ai documenti dell'amministrazione).

E' una scelta, quella della natura provvedimento dell'atto, che desta perplessità, tenuto conto di taluni effetti fuori misura: il diritto alla partecipazione e quello all'accesso, ad esempio, potrebbero essere esercitati, con prevedibili complicazioni, da qualsiasi soggetto che sia portatore di un interesse oppositivo anche solo di fatto: ad esempio interessi collettivi e perfino di interessi diffusi (cfr. art. 9-10 L. n. 241). Non è difficile pensare alle organizzazioni sindacali che intendessero avversare - in determinate situazioni - il funzionamento delle procedure di certificazione.

Al di là di questo punto, che manifesta una deficienza tecnica del legislatore, giova soffermarsi sui contenuti dell'attività di certificazione.

Questa, per espressa indicazione legislativa, è finalizzata alla identificazione degli effetti del contratto e poi alla sua qualificazione a stregua delle c.d. tipologie previste dall'art. 75. Ciò si ricava dall'art. 78 lett. d): le parti dichiarano l'esistenza del contratto ed indicano gli effetti del rapporto voluto che la commissione deve accertare e poi qualificare a stregua dei modelli o tipi contrattuali previsti dalla legge: la qualificazione del rapporto segua dunque la indicazione proveniente dalle parti (e, quel che più conta, tali effetti sono sia "civili" o di natura contrattuale sia esterni al contratto, alla certificazione consegue cioè la costituzione della posizione amministrativa, previdenziale e fiscale del prestatore e del suo datore di lavoro).

Così costruito l'atto di certificazione non è un atto di mero accertamento del contratto e della sua qualificazione come voluta dalle parti (non si tratta quindi, nonostante la denominazione, di una certificazione in senso proprio e cioè di una dichiarazione di scienza relativa ad un accadimento (nella specie, l'esistenza del contratto, il suo contenuto

regolamentare e la qualificazione eventualmente indicata dalle parti in relazione agli effetti richiesti). Al contrario l'art. 79 precisa che l'atto emesso dalla commissione ha effetti i quali "permangono anche verso terzi" e sono dunque **erga omnes**, fino all'eventuale sentenza di annullamento pronunciata dal giudice civile oppure amministrativo su ricorso giurisdizionale nei casi previsti al successivo art. 80.

Dunque l'atto di certificazione è un provvedimento di **certazione** e cioè produttivo di certezza legale sul piano dell'ordinamento generale e, in specie, dei rapporti interprivati (c.d. certezza pubblica o certezza privilegiata: (sulla categoria dagli atti di certazione e la loro peculiare **efficacia preclusiva** - nel senso che impedisce a qualsiasi soggetto di contestare l'accertamento e le situazioni soggettive che ne risultano - per cui un atto, un fatto o un rapporto sono qualificati dall'atto di certazione indipendentemente dalla conformità alla situazione reale⁶).

L'effetto di certazione dunque "non accerta uno stato di fatto ma qualifica il rapporto determinando così le conseguenze giuridiche del comportamento contrattuale delle parti"⁷. Tale effetto qualificatorio viene dunque prodotto nell'esercizio del potere di certificazione-qualificazione secondo un paradigma ben conosciuto dell'ordinamento.

Infatti il procedimento e l'atto di certificazione costituiscono, l'esercizio di un potere dichiarativo (o di accertamento) finalizzato alla formazione di una certezza pubblica intorno al rapporto di lavoro e alla sua qualificazione (va ricordato che i procedimenti dichiarativi, muovono dalla "apprensione dei dati fattuali" per giungere alla attribuzione (accertamento) oppure alla creazione (certazione) di una qualità giuridica relativa "ad una persona, ad una cosa, ad un rapporto"⁸.

Ma la peculiarità dell'ipotesi in esame è che l'esercizio del potere dichiarativo avviene sul presupposto non di una semplice ricognizione e cioè della constatazione o acclaramento della sussistenza o meno di un fatto ma di una valutazione della fattispecie contrattuale posta in essere dalle parti (a sua volta esercizio di un potere; quello della autonomia negoziale dei privati: cfr. art. 1322 c.c.). Infatti, come si desume dal combinato disposto degli art. 78 lett. c) e d) e dall'art. 79, il suo oggetto è un **fatto complesso** quale è il contratto voluto dalle parti a fronte del

⁶ si v. in generale E. CASETTA, **Manuale di diritto amministrativo**, 2000 p. 332 ss. e p. 429 ss. e già M.S. GIANNINI, **Diritto amministrativo**, I, 1992 p. 484 - 485
⁷ cfr. L. NOGLER, **La certificazione dei contratti di lavoro**, **Giorn.dir.lav. e rel. Ind.**, 2003

quale l'organo di certificazione provvede in base ad una valutazione dell'accordo e degli effetti del contratto (come dire del rapporto e del regolamento contrattuale nella sua previsione dinamica: è ciò che il decreto indica come il programma negoziale: cfr. art. 78 co. 5°). Quindi l'accertamento, sul cui presupposto è emesso l'atto di certificazione, consiste non in una ricognizione di fatti ma in una valutazione tecnica o dichiarazione di giudizio sugli effetti del contratto e sulla qualificazione del rapporto che ne deriva. Pertanto, la certazione è l'espressione di **discrezionalità tecnica**⁹; questa - come è stato rilevato da tempo - consiste in una attività di giudizio a contenuto scientifico in ordine alla qualificazione e non alla semplice esistenza di determinati fatti.

Si deve perciò concludere che nel potere di certificazione dei contratti di lavoro è assente ogni discrezionalità, nel senso di ponderazione di un interesse pubblico o comparazione tra più interessi privati (c.d. discrezionalità pura). Al contrario l'atto di certificazione è un provvedimento emesso nell'esercizio di un potere vincolato quanto alla emissione e al contenuto dell'atto (e, in definitiva, quasi un **atto dovuto** in adempimento dell'istanza proposta dalle parti).

3.- Il contratto certificato e l'assistenza all'autonomia individuale; il ruolo dell'autonomia collettiva.

3.1.- Il contratto certificato e l'assistenza all'autonomia individuale.

Venendo al rapporto tra la certificazione e il contratto certificato, si può dire che l'effetto di certezza pubblica prodotto dall'atto non coincide con (né si sovrappone su) l'effetto negoziale proprio del contratto di lavoro al quale l'atto amministrativo accede. La certificazione, infatti, si colloca all'esterno della fattispecie contrattuale: non può essere considerata elemento di tale fattispecie (sarebbe quindi errato immaginare una fattispecie a formazione successiva); né l'atto di certificazione potrebbe essere considerato, elemento (o requisito) della efficacia del contratto. Questo infatti, dipende esclusivamente (cfr. art. 1325 n. 1 c.c.) dell'accordo delle parti e le vincola in virtù della loro autonomia negoziale con la forza di legge, sancita dall'art. 1372 c.c., indipendentemente dall'atto di certificazione.

⁸ così M.S.GIANNINI, op. cit. p. 482 e p. 484 – 485

⁹ si v. ancora E.CASETTA, op. cit., p. 430 – 432

Si deve perciò affermare che l'atto amministrativo non è un elemento di forma volontaria (cfr. art. 1352 c.c.) per la costituzione del vincolo contrattuale. Del resto i contratti certificabili sono **contratti formali** per espressa previsione dello stesso legislatore delegato il quale, in particolare, ha imposto la forma scritta secondo i casi **ad probationem** per il lavoro intermittente (art. 35) e per il lavoro ripartito (art. 42) oppure **ad substantiam** per il lavoro autonomo a progetto (art. 62); per il contratto di lavoro a tempo parziale restano in vigore gli art. 2 e 8 D.Lgs. 25 febbraio 2000 n. 61, dove è imposta la forma a fini di prova.

In tutti questi casi, dunque, il legislatore ha distinto esplicitamente tra la forma del contratto e la sua certificazione. Unica eccezione alla regola della formazione precostituita è il contratto di associazione in partecipazione con prestazione di lavoro per il quale vige la regola della libertà di forme e nei confronti del quale, dunque si può immaginare che le parti deducano un semplice accordo verbale.

Rispetto al contratto l'atto di certificazione ha piuttosto una funzione di documentazione (o certificazione in senso generico) tra le parti e verso i terzi. Tale funzione è riconosciuta e disciplinata dal decreto delegato al co. 3° art. 78 a mente del quale l'originale del contratto certificato "e la relativa pratica di documentazione devono essere conservati presso le sedi di certificazione" per almeno cinque anni a far data dalla scadenza del contratto. Ai documenti così conservati sembra doversi riconoscere una efficacia di certificazione in senso sia notiziale, sia probatorio: dal primo punto di vista lo stesso co. 2° dispone che copia del contratto certificato può essere richiesto sia dai servizi per l'impiego che dalle altre amministrazioni pubbliche destinatarie degli effetti dell'atto di certificazione; dal secondo punto di vista, all'atto di certificazione si deve riconoscere efficacia probatoria del contratto secondo le regole generali (si è in presenza di un atto pubblico dotato di efficacia testimoniatrice ai sensi e nei limiti dell'art. 2700 c.c.). Non è da escludere inoltre, che la certificazione oltre a preconstituire, comunque, una prova documentale del rapporto fare le veci della forma nei casi in cui questa è richiesta a fini probatori o ad **substantiam**.

Escluso che l'atto di certificazione abbia una funzione costitutiva del contratto oppure produttiva del vincolo contrattuale, non si deve tuttavia credere che l'attività di certificazione si esaurisce nella produzione dell'effetto di certezza pubblica. Al contrario la procedura di certificazione

non è irrilevante rispetto alla formazione del contratto e alla determinazione del suo contenuto. Infatti il legislatore ha assegnato alla certificazione anche una importante funzione di sostegno e, nello stesso tempo, di controllo della autonomia individuale.

Bisogna dire che tale funzione si esplica a più livelli.

Vi è un livello individuale di base previsto dall'art. 81, sotto la rubrica **consulenza e assistenza alle parti**. Questa norma attribuisce alle commissioni di certificazione una funzione di indirizzo della autonomia individuale sia in fase di stipulazione che in fase di attuazione del rapporto "con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro". Il ricorso al meccanismo dell'autonomia individuale assistita – sul paradigma dell'art. 2113 c.c. – è qui evidente. Ma è altrettanto evidente come l'assistenza sia qui prevista non già - come in quel modello - per la formazione di negozi dispositivi dei diritti acquisiti (come sono tipicamente le rinuncie e le transazioni) **ma per la formazione e la modificazione del regolamento contrattuale nel suo divenire**.

In verità la norma sembra combinare l'assistenza alla qualificazione del rapporto con l'assistenza alla disposizione dei diritti del lavoratore derivanti dal contratto certificato (del resto l'art. 82 ha espressamente previsto la possibilità della conferma in sede di certificazione delle rinuncie e transazioni di cui all'art. 2113 c.c. equiparando gli organi di certificazione a quelli preposti alla conciliazione stragiudiziale). Vi è dunque la possibilità che in forza del combinato disposto degli art. 81 e 82 nella sede di certificazione le parti sottoscrivano un contratto non solo con clausole dismissive dei diritti acquisiti (ad esempio in una precedente fase dello stesso rapporto o in un precedente rapporto) ma altresì con clausole derogatrici della disciplina legale e quindi impeditivo dell'acquisizione di diritti. L'assistenza alle parti diviene quindi strumento per la disposizione delle tutele (o, come si suol dire, dei diritti futuri) secondo il meccanismo dell'autonomia privata assistita (su tale meccanismo, più volte descritto in dottrina¹⁰: come tale, essa non si realizza mediante un semplice atto (contratto) di accertamento negoziale ma passa per la formazione o la modificazione del regolamento

¹⁰ si v. A.VALLEBONA **Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita**, *Dir.lav.*, 1992, I, p. 479 ss.; altre citazioni in L. NOGLER, op. cit.

contrattuale nel divenire (programma negoziale nel linguaggio del legislatore).

Ancora più importante è che la funzione di assistenza all'autonomia individuale trova non solo riconoscimento a livello individuale ma anche per obiettivi di indirizzo o coordinamento della stessa attività di certificazione. Ciò si verifica nelle ipotesi previste dall'art. 78 co. 4° e co. 5°: questa norma assegna al ministero del lavoro la funzione di stabilire con proprio decreto codici di buone pratiche (co. 4°) e moduli e formulari per la certificazione dei contratti di lavoro (co. 5°).

In particolare dal co. 5° si ricava chiaramente che oggetto dell'attività di certificazione è il programma negoziale: e cioè il contenuto del contratto, da valutare secondo i criteri "giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro come autonomo o subordinato in relazione alle diverse tipologie di lavoro" elencate nell'art. 75. La qualificazione è dunque assunta nel suo significato tecnico e tradizionale di riconduzione del concreto contratto al tipo legale e agli effetti che ne derivano: "La qualificazione del contratto è l'operazione logica con cui l'interprete – di fronte a un concreto contratto – ne *afferma o nega la riconducibilità a un determinato tipo contrattuale*. La sua funzione principale è *stabilire se al contratto sia applicabile la disciplina di qualche tipo, e se sì, di quale tipo*"¹¹. Dal co. 4° si ricava che l'adozione a livello ministeriale dei codici di buone pratiche (l'anglicismo è impreciso oltre che insopportabile: non si tratta infatti di **fair practics o good practics** e cioè di usi sociali o collettivi) è finalizzata ad individuare, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi, le clausole indisponibili in sede di certificazione; i codici "recepiscono, ove esistono le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale".

3.2.- Assistenza all'autonomia individuale e contrattazione collettiva.

Dalle disposizioni riportate di evince che la procedura (e l'atto stesso) di certificazione ha due funzioni. Una, prevista nel co. 4°, promozionale dell'intervento della contrattazione collettiva in favore del lavoratore e, nello stesso tempo, di disposizione o selezione delle tutele nell'area dei c.d. rapporti atipici. La seconda, prevista nel co. 5°, di accertamento e

controllo della qualificazione del contratto e, a monte, di valutazione del suo contenuto (il programma negoziale) come determinato dalle parti. Per altro le due funzioni sono strettamente connesse: la funzione promozionale infatti è necessariamente legata alla assistenza seconda, che non può mancare.

Cominciando da quest'ultima, dal co. 5° sembra doversi ricavare che l'organo di certificazione è tenuto non alla formulazione di un semplice testo dichiarativo dell'accordo raggiunto dalle parti ma alla **valutazione** di tale accordo: e che quindi sia tenuto, in qualche misura, ad indagare l'intento effettivo delle parti al fine di accertare il programma negoziale del rapporto (è sintomatico il richiamo nel co. 5° ai criteri giurisprudenziali notoriamente orientati verso il principio della effettività nella identificazione-qualificazione del contratto di lavoro subordinato e della sua distinzione dal lavoro autonomo). Il decreto delegato, dunque, riconosce implicitamente che alle parti non compete alcun potere di qualificazione del contratto e che la commissione, da parte sua, invece, nell'esercizio del potere di certificazione-qualificazione, è vincolata ad applicare i criteri giurisprudenziali e le disposizioni normative rilevanti per la qualificazione del programma negoziale prescelto dalle parti.

Ma, come si è detto, la procedura di certificazione è utilizzata anche per assistere ed indirizzare l'autonomia individuale regolando il contratto certificabile attraverso i codici di buone pratiche. Il legislatore, riprendendo uno spunto presente nel Libro Bianco, ha inteso aprire un canale all'intervento della contrattazione collettiva in funzione normativa (regolamentare e qualificatoria) dei rapporti atipici. Il decreto delegato, vincolando il ministero a recepire i contenuti della contrattazione, si è tuttavia preoccupato di riconoscere la funzione normativa e il ruolo delle parti sociali e, nello stesso tempo, di mantenere tale riconoscimento entro limiti sia soggettivi sia di competenza negoziale (come per gli enti bilaterali, la preferenza del legislatore va alle associazioni comparativamente più rappresentative dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro); sono abilitati - con una scelta giustificata dall'esigenza di evitare eccessivi particolarismi soltanto gli accordi interconfederali: (e cioè il livello - non si dimentichi - maggiormente "politico" di negoziazione).

¹¹ si v. **V.ROPPO**, Il contratto, 2001 p. 429 ss.

Con questo sostanziale rinvio alla contrattazione interconfederale l'autonomia collettiva viene sollecitata a stabilire consensualmente le norme per regolare i rapporti che nascono dai contratti certificabili, mentre all'intervento eteronomo ministeriale viene lasciato un ruolo suppletivo.

Scopo dei codici di buone pratiche – al cui atto di produzione sembra doversi riconoscere natura di fonte secondaria (regolamento ministeriale¹²) - è la individuazione dei trattamenti economici e normativi indisponibili in sede di certificazione. Ai codici compete cioè la selezione dei diritti indisponibili e la individuazione delle norme inderogabili cui i primi sono geneticamente collegati; e, quindi, in sostanza, la posizione di uno statuto protettivo minimo del prestatore nei diversi rapporti atipici. Il meccanismo prescelto è, a quanto pare, quello della inserzione delle “clausole indisponibili” di volta in volta nel contratto certificato.

Utilizzando un siffatto meccanismo di delega alle parti sociali, il legislatore autorizza i codici a selezionare - nell'ambito complessivo dello statuto protettivo del lavoratore subordinato tipico - quali siano le tutele da trasferire nei rapporti atipici e quali siano invece i trattamenti da affidare all'autonomia individuale e quindi derogabili. Attraverso il meccanismo delle clausole indisponibili, i codici autorizzano, limitatamente al contratto certificato e combinandosi con l'assistenza erogata a livello individuale delle commissioni di certificazione, la derogabilità assistita dei trattamenti economici e normativi previsti dalla legge o dai contratti collettivi applicabili al di fuori della certificazione e, in assenza dei codici di buone pratiche anche ai rapporti atipici.

La certificazione viene così utilizzata come strumento per la integrazione e, a monte, per la regolamentazione del contratto individuale e non solo per la sua qualificazione; e tale regolamentazione viene affidata ai codici di buone pratiche raccordandoli alla contrattazione collettiva. Vi è dunque una larga apertura di credito alla contrattazione affinché, predisponendo dei contratti normativi tipo per i diversi rapporti di lavoro, determini quali disposizioni siano da considerare inderogabili e quali no. E' ragionevole auspicare che ciò induca le parti sociali a servirsi dei codici di buone pratiche come strumento per travasare - nella normativa ministeriale prima e nei singoli contratti poi - il prodotto della

¹² si v. in argomento **A. ROMANO TASSONE**, La normazione secondaria in AA.VV. **Diritto amministrativo**, I, 2001, p. 235 ss.

attività negoziale collettiva; e specialmente, per identificare nel contesto delle diverse attività produttive e prestazioni lavorative i criteri per la **tipicizzazione** dei lavori concreti (e ciò in funzione della possibilità di ricondurli ai diversi modelli certificabili di contratto: un simile procedimento di tipificazione – avvicicabile, nonostante la diversità delle premesse, al procedimento giurisprudenziale di identificazione-qualificazione – dovrebbe trovare ampio spazio nei codici soprattutto con riguardo al lavoro autonomo a progetto e alla sua demarcazione rispetto ai contratti di lavoro subordinato, da un lato, e al contratto di lavoro autonomo indipendente, dall'altro).

3.3.- Certificazione e flessibilità: i casi del lavoro a progetto e di lavoro in appalto.

In conclusione, sotto l'impulso degli accordi interconfederali e per il tramite dei codici, i rapporti atipici vengono collocati nell'area della tutela inderogabile anche se in regime di **piena flessibilità** (si può dire inderogabilità flessibile o derogabilità assistita).

La inderogabilità flessibile diventa così la caratteristica dei rapporti atipici legificati dalla riforma del mercato del lavoro. Siano essi di lavoro subordinato (a chiamata, ripartito, a tempo parziale) oppure di lavoro autonomo a progetto e di lavoro associato in partecipazione. Per i primi i codici potranno avere una funzione, oltre che di accertamento della qualificazione, di attenuazione delle tutele tipiche sia generali del lavoro subordinato, sia specifiche del rapporto. Inversamente i codici avranno una funzione protettiva al rialzo, per il lavoro autonomo a progetto ed ancor più per l'associazione in partecipazione mediante prestazione di lavoro. Per questi contratti, nei quali la tutela tipica è ridotta o addirittura inesistente, le clausole indisponibili inserite in sede di certificazione avranno lo scopo di assicurare – il più delle volte – mediante l'estensione o quanto meno adattamento dei trattamenti tipici del lavoro subordinato, una tutela minima altrimenti non prevista.

E' quindi giustificato supporre che nei contratti di lavoro a progetto e, di associazione in partecipazione di lavoro, la certificazione avrà un rilievo pratico e perciò utilizzo ben maggiore non solo per quanto attiene alla integrazione per mezzo delle clausole indisponibili ma altresì sul versante della certazione-qualificazione della natura non subordinata del

rapporto¹³. Non è un caso, del resto, che la certificazione sia espressamente richiamata dall'art. 68 D.Lgs. nell'ambito della disciplina del lavoro a progetto; la norma abilita gli organi di certificazione a convalidare le rinunzie sui diritti derivanti da tale disciplina (e quindi dovrebbe essere intesa - con riferimento più che ai negozi impeditivi dell'acquisizione dei diritti futuri¹⁴ - negozio dispositivo dei diritti acquisiti nel corso del rapporto).

La procedura di certificazione è espressamente richiamata anche per l'interposizione illecita e l'appalto genuino (così è rubricato l'art. 84). Questo (co. 1°) prevede il ricorso alla certificazione per il contratto di appalto previsto dall'art. 1655 c.c. sia "in sede di stipulazione" che "nella fase di attuazione del relativo programma negoziale anche ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto di opere e servizi come disciplinato dal titolo III del decreto legislativo".

Ma, nonostante la procedura sia identica, le differenze di sostanza sono assai notevoli. E' previsto anche qui l'intervento dei codici di buone pratiche i quali devono recepire, ove esistenti, le indicazioni non solo degli accordi interconfederali ma anche degli accordi di categoria; e, soprattutto, i codici devono essere integrati - e, presumibilmente, includere gli "indici presuntivi in materia di interpretazione 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". Al di là del testo ridondante ma impreciso (non è chiaro cosa sia, l'appalto genuino), sembra indubbio che il legislatore intende servirsi della certificazione per distinguere l'appalto di lavoro organizzato da un lato dallo pseudo appalto di sola manodopera.

In questa materia la procedura ha però una funzione tipica sostanzialmente diversa da quella (l'art. 75 e segg.) di certazione-qualificazione del contratto e di assistenza nei loro confronti delle parti e delle loro eventuali scelte derogatorie. Infatti, essendo finalizzata ad accertare non la volontà effettiva dei contraenti ma la esistenza di una interposizione illecita - e cioè al di fuori della ipotesi di appalto di manodopera organizzata.

¹³ si v. per analoghe osservazioni **L. NOGLER, op.cit.**

¹⁴ così invece, **L. NOGLER, op. cit.**

La certificazione ha la funzione di verificare se la instaurazione e lo svolgimento dei rapporti di lavoro collegati all'appalto o alla somministrazione avvenga o no in condizioni di liceità; e in definitiva ha la funzione di sostituire l'autonomia individuale cancellando i contratti di pseudo-appalto. Naturalmente la figura dello pseudo-appalto potrà però coincidere con quella finora costruita a stregua dei criteri fissati dall'art. 1 della abrogata L. n. 1369 /1960 ma sembra doversi ricavare **a contrario** dalle previsioni di cui all'art. 27 (somministrazione regolare) e all'art. 28 (somministrazione fraudolenta) e all'art. 29 (definizione dell'appalto di manodopera) o, meglio, dalla inosservanza dei criteri e requisiti ivi previsti (in pratica pseudo-appalto sarà la somministrazione di lavoro realizzata dai soggetti non abilitati).

E' da notare, infine, che qualunque sia il tipo di contratto resta fermo il carattere volontario della procedura: le parti infatti possono sottrarsi alle clausole indisponibili semplicemente evitando il ricorso alla certificazione (sembra invece da escludere che le parti possano negare l'assenso alle clausole da inserire nel contratto certificato).

4.- Certificazione e giurisdizione.

Benchè importante, la funzione di indirizzo e di assistenza nei confronti dell'autonomia individuale e la funzione di promozione dell'autonomia collettiva come fonte regolamentare - ancorchè solo indirettamente vincolante - dei rapporti di lavoro costituiti dai contratti certificati, non possono fare dimenticare che quella di certazione- qualificazione è comunque la funzione più importante, quanto meno nella intenzione del legislatore, dell'istituto. Di qui la centralità, nell'impianto legislativo, della relazione tra certificazione del contratto e giurisdizione.

La relazione tra certificazione e giurisdizione è impostata, invero non felicemente, negli art. 79 e 80 del decreto delegato. Queste norme, in effetti, propongono all'interprete due questioni: a) quale sia l'efficacia dell'atto amministrativo sul contratto certificato; b) in quale misura la efficacia dell'atto di certificazione sia opponibile alla sentenza e quindi al controllo del giudice.

Bisogna dire che il legislatore delegato non aiuta l'interprete nella soluzione di tali questioni che, per la verità si erano poste già a fronte del disegno di legge delega. Si potrebbe perfino azzardare l'ipotesi che vi sia stata una volontà politica di atecnicismo: intesa cioè a non coordinare la procedura di certificazione con le norme generali sulla interpretazione e

la qualificazione dei contratti (art. 1362 c.c. e ss.) da un lato, e sulla tutela giurisdizionale dei diritti (art. 2907 –2909 c.c.) dall'altro.

4.1.- Efficacia del contratto certificato e limiti al potere amministrativo di qualificazione.

La risposta sul punto a) è abbastanza semplice. In sede di certificazione le parti sono libere (cfr. art. 1321 e 1322 c.c.) di determinare il contenuto del contratto ed altresì di modificarlo, anche successivamente all'atto amministrativo (eventualmente, in questa ipotesi, attivando una nuova procedura di certificazione). Questo, si intende, entro i limiti posti dalle norme inderogabili di legge e dei contratti collettivi, ove applicabili. In sintesi: la autonomia o libertà contrattuale non incontra limiti nel potere di certificazione che non ha alcuna funzione conformatrice del contenuto contrattuale e quindi, anche quando il contratto sia formato con l'assistenza della commissione determinatrice indirettamente della qualificazione del rapporto. Questo vuol dire che l'atto di certificazione come non può modificare il regolamento contrattuale così deve conferire certezza pubblica alla qualificazione di quel regolamento e agli effetti che ne discendono esclusivamente secondo la legge. Dunque la commissione non è vincolata al **nomen iuris** indicato dai contraenti ma è titolare di un potere di certificazione-qualificazione del tipo contrattuale conforme al contenuto e cioè al rapporto effettivamente voluto dalle parti.

In conclusione non vi è alcuna possibilità di imporre alla volontà delle parti la qualificazione del rapporto; questa resta nella competenza dell'ordinamento¹⁵ e, quando sia imposta da norme inderogabili (come è il caso del lavoro subordinato e delle sue sottospecie) non può essere derogata nemmeno dal potere amministrativo di certificazione.

Entro questi limiti si può quindi confermare (v. n. 2.2 retro) che l'effetto tipico dell'atto di certificazione è l'accertamento con efficacia imperativa della qualificazione e quindi degli effetti del rapporto: ciò è quanto si desume dall'art. 79 dove il legislatore, nonostante la ambiguità letterale dell'enunciato "anche verso i terzi", 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 quale l'atto amministrativo accede.

¹⁵ in proposito si v. le memorabili pagine di E. BETTI, Teoria generale del negozio giuridico, 1953, p. 83 ss.

Si può allora concludere che l'atto di certificazione è sostanzialmente improduttivo di effetti tra le parti, per le quali rileva il vincolo contrattuale (cfr. art. 1372 c.c.) mentre la sua efficacia si impone ai terzi e cioè alle amministrazioni o autorità pubbliche le quali d'altronde, vengono testualmente indicate (art. 78 co. 2° lett. d) e co.3° dello stesso art. 78) quale destinatarie degli effetti della certificazione. Insomma la qualificazione del rapporto - che, in forza della regola generale della relatività degli effetti del contratto (art. 1372 co. 1° c.c.) rileva soltanto nei confronti delle parti - in virtù della certificazione diviene efficace e quindi opponibile verso le suddette autorità (proprio in questo effetto qualificatorio **ultra partes** anzi, sembra essere il **proprium** - il valore aggiunto - della certificazione).

Vale la pena di precisare che la legge, con l'atto di certificazione non conferisce al contratto effetti diretti verso i terzi, secondo la previsione eccezionale dell'art. 1372 co. 2° c.c.: bensì rende imperativi verso i terzi quelli che restano pur sempre effetti riflessi (e cioè della mera esistenza) del contratto certificato: (tali sono anzitutto gli effetti indiretti produttivi della costituzione dei rapporti previdenziali - la iscrizione e la posizione assicurativa dei soggetti e la obbligazione contributiva verso gli enti e la gestione - (Effetti che secondo la giurisprudenza legittimano gli istituti previdenziali ad agire in giudizio per l'accertamento della costituzione del rapporto di lavoro); ma possono esservi anche effetti indiretti relativi ad altri rapporti di natura amministrativa o anche di natura sindacale: si pensi alle non poche disposizioni che condizionano la instaurazione del contratto da certificare alla previsione e/o autorizzazione di contratti collettivi. In pratica, sul versante degli effetti indiretti, la certificazione avrà l'effetto, non disprezzabile, di mettere il contratto certificato al riparo dagli interventi di tipo ispettivo (accertamenti; diffide) contravvenzionale o ingiunzionale degli organi amministrativi (Ispettorato del lavoro) e degli istituti previdenziali, onerando gli uni e gli altri del ricorso giurisdizionale.

4.2.- Certificazione e accertamento giurisdizionale.

Venendo al punto b) si può anzitutto notare che è il testo dell'art. 79 - chiaramente con l'intenzione di sottolineare la forza della certificazione - a predicare la permanenza della sua efficacia "fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'art. 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari". Ed

infatti l'art. 80 – rubricato “rimedi esperibili nei confronti della certificazione” – con una previsione che, in verità, ha valore più ricognitivo che innovativo, indica i presupposti e i limiti della azione in giudizio.

Questa, stando ad una semplice lettura del co. 1° art. 80, sembrerebbe configurata come di tipo costitutivo e cioè come azione di annullamento dell'atto di certificazione. Si ha infatti l'impressione che il legislatore delegato abbia ravvisato l'oggetto della domanda e del giudizio nell'atto di certificazione e non già nel contratto certificato: la conseguenza sarebbe che l'attore anziché chiedere la condanna all'adempimento dei diritti violati dal lavoratore dovrebbe chiedere, almeno in via preliminare, l'annullamento dell'atto di certificazione (che, dunque assicurerebbe al contratto qualificato della commissione una sorta di “blindatura” quanto meno sul piano processuale).

Ma questa impressione – che ove fosse fondata sarebbe addirittura sovversiva della fondamentale regola (art. 4 L.A.C.) del riparto di giurisdizione in quanto che conferirebbe al giudice del lavoro un eccezionale potere di annullamento dell'atto amministrativo – è smentita dallo stesso decreto col richiamo all'art. 413 c.p.c. ed alla competenza del giudice del lavoro; e soprattutto dalla individuazione nell'art. 80 della **causa petendi** dell'azione. Tale causa è infatti individuata (co. 1°) nella erronea qualificazione del contratto oppure nella difformità tra il programma negoziale e la sua successiva attuazione: sono ipotesi che, lungi dal configurare un vizio di legittimità dell'atto amministrativo, indicano le ragioni, in fatto e in diritto della domanda, e disegnano la fattispecie dell'azione condannatoria del datore di lavoro all'adempimento dei diritti del prestatore che derivano dalla effettiva qualificazione del rapporto (e, corrispondono – vale la pena di sottolinearlo – nella forma concettuale e nella sostanza pratica agli errori di diritto che rilevano nel giudizio di qualificazione della fattispecie di lavoro subordinato – o in alternativa di lavoro autonomo – secondo la consolidata esperienza della giurisprudenza sia di merito sia di legittimità¹⁶).

Se dunque ci si può dolere della superficialità del legislatore delegato il quale ignora principi fondamentali – come è certamente il riparto di giurisdizione - del diritto vigente, non vi è ragione di dare credito al suo

¹⁶ per una critica si v. **O. MAZZOTTA**, Diritto del lavoro, 2002, p. 48 ss.; e se vuoi, **E. GHERA**, Diritto del lavoro, 2002, p.

errore tecnico: non l'atto ma il contratto certificato è l'oggetto del giudizio e dell'azione di nullità. Né con questa conclusione contrasta la precisazione contenuta nello stesso co. 1° art. 80, secondo cui legittimati ad agire (cfr. art. 100 c.p.c.) sono le parti del contratto e "i terzi nella cui sfera giuridica l'atto stesso è destinato a produrre effetto"; tale precisazione oltre ad essere coerente con la norma generale dell'art. 1421 c.c. ("la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse") è inoltre coerente con il doppio binario – quello negoziale **inter partes** e quello dell'accertamento **erga omnes** - costruito dal decreto delegato per la produzione degli effetti del contratto certificato (cfr. ancora rt. 78 lett. d) e art. 79).

Il ricorso al giudice del lavoro è dunque l'unico strumento per contestare la certificazione e le regole sono quelle ordinarie dell'azione e del processo, con l'unica eccezione che il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 410 c.p.c. dovrà essere effettuato – a pena di improcedibilità del ricorso (arg. art. 412 bis c.p.c.) – davanti alla commissione che ha emesso l'atto di certificazione (art. 80 co. 4°).

Ma vi è di più. Il co. 5° dello stesso art. 80 ha rimesso al giudice amministrativo la cognizione dei vizi dell'atto di certificazione in sé (e cioè indipendentemente dal contratto). L'atto amministrativo può essere impugnato per violazione del procedimento o per eccesso di potere dagli stessi soggetti legittimati al ricorso ordinario. Questa disposizione conferma che il giudizio sulla qualificazione attiene al contratto e al rapporto di lavoro e non all'atto amministrativo (la violazione di norme sostanziali di legge è infatti riservata all'a.g.o., mentre il G.A. può conoscere soltanto la violazione delle norme sul procedimento); quanto al vizio di eccesso di potere – considerata la discrezionalità tecnica della valutazione ed il contenuto vincolato del potere di certificazione – la sua previsione sembra essere un eccesso di cautela del legislatore (si potrebbe forse immaginare un atto emesso al di fuori di qualsivoglia ipotesi di certificazione previste dalla legge) o, più verosimilmente un suo errore tecnico.

4.3.- Il giudizio sul contratto certificato: contenuto ed effetti.

Ma quali sono il contenuto e gli effetti del giudizio sul contratto certificato? Si è detto che oggetto del giudizio è sempre (anche quando attore sia un terzo) il contratto certificato: il giudice ordinario quindi conoscerà incidentalmente del provvedimento di certificazione e, qualora rilevi una

erronea qualificazione o la difformità tra il programma negoziale e la sua successiva attuazione nel rapporto, previa disapplicazione dell'atto amministrativo, pronunzierà la sentenza di accertamento della (corretta) qualificazione del contratto¹⁷.

Mentre l'ipotesi – pur marginale – della impugnazione per vizi del consenso (cfr. art. 1427 c.c. e segg.) del contratto certificato (anche qui ricorre il solito ed erroneo scambio tra l'atto di certificazione e il contratto certificato), non sembra dare luogo a particolari questioni¹⁸, meritano qualche parola le due ipotesi, tra loro distinte, della erronea qualificazione e della difforme qualificazione.

La difformità non sembra distaccarsi, se non per la esistenza e la efficacia dell'atto di certificazione, dalla c.d. riqualificazione giudiziale del rapporto: oggetto dell'accertamento giudiziale sarà infatti l'effettivo contenuto o svolgimento del rapporto. Pertanto “qualora le modalità e le caratteristiche concretamente assunte dalla prestazione consentano di ricondurre la stessa nell'ambito della subordinazione lavorativa resta irrilevante il diverso *nomen iuris* dato dalle parti al rapporto all'atto della sua stipulazione, non potendo la necessaria indagine sulla loro volontà negoziale andar disgiunta da una verifica del concreto svolgersi della prestazione, in eventuale contrasto con la qualificazione datane dalle parti” (Cass..... 1998 n. 2370). In particolare l'organo di certificazione dovrà seguire i normali criteri di ermeneutica indirizzati a valutare il comportamento complessivo dei contraenti (art. 1362 c.c.) e a privilegiare la **subordinazione effettiva** indipendentemente dal **nomen iuris** proposto dalle parti.

In proposito le S.U. della Cassazione 1999 n. 61 hanno affermato che “**la divergenza fra nomen iuris ed effettivo contenuto del rapporto** può verificarsi in tre casi: a) quando le parti nel contratto facciano riferimento a un rapporto di collaborazione autonoma per evitare i costi derivanti dal regime di subordinazione; b) quando l'espressione letterale abbia tradito la vera intenzione dei contraenti; c) quando le parti, pur avendo voluto, al momento della conclusione del contratto, costituire un rapporto di lavoro autonomo, nella fase esecutiva mostrino, attraverso fatti concludenti, di

¹⁷ si v. in termini consimili, ma con riferimento alla L. n. 30 V. **SPEZIALE La certificazione dei rapporti di lavoro della Legge-delega sul contratto del lavoro**, *Giorn.dir.lav.* e rel. Ind., 2003, p. 19 e ss.: ivi esemplificazione dei possibili casi di domanda di invalidazione per erronea qualificazione del rapporto

avere mutato intenzione. Nel caso a) deve applicarsi l'art. 1414, co. 1° c.c.; nelle altre due ipotesi si applicherà l'art. 1362 c.c.. Queste norme che impongono di qualificare il rapporto in base "al contenuto effettivo delle prestazioni rese ed al concreto atteggiamento delle parti, senza che a ciò possa essere di impedimento la formale qualificazione data in sede di conclusione del contratto"; sono evidentemente applicabili anche i contratti certificati.

Le massime giudiziarie riportate indicano non solo criteri-guida nell'esercizio del potere giudiziale di accertamento e/o qualificazione del rapporto ma anche i criteri di valutazione cui deve attenersi la commissione nell'esercizio del potere di certificazione: si può quindi concludere che l'atto di certificazione-qualificazione della commissione non è opponibile all'accertamento giurisdizionale e, inversamente, il controllo del giudice non è limitato dall'atto di certificazione.

I medesimi criteri valgono anche nell'ipotesi di erronea qualificazione dall'atto di certificazione (e cioè normalmente al momento dell'accordo). In questa ipotesi tuttavia il rimedio giurisdizionale presenta dei connotati di diversità. Infatti la erronea qualificazione dipende non dalla volontà delle parti e dal suo svolgimento nel rapporto ma dalla valutazione della commissione. La qualificazione potrà essere viziata da un errore di fatto – strutturalmente simile all'errore ostativo (cfr. art. 1423 c.c.) - sulla rappresentazione della volontà manifestata dalle parti; oppure da un errore di diritto da non confondere, evidentemente con l'errore-vizio di cui all'art. 1429 co. 4° c.c., in quanto che ha natura **oggettiva** ed attiene cioè alla interpretazione ed applicazione delle norme di legge rilevanti per la qualificazione del contratto da certificare (e cioè per la sua riconduzione al tipo o modello previsto dalla legge). Così congegnato l'errore sulla qualificazione sembra somigliare soltanto in apparenza all'errore di diritto deducibile per cassazione (art. 360 n. 3 c.p.c.) ma e in realtà diverso perché incide direttamente sulla interpretazione del contratto effettivamente voluto dalle parti. Può essere un errore sia sulla ricostruzione (o meglio l'accertamento) dei fatti i quali hanno determinato la conclusione del contratto (nulla esclude, perciò, la considerazione dei motivi soggettivi ancorché non comuni alle parti: è il caso della c.d. presupposizione) oppure dei fatti (dichiarazioni, comportamenti) che

¹⁸ sulla rilevanza dei vizi della volontà nella formazione del contratto di lavoro sia consentito il rinvio a **E. Ghera Diritto del lavoro 2002, p.....**

siano comunque rilevanti per la determinazione della comune volontà dei contraenti; e, per altro verso, l'errore potrebbe cadere sulla rilevanza da attribuire agli elementi oggettivi del regolamento contrattuale (causa ed oggetto: cfr. art. 1325 n. 2 e n. 3 c.c.).

Tutto questo si può sintetizzare affermando che l'errore sulla qualificazione si riscontra quando l'organo di certificazione abbia errato nella ricostruzione e nella valutazione dell'accordo tra le parti e del regolamento contrattuale programmato dalle stesse. Dunque l'errore si sostanzia in un ragionamento deviante dai canoni imposti dagli artt. 1362 c.c. e segg. per la interpretazione del contratto in genere e dei contratti di lavoro in particolare (infatti la commissione al pari del giudice è vincolata a trarre la qualificazione del contratto da una corretta interpretazione della volontà dei contraenti).

Da questo punto di vista non può negarsi la somiglianza tra l'atto di certificazione e l'accertamento giurisdizionale. Non vi è, infatti, una sostanziale differenza tra il contenuto logico-giuridico dell'atto di certificazione e l'accertamento della qualificazione del rapporto contenuto dalla sentenza. L'uno e l'altro sono espressione della discrezionalità tecnico-giuridica che caratterizza l'attività interpretativa e che nello specifico, inerisce all'impiego dei criteri giurisprudenziali ricavati dalla legge per la qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato oppure autonomo: e, quindi, anche in funzione dei modelli normativi atipici. Diverso è però l'effetto. La sentenza è essa stessa fonte di qualificazione della fattispecie concreta ed è – come si sa – produttiva di un accertamento non solo **erga omnes** ma altresì definitivo e cioè incontrovertibile (cosa giudicata materiale: cfr. art 2909 c.c.). Mentre l'effetto di qualificazione proposto dall'atto di certificazione, oltre a non vincolare le parti ma soltanto i terzi, non è incontrovertibile, come facilmente si evince dagli art. 79 e 80 del decreto delegato (è questa, dunque la differenza sostanziale tra il potere amministrativo di certazione-qualificazione e il potere giudiziale di qualificazione).

5.- Considerazioni finali.

Fin dalla sua prospettazione, l'istituto della certificazione volontaria è andato incontro a gravi dubbi, ancor più che sulla configurazione tecnica, sulla sua utilità pratica (e, in definitiva, nella sua effettività come

rimedio alla incertezza intorno alla qualificazione dei rapporti di lavoro e alle tutele che ne dipendono).

In effetti non si può negare che i connotati dell'atto di certificazione e del contratto certificato ne manifestano la debolezza a fronte dell'accertamento giurisdizionale. Non solo il contratto certificato può essere in ogni momento riqualificato dal giudice adito dalle parti o dai terzi interessati ma anche l'effetto imperativo dell'atto amministrativo verso i terzi (le amministrazioni pubbliche) è debole: il legislatore infatti lo ha munito di una efficacia preclusiva soltanto provvisoria (e non definitiva – come nel modello tedesco della *Statusfestellungsverfahren*¹⁹ – nei confronti dell'autorità pubblica certificatrice).

Analoghi connotati di debolezza sono connessi alla opzione del legislatore di configurare il rimedio giurisdizionale contro la certificazione in chiave di nullità (e non – come si sarebbe potuto – di annullabilità sia pure speciale, in analogia con l'impugnazione prevista dall'art. 2113 c.c.).

Il decreto delegato (co. 2° art. 80) ha voluto precisare che la sentenza di accertamento negativo della qualificazione del rapporto ha efficacia **ex tunc**: “fin dal momento della conclusione dell'accordo contrattuale” per l'ipotesi di erronea qualificazione e “dal momento in cui la sentenza accerta che ha avuto inizio la difformità”, per l'ipotesi di riqualificazione del rapporto sembra evidente che in entrambe le ipotesi si ha una azione di nullità e che la declaratoria di nullità elimina gli effetti dell'atto di certificazione ma non – evidentemente – il contratto il quale viene sottoposto – in sostanza – ad una operazione di c.d. conversione **ope iudicis** (cfr. in generale art. 1424 c.c.).

Infine va considerato che il decreto delegato non ha riconosciuto all'atto di certificazione alcuna speciale efficacia probatoria. L'art. 80 co. 3° assegna non all'atto di certificazione ma al comportamento complessivo tenuto dalle parti nella procedura di certificazione nonché, in caso di successiva controversia nel tentativo obbligatorio di conciliazione davanti alla commissione (cfr. co. 4° dello stesso art. 80), una rilevanza limitata alla decisione sulle spese della lite (analogamente l'art. 412 co. 4° c.p.c. per il verbale di mancata conciliazione).

In conclusione non è possibile riconoscere alla certificazione la funzione di vincolare il giudice al **nomen iuris** delle parti.

¹⁹ cfr. L. NOGLER, *op. cit.*

Ciò non esclude, per altro, che i comportamenti emersi e le dichiarazioni rese dalle parti nella procedura di certificazione possano venire utilizzati dal giudice per la formazione del suo libero convincimento (cfr. art. 116 c.p.c.). E' quindi senz'altro possibile che sia il comportamento delle parti sia l'atto stesso della certificazione abbiano rilievo nel giudizio sulla qualificazione del rapporto come **prove atipiche** e cioè semplici elementi o argomenti di prova circa la effettiva volontà delle parti nella scelta tra i diversi modelli di contratto (la giurisprudenza muovendo proprio dall'art. 116 c.p.c. estensivamente interpretato è molto liberale in materia di prove atipiche: affermando che ogni elemento dotato di efficacia probatoria, comunque acquisito, può essere utilizzato dal giudice).

La indubbia debolezza della certificazione non può tuttavia giustificare drastici giudizi di inutilità²⁰. E' vero che la assenza di efficacia preclusiva della riqualificazione giudiziale del contratto certificato non permette di riconoscere alla procedura quella capacità deflattiva del contenzioso che è stato l'obiettivo indicato dai sostenitori dell'istituto e recepito nell'art. 75 del decreto. Tuttavia, come l'indirizzo estensivo, testè ricordato, della giurisprudenza in materia di prove atipiche fa ritenere opportuno sospendere il giudizio, quanto meno nell'immediato; ed infatti, ove l'attività delle commissioni si consolidasse e, sia attenta alle caratteristiche effettive dei rapporti da certificare e, nello stesso tempo, duttile nel recepimento dei criteri legali-giurisprudenziali per la loro qualificazione – la certificazione, tanto più se accompagnata dalla erogazione di una effettiva assistenza alle parti, potrà acquistare autorevolezza nei confronti del giudice.

²⁰ si v. invece V. SPEZIALE, op. cit.