

La certificazione dei contratti di lavoro*

Armando Tursi

1. Introduzione	387
2. La certificazione dei contratti di lavoro tra “derogabilità assistita” e qualificazione del contratto	387
3. La disponibilità assistita” nel D.Lgs. n. 276/2003: l’art. 82 e la certificazione delle rinunzie e transazioni di cui all’art. 2113 c.c.	389
4. La certificazione delle rinunzie e transazioni ai diritti dei lavoratori “a progetto” (art. 68): una forma di “derogabilità assistita” ?	389
5. La certificazione come assistenza negoziale nella stipulazione del contratto, e in particolare nella stipulazione di patti in deroga a norme non inderogabili: l’art. 78, comma 4 e 5°, e l’art. 81	393
6.1. La certificazione “qualificatoria”: finalità e contratti certificabili	395
6.2. Gli organi abilitati	397
6.3. Natura ed efficacia giuridica dell’atto di certificazione	402
6.4.1. Certificazione e giurisdizione: il problema della cd. “indisponibilità del tipo legale”	405
6.4.2. L’impugnazione per erroneità della qualificazione	409
6.4.3. L’impugnazione per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua attuazione	409
6.4.4. L’impugnazione per vizi della volontà e il problema dell’errore di diritto	410
6.4.5. L’impugnazione per eccesso di potere o vizi procedurali	411
6.5. L’efficacia della certificazione ai fini probatori e delle spese processuali	413
6.6. L’efficacia della certificazione ai fini della preclusione di contestazioni da parte dei terzi	415
7. Rilievi conclusivi	416

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 19/2004

1. Introduzione

L'istituto della "certificazione dei contratti di lavoro", introdotto dal titolo VIII del D.lgs. n. 276/2003, oltre a costituire una assoluta novità per il diritto del lavoro italiano, rivela all'analisi giuridica profili di notevole complessità.

Si tratta, intanto, di materia caratterizzata da una spinta interdisciplinarietà: se compete primariamente al diritto del lavoro l'analisi della *ratio* e delle finalità di politica del diritto che alla certificazione dei contratti di lavoro sono assegnate (nonché, in collaborazione con sociologi ed economisti del lavoro, la valutazione anche predittiva dei suoi effetti sul sistema di regolazione dei rapporti di lavoro e del mercato del lavoro), è dal diritto amministrativo che devono attingersi gli strumenti concettuali necessari per pervenire all'esatta focalizzazione della sua natura e dei suoi effetti giuridici, come pure dei rimedi esperibili sul piano della giurisdizione amministrativa (v. art. 80, comma 5°). Un ruolo per nulla secondario nell'opera di razionalizzazione e sistematizzazione dell'istituto, va infine riconosciuto agli studiosi del processo civile, se si conviene che gli effetti della certificazione dei contratti di lavoro sono concretamente apprezzabili soprattutto alla luce dei rimedi esperibili sul piano del processo civile, in particolare tramite l'azione intesa a contestarne l'erroneità ovvero la difformità rispetto alla situazione reale certificata (art. 80, comma 1°, 1° periodo); senza dimenticare l'azione delle "parti", intesa a far valere i "vizi del consenso" (art. 80, comma 1°, 2° periodo).

Tuttavia, non è quello della interdisciplinarietà il profilo più problematico.

La complessità analitica della certificazione dei contratti di lavoro si coglie appieno se se ne considera l'oggetto tipico, normativamente individuato nella "qualificazione" di una serie numerosa, benché non esaustiva, di contratti di lavoro, di natura subordinata o autonoma, contestualmente introdotti o rivisitati dal D.lgs. n. 276/2003: ciò chiama in causa uno dei problemi fondativi della scienza giuridica civilistica: quello del rapporto tra volontà negoziale, fattispecie negoziale, qualificazione, effetti giuridici.

La complessità dell'oggetto d'analisi giustifica un approccio che, pur sempre riconducibile a quello "tecnico-esegetico", da un lato non rifiuti aprioristicamente di prendere in considerazione l'ipotesi che il legislatore possa avere talvolta perduto il pieno dominio di tutte le connessioni sistematiche coinvolte, o addirittura che possa avere parzialmente fallito nel tradurre normativamente la sua intenzione riformatrice; dall'altro, si impegni pure a vagliare gli equivoci e i fraintendimenti talora affioranti nello stesso dibattito scientifico.

2. La certificazione dei contratti di lavoro tra "derogabilità assistita" e qualificazione del contratto

Di certificazione dei contratti di lavoro nel D.lgs. n. 276/2003 si parla in più parti - anche al di fuori del titolo VIII, espressamente dedicato alle "procedure di certificazione" -, e con significati anche diversi da quello consacrato negli artt. 75, 83 e 84.

In questi tre articoli, la certificazione è una procedura volontaria per la qualificazione dei contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale, a progetto, di associazione in partecipazione, nonché in ordine alla "tipologia dei rapporti di lavoro" instaurabili nelle società cooperative alla stregua del relativo regolamento interno, e alla "distinzione... tra somministrazione di lavoro e appalto...".

Ma in altre e altrimenti dislocate disposizioni si colgono almeno tre importanti varianti funzionali della certificazione in parola, e segnatamente: a) nell'art. 68 si fa riferimento a (sedicenti) "rinunzie o transazioni" ai diritti derivanti dal capo I, relativamente ai "lavoratori a progetto", da realizzarsi "in sede di certificazione del rapporto di lavoro"; b) nell'art. 82 si stabilisce che gli "enti bilaterali" di cui all'art. 76, comma 1, lett. a) del decreto "sono competenti altresì a certificare le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 cod. civ. a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti ..."; c) nell'art. 81, infine, alle "sedi di certificazione di cui all'art. 75" si attribuiscono "anche funzioni di consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali ..., con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro".

Sembrano così affiorare, nel testo legislativo, tutte le polivalenze semantiche, e anche tutte le ambiguità e talvolta gli equivoci, che hanno accompagnato l'istituto in esame fin dalla sua comparsa nel dibattito dottrinale, prima, e politico-legislativo, poi: in particolare, l'equivoco latente e pervicacemente riaffiorante è quello tra la certificazione come "dichiarazione valutativa sulla qualificazione del contratto", e il "sistema della volontà assistita, in cui 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".

Infatti, già nello scritto dottrinale cui viene generalmente riconosciuta la primogenitura della certificazione del contratto di lavoro, si rinviene se non la posizione stessa dell'equivoco, una sorta di prima esemplificazione della sua latenza: vi si rinviene infatti l'affermazione che "il modello della volontà assistita potrebbe essere utilizzato non solo per la fissazione della disciplina del rapporto, ma anche per la preliminare scelta del tipo negoziale con particolare riferimento all'alternativa lavoro autonomo - lavoro subordinato ora regolata dalla norma inderogabile dell'art. 2094 cod. civ." (Vallebona 1992).

E di tale impostazione si trova traccia già nella prima iniziativa legislativa in materia, la cd. "bozza Biagi" del 1998, che si muove, programmaticamente, sul duplice piano della certificazione dei rapporti come mezzo di deflazione del contenzioso giudiziario, e dell'"inderogabilità relativa" delle norme lavoristiche, intesa a sua volta, in termini ampi, come strumento di flessibilizzazione delle fonti del diritto del lavoro: non solo, cioè, come derogabilità delle norme legali e contrattuali collettive a opera della contrattazione individuale "assistita", ma anche come derogabilità delle norme legali da parte della contrattazione collettiva.

Nella riforma del 2003, campeggia, nell'art. 5 della L. n. 30/2003 e poi nel titolo VIII del D.Lgs. n. 276/2003, la certificazione intesa come strumento finalizzato a "ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro".

Tuttavia, come si è anticipato, un'attenta analisi rivela tracce della certificazione riconducibile al modello della "derogabilità assistita".

Nella stessa legge delega non mancano segnali in tal senso, in almeno due punti: nel corpo della stessa norma delegante in materia di certificazione dei rapporti di lavoro, laddove (art. 5, comma 1°, lett. g) si prevede l'"attribuzione agli enti bilaterali della competenza a certificare ... anche le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 del c.c., a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti"; ed *extra sedem*, laddove (art. 4, n. 6) si impartisce al legislatore delegato la direttiva di prevedere il "ricorso, ai sensi dell'art. 5, ad adeguati meccanismi di certificazione della volontà delle parti contraenti", con riferimento alla disciplina del "lavoro a progetto".

3. La disponibilità assistita" nel D.Lgs. n. 276/2003: l'art. 82 e la certificazione delle rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 c.c.

È dall'art. 5, comma 1°, lett. g) della legge delega che trae origine la disposizione di cui all'art. 82 del decreto, dove, riproducendosi alla lettera della norma delegante, si attribuisce agli "enti bilaterali" di cui all'art. 76, comma 1, lett. a) - e dunque con l'esclusione degli altri organi certificatori contemplati dall'art. 76 - la competenza "altresì a certificare le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 del codice civile a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse".

Si registra in questo caso, non tanto un esempio di "derogabilità assistita", quanto una variazione sul tema, ben più tradizionale, della "disponibilità assistita": una variazione, per la precisione, attinente all'ambito dei soggetti abilitati a integrare, in via conciliativa, la volontà dispositiva delle parti onde renderla inattaccabile in sede giudiziaria ai sensi degli artt. 2113, 4° c., c.c., 410 e 411 c.p.c..

Sembra, insomma, che il legislatore abbia inteso attribuire agli enti bilaterali il potere non semplicemente di dare certezza legale alla natura dispositiva delle rinunzie e transazioni di cui al 1° c. dell'art. 2113 c.c. (nel qual caso la certificazione in oggetto sarebbe pur sempre riconducibile al modello "qualificatorio"), ma di rendere inoppugnabili detti negozi, al pari di quelli stipulati nell'ambito delle conciliazioni intervenute ai sensi degli artt. 185, 410 e 411 c.p.c. (art. 2113, 4° c., c.c.).

Tale interpretazione, peraltro, offre anche una ragionevole spiegazione della limitazione della competenza in parola ai soli "organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative": gli enti bilaterali si inseriscono armonicamente nella logica e nel sistema delle conciliazioni stragiudiziali, in perfetta linea di continuità con le commissioni di conciliazione istituite "in sede sindacale", di cui all'art. 411, 3° c., c.p.c..

D'altro canto, se si trattasse di certificazione a oggetto "qualificatorio", non vi sarebbe ragione di escludere gli altri soggetti contemplati dalle lettere b) e c) dell'art. 76, 1° c., D.Lgs. n. 276/2003.

4. La certificazione delle rinunzie e transazioni ai diritti dei lavoratori "a progetto" (art. 68): una forma di "derogabilità assistita"?

Se quella di cui all'art. 82 è una forma di "disponibilità assistita" (o addirittura di certificazione "qualificatoria"), nel D.Lgs. 276/2003 non è assente l'eco del dibattito sviluppatosi intorno alla "derogabilità assistita": di questo istituto si trova infatti, a nostro avviso (ma per primo: Nogler 2003), traccia nell'art. 68, dove, con formulazione peraltro imprecisa ed equivoca, si stabilisce che "i diritti derivanti dalle disposizioni contenute nel presente capo possono essere oggetto di rinunzie o transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al Titolo V del presente decreto legislativo".

Anche questa disposizione, come e più di quella contenuta nell'art. 82, si presta a gravi rilievi di tecnica legislativa: colpisce, innanzi tutto, il contrasto tra il *nomen iuris* di "rinunzie o transazioni" prescelto per individuare gli atti negoziali certificabili, e la fase del rapporto in cui tali negozi dispositivi sono collocati; fase che, considerata la loro esperibilità "in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al titolo VIII del D.Lgs. n. 276/2003", dovrebbe essere, almeno di regola, quella genetica.

Senonché, la distinzione, da tempo acquisita in dottrina e in giurisprudenza, tra negozi che, intervenendo nel momento genetico del rapporto in funzione di deroga a norme inderogabili, impediscono al lavoratore l'acquisizione di un diritto, e negozi che, intervenendo nel momento funzionale del rapporto, dispongono di diritti acquisiti dal titolare in virtù dell'avvenuto perfezionamento della fattispecie genetica, rende inconfigurabile l'ipotesi di "diritti" passibili di disposizione nella fase genetica del rapporto. E dunque, a meno di non restringere notevolmente l'ambito di applicazione della norma in commento, riferendola ai presumibilmente poco frequenti casi di certificazione "qualificatoria" richiesta in corso di rapporto, se ne deve desumere che impropriamente il legislatore ha evocato le *figurae iuris* della rinuncia e della transazione, intendendo invece disciplinare una forma di derogabilità assistita a norme inderogabili che disciplinano il rapporto di lavoro a progetto.

Del resto, se così non fosse, dovremmo prendere atto dell'inutilità della norma in commento anche per altra, e più drastica ragione: essa sarebbe una mera duplicazione della norma di cui all'art. 82, che, come s'è visto, già estende, sia pur limitatamente agli enti bilaterali, la competenza delle "sedi di certificazione" alle "rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 del codice civile". Ed è appena il caso di ricordare che l'art. 2113 c.c., riferendosi ai "rapporti di cui all'art. 409 del codice di procedura civile", include altresì quei "rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione", nei quali l'art. 61 afferma di voler ricomprendere il "contratto di lavoro a progetto".

E anzi, l'espressa menzione dell'art. 2113 c.c. operata dall'art. 82, raffrontata con l'omessa menzione di tale articolo nell'art. 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'art. 2113 del codice civile": delle fattispecie, cioè, solo atecnicamente definibili come "rinunzie" o "transazioni", ma in effetti riconducibili alla regolazione del rapporto in chiave di deroga a norme imperative.

Va ricordato, a tale proposito, che nella versione originaria dello schema di decreto l'art. 68 includeva un inciso secondo cui le rinunzie e transazioni ai diritti dei lavoratori a progetto potevano effettuarsi "anche in deroga all'art. 2113 del codice civile": inciso poi espunto dal testo finale.

Ci si deve chiedere quale potesse essere il significato di quell'inciso, e perché sia stato espunto.

A noi sembra che la "deroga all'art. 2113 c.c." potesse essere intesa o come possibilità di dismettere validamente diritti maturati, secondo modalità diverse da quelle previste dall'art. 2113; oppure come possibilità di dismettere diritti non ancora maturati, e cioè "futuri".

Nel primo caso, si potrebbe ritenere che lo schema di decreto alludesse alla piena validità delle rinunzie e transazioni aventi a oggetti diritti dei collaboratori a progetto, indipendentemente dall'esperimento delle procedure conciliative di cui al comma 4° dell'art. 2113 c.c., alla sola condizione che intervenissero "in sede di certificazione del rapporto di lavoro". Ma ciò non sarebbe stato molto diverso dal prevedere che le rinunzie e transazioni intervenute avanti l'organo di certificazione avessero i medesimi effetti delle conciliazioni previste dal 4° comma dell'art. 2113 c.c.; che è poi, come s'è visto, quanto prevede l'art. 82, ma limitatamente ai soli enti bilaterali.

Dunque, è più plausibile che quell'inciso intendesse riferirsi alla possibilità di dedurre nei negozi dispositivi "diritti futuri". Ma, pur senza toccare la questione teorica della configurabilità di una rinuncia in futuro, si deve convenire che la questione si atteggia in maniera diversa a seconda che

la norma attributiva del diritto di cui si “dispone” sia inderogabile o meno: deve infatti riconoscersi che “in realtà la cosiddetta rinuncia ad un diritto futuro in altro non si risolve se non nella stipulazione di un patto modificativo dell’originario assetto contrattuale, che, in quanto *contra legem*, è da considerare nullo già ai sensi dell’art. 1418 c.c.”.

Se così è, l’eliminazione dell’inciso “in deroga all’art. 2113 c.c.” potrebbe spiegarsi con la sua superfluità ed equivocità: l’inapplicabilità dell’art. 2113 c.c. agli atti dispositivi di “diritti futuri”, infatti, discende direttamente dai principi, e l’inciso in parola avrebbe solo potuto ingenerare l’equivoco di far ritenere che l’art. 68 avesse a che fare con la materia delle rinunzie e transazioni di cui all’art. 2113 c.c. (sia pure con “deroghe” attinenti agli aspetti procedurali).

Infine, e conclusivamente sul punto, va pure osservato che l’istituto di cui all’art. 68 non è incluso tra quelli ai quali l’art. 86, comma 12° attribuisce carattere “sperimentale”, suscettibile cioè di riforma o abolizione all’esito di una “verifica” con le parti sociali da condursi entro 18 mesi dall’entrata in vigore del decreto: ciò conferma, ci pare, che si tratta di un istituto diverso sia dalla certificazione qualificatoria che da quella dispositiva e assistenziale di cui, rispettivamente, agli artt. 75, 81 e 82 del titolo VIII.

Tanto chiarito in merito alla portata sostanziale della norma, e prima di prendere in esame altre disposizioni del D.Lgs. n. 276/2003 in qualche maniera anch’esse evocatrici del modello della derogabilità assistita, è necessario soffermarsi su due questioni rilevanti che l’art. 68 pone: l’una attinente al suo ambito oggettivo di applicazione, ossia alla individuazione delle norme passibili di deroga assistita; l’altra attinente alla sua legittimità costituzionale in relazione a un possibile eccesso di delega.

Come s’è già osservato, benché il tema della derogabilità assistita fosse ben presente nel dibattito politico-legislativo e dottrinale che ha preceduto la riforma del 2003, nella legge delega non ve n’è traccia evidente: ribadito che la delega di cui all’art. 5 della L. n. 30/2003 riguarda la certificazione finalizzata a “ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro”; ed escluso che alla derogabilità assistita sia riferibile il “principio o criterio direttivo” di cui all’art. 5, lett. g) - attuato dall’art. 82 del decreto - , sembra effettivamente mancare il benché minimo appiglio onde legittimare la previsione, a opera del decreto delegato, di una forma di derogabilità assistita.

E se così fosse, l’illegittimità costituzionale per violazione dell’art. 76 Cost. sarebbe inevitabile.

Tuttavia la Corte costituzionale ha a più riprese chiarito che “per valutare di volta in volta se il legislatore delegato abbia ecceduto” i limiti della delega, “occorre individuare la *ratio*” di quest’ultima: è necessario, insomma, 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, che risulta più o meno ampia a seconda del grado di specificità dei principi e criteri fissati nella legge delega”.

Alla luce di questo quadro di principi in materia di esercizio della delega legislativa, ci sembra plausibile l’argomento addotto da un’attenta dottrina che ha individuato il possibile fondamento costituzionale della previsione di cui all’art. 68 nella specifica delega in materia di lavoro a progetto, laddove tra i principi e criteri direttivi si prevede l’attribuzione di “tutele fondamentali a

presidio della dignità e della sicurezza dei collaboratori ... , anche nel quadro di intese collettive” (art. 4, n. 4, L. n. 30/2003).

All’osservazione che l’espressione “tutele fondamentali” “non indica necessariamente la via dell’inderogabilità assoluta, ma semmai ... quella dell’effettività delle tutele stesse”, riteniamo di poter aggiungere la notazione che anche il riferimento a un “quadro” regolamentare tracciato da “intese collettive” richiama abbastanza esplicitamente l’idea di un sistema di tutele flessibile sia quanto alle fonti (interazione tra legge e contrattazione collettiva) che quanto al regime giuridico (un “quadro” di principi prima ancora che un complesso organico di norme inderogabili): l’idea, insomma, ben presente nel “Libro bianco”, della *soft law* e, in particolare, quella del rifiuto di un “intervento legislativo pesante” in materia di lavoro a progetto.

Per concludere sul punto, va rilevato che, quantunque sarebbe stata sommamente auspicabile, sul piano della tecnica legislativa e della certezza del diritto, una minore equivocità del dettato legislativo, tuttavia può formularsi un giudizio cautamente assolutorio quanto al dubbio di illegittimità costituzionale per eccesso di delega: a condizione, naturalmente, che il principio/criterio direttivo del “ricorso ... ad adeguati meccanismi di certificazione della volontà delle parti contraenti”, contenuto nel n. 6 dell’art. 4 della L. n. 30/2003, venga letto alla luce di quello contenuto nel n. 4, ed entrambi sullo sfondo della complessiva *ratio* della delega legislativa in materia di lavoro a progetto, quale ricostruibile anche sulla scorta dei lavori preparatori e del dibattito politico-dottrinale che ha preceduto la riforma.

Questa interpretazione, peraltro, fornisce anche una chiave interpretativa utile a fronteggiare i problemi esegetici che si pongono circa l’individuazione dell’ambito oggettivo di applicazione dell’art. 68: non è chiaro, infatti, se, limitando l’oggetto delle “rinunzie e transazioni” ai soli “diritti derivanti dalle disposizioni del presente capo”, la disposizione in commento abbia inteso escludere la derogabilità delle norme preesistenti, e solo richiamate dall’art. 66; come pure ci si è chiesti se il potere dispositivo-derogatorio di cui all’art. 68 investa i soli diritti di natura privatistica inerenti al rapporto di lavoro, o se non coinvolga anche i diritti alle prestazioni sociali contemplati da norme pubblicistiche.

Orbene, innanzi tutto devono sicuramente escludersi dal regime di derogabilità assistita le norme preesistenti che non risultino neanche richiamate dagli articoli del titolo VII. Peraltro, la distinzione tra diritti “vecchi” dei collaboratori coordinati e continuativi, e diritti “nuovi” dei lavoratori a progetto, risulta sostanzialmente sovrapponibile a quella tra diritti privatistici e diritti pubblicistici, poiché il titolo VII del D.Lgs. n. 276/2003, mentre richiama pedissequamente (e in maniera incompleta) i diritti pubblicistico-previdenziali già legislativamente riconosciuti, ne riconosce di nuovi ai lavoratori a progetto, ma solo limitatamente al rapporto privatistico col committente.

Sicché, scontata, per un verso, l’inderogabilità delle norme di tutela preesistenti e non richiamate dal titolo VII, e per l’altro, la riferibilità dell’art. 68 ai diritti privatistici previsti dalla novella legislativa, il problema della derogabilità assistita delle norme di tutela preesistenti e solo richiamate dall’art. 66 del D.Lgs. n. 276/2003 si identifica in pieno con quello, più generale, della derogabilità convenzionale delle norme attributive di diritti pubblicistici aventi a oggetto prestazioni sociali.

Ma tale derogabilità deve escludersi in radice, in virtù del vincolo costituzionale gravante sull’autonomia negoziale in materia di previdenza pubblica, derivante dal carattere necessitato della protezione adeguata a fronte degli eventi previsti dall’art. 38 Cost.: vincolo che, come esclude la genesi negoziale del rapporto previdenziale (cd. “autonomia” del rapporto giuridico previdenziale

rispetto al rapporto di lavoro), così esclude la possibilità di una sua regolazione autonoma a opera dei destinatari della tutela.

A ben vedere, però, non è necessario invocare l'argomento della "interpretazione secondo costituzione", essendo sufficiente richiamare l'interpretazione sopra illustrata dell'art. 68 come norma che introduce "tutele fondamentali a presidio della dignità e della sicurezza dei collaboratori, con particolare riferimento a maternità, malattia e infortunio, nonché alla sicurezza nei luoghi di lavoro", secondo la previsione dell'art. 4, n. 4 della legge delega. Ci si avvedrà, allora, che "gravidanza, malattia e infortunio", e "sicurezza e igiene del lavoro", sono esattamente le materie in cui operano i nuovi diritti privatistici introdotti dall'art. 66; mentre sono sicuramente riconducibili al principio direttivo della tutela della "dignità e della sicurezza" dei collaboratori a progetto, le altre norme di tutela privatistica di cui agli artt. 63, 64, 65 del decreto.

Va infine chiarito che la portata flessibilizzatrice della norma in esame non investe le fattispecie di libera derogabilità *in peius* a opera dell'autonomia individuale, contemplate, come si vedrà, in numero non esiguo dalle disposizioni del capo I del titolo VII: in questi casi il modello di flessibilità regolativa che si propone è semplicemente quello della derogabilità "non assistita".

5. La certificazione come assistenza negoziale nella stipulazione del contratto, e in particolare nella stipulazione di patti in deroga a norme non inderogabili: l'art. 78, comma 4 e 5°, e l'art. 81

Completata l'analisi dell'art. 68, e prima di intraprendere l'esame della certificazione "qualificatoria", è opportuno indugiare ulteriormente sulla presenza incombente della "derogabilità assistita" nel corpo della riforma, prestando qualche attenzione ad almeno altre due disposizioni in qualche maniera evocatrici di quell'idea.

Nell'art. 78, c. 4, riprendendo analoghe previsioni del "progetto Biagi" del 1998, si prevede l'adozione, a mezzo di un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di "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" – si precisa – "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".

Anche in questo caso è difficile capire se si alluda alla derogabilità assistita, alla certificazione qualificatoria, o a una generica attività di assistenza nella determinazione del contenuto negoziale, senza finalità o potenzialità né derogatorie né dismistiche.

Un ausilio interpretativo può tuttavia venire dalla lettura del comma successivo, ove si contempla un ulteriore decreto ministeriale recante "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".

Scontata la natura essenzialmente "qualificatoria" della certificazione cui dovrebbero accedere i "moduli e formulari" di cui al comma 5° dell'art. 78, va notato che mentre detti "moduli e formulari" sono vincolati agli "orientamenti giurisprudenziali in materia di qualificazione del contratto di lavoro", le "buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili" sono invece vincolate ad accordi collettivi (se esistenti), e non agli "orientamenti giurisprudenziali".

Da siffatta differenziazione inerente alla natura della “fonte” (contrattazione collettiva vs giurisprudenza) e all’oggetto (disposizione di diritti vs certificazione del contratto), potrebbero astrattamente discendere tre diverse illazioni, di portata qualitativamente decrescente.

L’illazione più drastica potrebbe essere quella che individui nell’art. 78, c. 4°, un’apertura indiscriminata, benché surrettizia - o meglio nascosta tra le pieghe della legge - alla derogabilità assistita: un’apertura, cioè, non limitata ai soli rapporti di lavoro a progetto. La norma disegnerebbe un modello di derogabilità assistita condizionato “a monte” dalla previa individuazione da parte dell’autonomia collettiva (ai suoi livelli gerarchicamente e qualitativamente più elevati) delle “clausole indisponibili” (leggi: “delle disposizioni inderogabili”), secondo uno schema teorico di cui, come s’è visto, non manca traccia nel dibattito politico-legislativo e dottrinale sullo “statuto dei lavori”. Ma siffatta interpretazione, oltre che forzata sul piano letterale, si rivelerebbe, per un verso, di difficile coordinabilità con l’art. 68 - almeno, se anche questa disposizione viene intesa in termini di derogabilità assistita -, e soprattutto incostituzionale per violazione dell’art. 76 Cost., stante la totale assenza, nella L. n. 30/2003, di una delega a introdurre in via generale forme di derogabilità assistita.

Una illazione meno dirimente potrebbe essere, allora, quella secondo cui le “buone pratiche per l’individuazione delle clausole indisponibili”, di cui al comma 4° dell’art. 78, si riferiscono alla derogabilità assistita nei limiti in cui questa sia già *aliunde* prevista dal decreto (e dunque limitatamente al lavoro a progetto); mentre il comma 5° si riferirebbe alla certificazione “qualificatoria”.

Infine, una terza e ancora più piana interpretazione potrebbe essere quella secondo cui il comma 4° si riferirebbe all’assistenza nella “determinazione del programma negoziale”, di cui all’art. 81 del decreto: resterebbe tuttavia da spiegare, in tale ipotesi interpretativa, il riferimento, contenuto in entrambe le norme, “alla disponibilità dei diritti”.

Da questa sconcertante incertezza è forse possibile uscire se si utilizza come “faro” interpretativo, ancora una volta, il “progetto Biagi” del 1998.

In quel documento si preconizzavano “moduli e formulari” che non si limitassero “alla mera elencazione di massime stereotipe della giurisprudenza ... che poco aiutano alla fase di certificazione dei contratti”, ma si spingessero fino a “... individuare dei formulari contenenti le clausole generali dei diversi contratti che, nel rispetto di una soglia di diritti indisponibili, prevedano anche la possibilità di incidere sul contenuto del contratto”. L’idea, insomma, era quella della assistenza, fornita in sede di certificazione, alla negoziazione di clausole in deroga a norme non inderogabili, che si auspicava si moltiplicassero in sede di contrattazione collettiva e legislativa, anche per effetto dell’introduzione del progettato “statuto dei lavori”.

In questo ordine di idee, le previsioni di cui agli artt. 78, comma 4°, e 81 (limitatamente alla previsione della “disponibilità dei diritti”) si ricollegerebbero, allora, alle numerose ipotesi di derogabilità individuale *in peius* previste dal decreto, non solo in materia di lavoro a progetto, ma anche in materia di lavoro ripartito e lavoro a tempo parziale.

La differenza col modello della derogabilità assistita a norme (legali o contrattuali collettive) inderogabili (il modello – per intenderci – dell’art. 68), sarebbe chiara: in questo modello, l’assistenza della commissione di certificazione è necessaria ai fini della validità della pattuizione derogatoria; nel modello fondato sugli artt. 81 e 78, c. 4°, invece, la pattuizione derogatoria è valida

anche senza l'assistenza della commissione, cui i contraenti possono però facoltativamente rivolgersi, appunto, invocandone le “funzioni di consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali ... in relazione alla stipulazione del ... programma negoziale ... con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti ...”.

Va infine osservato che l'art. 81 può svolgere un'utile funzione di assistenza alle parti nella redazione del testo contrattuale, laddove vengano in rilievo contratti per i quali sia prescritta la forma scritta ai fini della prova: ed è il caso di tutti i contratti certificabili ai sensi dell'art. 75, con l'unica eccezione del contratto di associazione in partecipazione.

6.1. La certificazione “qualificatoria”: finalità e contratti certificabili

Se le funzioni dispositiva e derogatoria della certificazione sono presenti nel decreto delegato in misura superiore a quanto potesse immaginarsi alla stregua della legge delega, e anche a quanto possa apparire a una prima superficiale lettura del decreto, resta fermo che quella qualificatoria è la funzione principale e tipica dell'istituto, se non altro per la assorbente ragione che su di essa è costruita la disciplina legale.

L'istituto consiste, nella sua essenza, in una speciale imputazione soggettiva dell'operazione qualificatoria: l'“operazione logica” con cui l'“interprete afferma o nega la riconducibilità” di un concreto contratto “a un determinato tipo contrattuale”, conseguentemente stabilendo “se al contratto sia applicabile la disciplina di qualche tipo, e se sì, di quale tipo”, viene imputata infatti, con effetti provvisoriamente vincolanti, ad appositi organi amministrativi.

La finalità è quella di “ridurre il contenzioso in materia di qualificazione” di taluni contratti di lavoro: il problema focalizzato è dunque quello dell'eccessivo numero (e durata) delle controversie il cui oggetto sia dipendente dalla qualificazione del contratto di lavoro.

Si tratta, com'è noto, di controversie tipicamente insorgenti nella cd. “zona grigia” tra autonomia e subordinazione: una zona, cioè, in cui, per ragioni abbondantemente studiate e che non possono qui essere illustrate, si registra da tempo una tendenziale sovrapposizione funzionale tra il contratto di lavoro subordinato e modelli contrattuali caratterizzati, invece, dall'assenza del vincolo di subordinazione - essenzialmente, le cdd. “collaborazioni coordinate e continuative” -, ovvero dalla natura associativa o mutualistica (come, ad esempio, il contratto di associazione in partecipazione, o il rapporto di lavoro non subordinato intercorrente con una società cooperativa di produzione lavoro ai sensi dell'art. 1, 3° c., della L. n. 142/2001).

Questo essendo il cuore del problema, può apparire sorprendente la scelta del legislatore di non collocare il baricentro applicativo della “certificazione” esattamente sul crinale tra subordinazione e autonomia, ma di spostarlo in larga parte anche all'interno dell'area della subordinazione.

E infatti, accanto al nuovo “lavoro a progetto”, risultante dalla ridefinizione restrittiva delle vecchie “collaborazioni coordinate e continuative” (artt. 61 e ss.), sono certificabili tutte le (nuove o riformate) “tipologie contrattuali a orario ridotto, modulato, flessibile”: il “lavoro intermittente” disciplinato dagli artt. 33 e ss.; il “lavoro ripartito”, disciplinato dagli artt. 41 e ss.; il “lavoro a tempo parziale”, riformato in senso “flessibile” dall'art. 46.

Così come sono certificabili, ex art. 83, “l'atto di deposito del regolamento interno” (nonché lo stesso “contenuto del regolamento depositato”) delle cooperative riguardante la tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori ai

sensi dell'articolo 6 della L. n. 142/2001 ..."; nonché, ex art. 84, i contratti di "appalto di cui all'art. 1655 del codice civile", "sia in sede di stipulazione ... sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale": in questo caso, beninteso, "ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto ai sensi delle disposizioni di cui al titolo III".

Ciò che desta perplessità, è soprattutto la non immediata evidenza del rilievo che potranno avere le controversie qualificatorie relative ai contratti diversi da quello "a progetto", i quali, oltre ad essere utti di lavoro subordinato, sono pure caratterizzati (insieme allo stesso "lavoro a progetto", e salvo il contratto di appalto, che però non è un contratto di lavoro) dalla prescrizione della forma scritta *ad probationem*.

Non a caso, abbiamo precedentemente rilevato che in questo caso si staglia in primo piano, più che la funzione qualificatoria della certificazione, quella di assistenza nella redazione del testo contrattuale.

A ben vedere, in astratto non è escluso che problemi qualificatori si possano porre anche per tali contratti.

In generale, va osservato che se il giudizio qualificatorio investe la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta (o, secondo altra impostazione e linguaggio, al tipo legale), allora ridondano in questioni qualificatorie tutte quelle che attengono alla sussistenza dei presupposti o requisiti del contratto: non solo, cioè, quelle che riguardano gli "effetti essenziali" del contratto - quegli effetti, cioè, che nella loro "sintesi" disegnano la causa del contratto e dunque lo qualificano come contratto di un certo "tipo", ma anche quegli elementi estrinseci rispetto al programma negoziale, che però siano esigiti dall'ordinamento a guisa di requisiti formali o di presupposti/condizioni di legittimità/liceità.

Orbene, in questi casi la carenza dei detti requisiti o presupposti impedirà la riconduzione al tipo negoziale pur astrattamente conforme al programma negoziale voluto, e comporterà o, come tipicamente accade nel diritto del lavoro, la riconduzione a una fattispecie diversa (la cd. "conversione" legale del contratto, meglio definita in dottrina come "imputazione automatica del tipo necessario derogato"), o, più raramente, la nullità del negozio (salvi gli effetti previsti dall'art. 2126 cod. civ.).

Per saggiare le ricadute di quanto detto sulla certificazione dei contratti di lavoro, va tuttavia considerato che non si riscontrano, tra i contratti certificabili, casi di forma scritta *ad substantiam*; mentre si riscontra un solo contratto di lavoro sottoposto a condizioni di liceità: si tratta del contratto di lavoro intermittente, che può essere validamente stipulato solo in presenza dei presupposti oggettivi (positivi e negativi) o soggettivi stabiliti dall'art. 34.

In conclusione, la certificazione "qualificatoria" si prospetta di qualche utilità essenzialmente con riferimento al lavoro a progetto, all'appalto, al lavoro intermittente; di ben scarsa se non nulla utilità negli altri casi.

A ciò si aggiunga la mancata inclusione tra i contratti certificabili del contratto di somministrazione, dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa esclusi dalla riforma ai sensi dell'art. 61, delle prestazioni "occasionalmente di tipo accessorio" o che "esulano dal mercato del lavoro", di cui al capo II del titolo VII, dei nuovi contratti di apprendistato e di inserimento disciplinati dal titolo VI. Per non parlare dei contratti di lavoro subordinato diversi da quelli di cui al titolo

V, a cominciare da quello *standard* a tempo pieno e indeterminato, e, *dulcis in fundo*, dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni.

Se ne trae l'impressione che il legislatore delegato - a costo di rischiare una violazione omissiva della delega - abbia volutamente minimizzato il campo di applicazione dell'istituto, per un verso concentrandolo sulle più rilevanti innovazioni di sistema introdotte nella regolazione tipologica dei rapporti di lavoro (il "lavoro a progetto" e le esternalizzazioni tramite appalto e somministrazione di lavoro); per l'altro affidandogli, a mò di appendice e quasi con finalità di simmetria estetica, le nuove tipologie "modulate e flessibili".

Non è certo casuale, del resto, che all'istituto in parola il legislatore abbia impresso il carattere della sperimentaltà: con soluzione ancora più cauta rispetto all'indicazione della legge delega, si stabilisce infatti che, decorsi 18 mesi dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 276/2003, debba procedersi a una "verifica" tra il Ministro del lavoro e le parti sociali, circa "gli effetti delle disposizioni" contenute (tra l'altro) nel titolo VIII.

La verità è che anche nell'individuazione dei contratti certificabili si annida un'incertezza di fondo quanto alla funzione della certificazione.

Da un lato, infatti, va ribadito che i citati contratti di lavoro subordinato "non *standard*" potrebbero sollevare, più che problemi di qualificazione, opportunità di sperimentare forme di certificazione del contenuto del contratto e di derogabilità assistita.

Dall'altro, il legislatore sembra esser caduto in un sillogismo un po' scolastico, apparentemente coerente con 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".

Senonché, il contenzioso qualificatorio investe essenzialmente i confini esterni della subordinazione, e non quelli interni, poiché la redistribuzione delle tutele lungo un *continuum* non implica, di per sé, e nemmeno nell'impostazione seguita dal legislatore, il superamento di quello che resta il discrimine fondamentale tra i tipi contrattuali: quello tra i tipi caratterizzati dalla presenza della subordinazione giuridica, e quelli in cui è assente tale vincolo.

6.2. Gli organi abilitati

L'individuazione degli organi abilitati alla certificazione appare ispirata alla massima larghezza: benché, infatti, la delega non imponesse di attribuire il potere certificatorio a tutti i soggetti ivi indicati, la scelta del legislatore delegato è stata in tal senso.

Di più: il generico riferimento, operato dall'art. 5, c. 1°, lett. b), della legge delega, alle "strutture pubbliche aventi competenze in materia", è stato salomonicamente tradotto in termini tali da non prendere posizione in ordine alla delicata questione della distribuzione delle competenze in materia tra le provincie - quali organi istituzionalmente investiti di "funzioni e compiti" in materia di mercato del lavoro, non solo alla stregua del conferimento operato dal D.Lgs. n. 469/1997, ma anche e soprattutto del ridisegno "federalista" della potestà legislativa e delle funzioni amministrative operato dal nuovo titolo V della parte II della Costituzione - e le direzioni provinciali del lavoro: le "commissioni di certificazione" possono, infatti, essere "istituite" tanto "presso" le prime, quanto "presso" le seconde (art. 76, c. 1°, lett. b).

Peraltro, il legislatore delegato mostra di considerare quello attribuito alle province alla stregua di un potere afferente a materia di legislazione esclusiva dello Stato (e dunque, in sostanza, di un potere delegato dallo Stato): infatti l'istituzione delle commissioni di certificazione presso le province, come pure presso le direzioni provinciali del lavoro, dovrà operarsi "secondo quanto stabilito da apposito decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali" da emanarsi "entro 60 giorni dalla entrata in vigore" del decreto legislativo (termine, peraltro, ampiamente scaduto).

Senza ulteriormente approfondire la questione, ci limitiamo a rilevare un possibile, ulteriore profilo di illegittimità costituzionale attinente alla distribuzione dei poteri *lato sensu* regolamentari in materia di certificazione: il legislatore delegato pare avere ignorato che, quale che sia la distribuzione *ratione materiae* delle competenze legislative in materia, alla stregua del nuovo art. 117, c. 6°, Cost., " ... le Province ... hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite".

Indipendentemente dai profili costituzionali appena evocati, comunque, si pone un delicato problema di efficienza istituzionale, dovendosi condividere le preoccupazioni, da più parti avanzate, di un eccessivo "slabbramento" delle competenze in materia certificatoria, potenzialmente idoneo a generare effetti patologici di "concorrenza" tra organi deputati, invece, a produrre una maggiore "certezza" in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro: e si tratta di un rilievo che assume ancora più senso, proprio se riferito a soggetti portatori di una specifica e distinta legittimazione "politica".

Vero è che il legislatore si è programmaticamente ispirato a un disegno pluralistico e policentrico: accanto a soggetti dotati di legittimazione politica, quali quelli appena ricordati, si includono soggetti portatori di una legittimazione "sindacale" - gli "enti bilaterali", come definiti dall'art. 2, lett. h) -, e soggetti che sono invece portatori di una legittimazione "tecnica" - le "università pubbliche e private, comprese le fondazioni universitarie" -.

Non manca, peraltro, la consapevolezza dei rischi insiti in un assetto così sfilacciato: solo che, liberalmente, il rimedio è costruito in termini "premiali" anziché vincolistici.

Si prevede infatti, con norma suscettibile di auspicabile valorizzazione in sede applicativa, che le "commissioni istituite ai sensi dei commi che precedono" (tutte, quindi, e non solo quelle "disciplinate" dal decreto ministeriale) possano "concludere" (sic!) "convenzioni con le quali prevedano la costituzione di una commissione unitaria di certificazione" (art. 76, c. 3°).

Non sono, invece, a nostro avviso da condividere le critiche piovute sulla legittimazione degli "enti bilaterali", basate su una serie di argomenti - quali l'espropriazione della materia ai danni della contrattazione collettiva, il rischio di incrinare ulteriormente l'attuale stato critico dei rapporti tra le maggiori confederazioni sindacali, la carenza delle necessarie competenze tecniche in capo a detti enti - : argomenti sui quali si staglia la diffidenza di fondo, da parte in particolare della CGIL, nei confronti del "modello cooperativo incorporato", e dell'istituto stesso della certificazione, visto come tentativo di depotenziamento di una funzione per eccellenza pubblica e giudiziale, quale quella di qualificazione dei rapporti di lavoro.

In proposito, va innanzi tutto sgombrato il campo da un possibile equivoco: la previsione secondo cui gli enti bilaterali sono "organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative" (art. 2, lett. h), non può interpretarsi

nel senso che l'ente bilaterale possa essere "creato da una sola associazione ovvero da associazioni solo di datori di lavoro o solo di lavoratori". Al contrario, quella formula sta solo a significare, con evidenza anche letterale, che la necessaria bilateralità della fattispecie costitutiva è soddisfatta dalla presenza di almeno una "associazione dei datori e" di almeno una associazione "dei prestatori di lavoro", munite del previsto requisito di rappresentatività.

Si tratta infatti, "in linea di massima", di "associazioni ... di associazioni sindacali e datoriali", tutt'al più con la possibile variante fondazionale: ma si tratta pur sempre di fattispecie caratterizzate dalla necessaria pariteticità degli organi di amministrazione, derivante dalla natura "bilaterale" degli enti; e senza che tale carattere possa venire in ombra in considerazione della ulteriore possibilità di "enti che contemplano come iscritti o soci le stesse imprese e i lavoratori".

In altre parole, si tratta di "organi comuni delle associazioni sindacali ... cui la legge assegna ... una pluralità di funzioni pubbliche - tra cui è la certificazione - ... da esercitarsi congiuntamente tra le parti sociali".

Vero è che la contrattazione collettiva non costituisce, in questo caso, un presupposto necessario della fattispecie, né una fonte regolativa capace di incidere con effetti propriamente "normativi" su di essa; così come è indubbiamente consentita "l'istituzione di enti bilaterali anche in via "separata", senza la partecipazione di tutte le associazioni sindacali".

Ma davvero non troviamo in ciò nulla di eversivo rispetto alla logica delle relazioni sindacali, né di sorprendente.

Ché anzi, quanto al primo punto, la bilateralità del contratto collettivo permane intatta nella bilateralità dei centri d'interesse retrostanti al negozio costitutivo dell'ente e nella conseguente pariteticità sindacale dei suoi organi di gestione: al punto che, a ben vedere, risulta difficilmente immaginabile la costituzione di un ente bilaterale senza un previo accordo sindacale tra "una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative".

E quanto al secondo, sarebbe stato, semmai, eccessivo, al limite dell'irragionevole se non dell'assurdo, esigere la partecipazione necessaria all'accordo associativo di tutti i sindacati datoriali e dei lavoratori comparativamente più rappresentativi: se non altro perché tali sindacati, almeno nel settore privato e finora, non costituiscono un *numerus clausus ex lege*.

Semmai, va apprezzato il non interventismo legislativo, oltre che in materia di legittimazione negoziale alla costituzione delle commissioni di certificazione degli enti bilaterali, altresì in materia di livelli e procedure o modalità di costituzione e funzionamento.

Quanto ai livelli, potranno aversi commissioni con competenza territorialmente limitata ovvero nazionale, a seconda dell'ambito di riferimento del relativo ente bilaterale: e la soluzione va condivisa, in considerazione non solo del rispetto della libertà sindacale, ma altresì della maggiore praticabilità al livello territoriale di intese concertative tra i diversi ed eterogenei attori abilitati, onde pervenire a forme di coordinamento o unificazione delle commissioni di certificazione, secondo la già esaminata previsione di cui all' art. 76, c. 3°.

Al principio di libertà sindacale è chiaramente ispirata, poi, la scelta di rimettere interamente agli enti bilaterali la definizione delle modalità di costituzione e funzionamento delle commissioni di certificazione, senza prevedere il rinvio ad alcuna norma regolamentare pubblicistica.

Infine, la critica fondata sulla carenza della competenza tecnico-giuridica necessaria a operare la certificazione dei contratti di lavoro, appare focalizzata sulla sola funzione “qualificatoria”, e non su quella abdicativa-transattiva, o addirittura derogatoria, dell’istituto in esame: ché anzi, proiettata su questo piano, la certificazione a cura delle commissioni promananti dagli enti bilaterali appare come la più funzionale e coerente con gli assetti esistenti in tema, ad esempio, di conciliazione stragiudiziale delle controversie individuali.

Sul punto, peraltro, ulteriori e più compiute riflessioni potranno essere svolte in sede di valutazione complessiva dell’istituto, che ci riserviamo di operare in chiusura del presente commento: in quella sede - lo anticipiamo fin d’ora - cercheremo di dimostrare che la certificazione “qualificatoria” dei contratti di lavoro va collocata non tanto nella prospettiva dell’interpretazione del diritto vigente alla stregua dei tradizionali canoni di stampo sillogistico-deduttivo, quanto nella prospettiva della *law in action* e del metodo tipologico.

Semmai, un profilo che meriterebbe di essere approfondito più di quanto consenta questo commento, è quello attinente ai risvolti sistematici della natura sindacale delle commissioni di certificazione istituite presso gli enti bilaterali: meriterebbe, per esempio, di essere esaminato il problema della ammissibilità di un accesso riservato ai soli datori di lavoro e lavoratori affiliati alle associazioni sindacali a iniziativa delle quali l’ente bilaterale sia stato costituito.

La soluzione di questo problema non ci sembra possa essere meccanicamente condizionata dalla natura “funzionale” e “delegata” del potere certificatorio, la quale, se per un verso avrebbe consentito al legislatore di imporre un’indiscriminata e universale accessibilità, senza con ciò violare il principio di libertà sindacale, per l’altro non pare essersi positivamente tradotta in un vincolo siffatto. Anzi, depone in senso contrario, oltre alla piena libertà degli enti bilaterali in materia di disciplina della costituzione e del funzionamento delle commissioni, anche e soprattutto la modalità con la quale l’art. 77 individua la competenza delle “commissioni istituite a iniziativa degli enti bilaterali”: è testualmente previsto che le parti debbano rivolgersi, in tal caso, alle “commissioni costituite dalle rispettive associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro”. In altre parole, la competenza delle commissioni di emanazione sindacale è individuata secondo la logica negoziale-organizzativa propria delle organizzazioni sindacali: la competenza territoriale ne resta conseguentemente assorbita, venendo rimessa alle stesse strutture sindacali; laddove quella delle commissioni “provinciali” è direttamente individuata in base al criterio circoscrizionale desunto dall’art. 413 cod. proc. civ., e quella delle commissioni “universitarie” è invece di tipo aperto e diffuso.

Non le sole commissioni “sindacali”, peraltro, sono state oggetto di critica da parte dottrinale e sindacale: critiche di analoga provenienza hanno investito anche le “università pubbliche e private, comprese le fondazioni universitarie”.

Queste potranno “abilitarsi” all’uopo mediante “registrazione” in un “apposito albo” da istituirsi a opera del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con quello dell’istruzione dell’università e della ricerca. Siffatta abilitazione potrà avvenire e perpetuarsi a condizione che le università inviino, “all’atto della registrazione e ogni 6 mesi, studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro, con riferimento a tipologie di lavoro indicate dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali”.

Le funzioni certificatorie potranno svolgersi, quindi, “nell’ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro di ruolo”.

Una prima perplessità, di ordine strettamente tecnico, può sollevarsi con riferimento a quest'ultima previsione: il meccanismo giuridico attraverso cui tali rapporti potranno instaurarsi non è, infatti, chiaro.

Viene richiamato l'art. 66 del d.p.r. n. 312/1980, che contempla, da un lato, la stipulazione, da parte dell'università, di "contratti e convenzioni con enti pubblici e privati", "per eseguire attività di ricerca e consulenza", e dall'altro, l'affidamento dell' "esecuzione di tali contratti" ai "dipartimenti", o qualora questi non siano costituiti, agli istituti ... o a singoli docenti a tempo pieno". Dunque, nella logica del d.p.r. n. 312/1980 l'attività dei docenti viene a configurarsi quale attività istituzionale da rendersi in adempimento degli obblighi attinenti al rapporto l'impiego, sia pure con una remunerazione aggiuntiva.

L'art. 76, c. 1°, lett. c) del D.Lgs. n. 276/2003 allude invece a "rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro", e dunque a rapporti lavorativi distinti da quello d'impiego che lega il singolo docente all'Università: rapporti, con tutta probabilità, di collaborazione coordinata e continuativa, sottratti al nuovo restrittivo regime del contratto di lavoro a progetto in virtù della generale esclusione di cui all'art. 1, c. 2° del decreto.

Venendo alle critiche di merito, ci sembra basata su una concezione astratta, formalistica e burocratica della docenza universitaria quella che preconizza la sottrazione di "tempo e risorse preziosi alla ricerca e alla didattica"; e troppo pessimistica quella che teme una sorta di accondiscendenza reverenziale, o semplicemente di "pigrizia" dei giudici a fronte di certificazioni di fonte accademica.

Non possono non condividersi, invece, le preoccupazioni circa il profilarsi di situazioni di conflitto d'interesse: sia con riferimento alle attività di collaborazione istituzionale che le università e i singoli docenti possano aver attivato con soggetti interessati alla certificazione, sia e soprattutto con riferimento alle attività professionali-forensi e consulenziali sovente, e anzi normalmente svolte dai docenti-certificatori.

Come pure sembra pertinente l'obiezione che, con riferimento alle fondazioni universitarie, è stata mossa da chi ha individuato nella disposizione legislativa un profilo di eccesso di delega in relazione alla modifica surrettizia, che ne conseguirebbe, dell'assetto funzionale di tali enti, quale definito dall'art. 59, c., 3° della L. n. 388/2000 e dal d.p.r. n. 254/2001.

Per parte nostra, osserviamo che il ruolo della certificazione "accademica" può essere meglio inteso se collocato sullo sfondo della filosofia ispiratrice dell'istituto: che, lo ribadiamo, e rinviando ancora alle considerazioni finali, va a nostro avviso colta nella valorizzazione del cd. "metodo tipologico", e dunque nella fiducia (o scommessa?) che dalla "prassi", rilevata e mediata da soggetti muniti di legittimazione indifferentemente istituzionale, sindacale o scientifica, possano sorgere nuovi "indici" utili alle operazioni qualificatorie.

Sul piano pratico, non possiamo non esprimere perplessità circa l'eccessivo formalismo cartaceo che pervade la disposizione in esame, e soprattutto - ma il rilievo è più sostanziale, questa volta - sull'inopportunità che il Ministero del lavoro si riservi il ruolo di regista della sopra evocata operazione di "mediazione" tra le tipologie sociali e quelle legali, indicando d'autorità le "tipologie di lavoro" sulle quali le università dovranno applicare la loro scienza.

6.3. Natura ed efficacia giuridica dell'atto di certificazione

Dalla disciplina legale si ricavano, in ordine alla questione dell'inquadramento giuridico dell'istituto disciplinato dagli artt. 75 e ss., i seguenti dati: si tratta di un atto amministrativo, in quanto impugnabile (anche) avanti il TAR (art. 80, c. 5°); esso può essere emanato all'esito di un procedimento esperibile su base "volontaria", e precisamente su "istanza scritta comune delle parti del contratto di lavoro" (artt. 75, 77, c. 1°, 78, c. 1°); la sua funzione è quella di "ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro ...". Se è lecito e doveroso rilevare le incertezze e le incoerenze sistematiche del legislatore, non è però lecito prescindere da queste chiare indicazioni normative.

Fin dai primi commenti dottrinali si è affermata la tesi secondo cui si tratterebbe, in particolare, di una "certazione amministrativa", esperibile su domanda congiunta delle parti del contratto da certificare.

Secondo la dogmatica amministrativa, la certazione crea direttamente e immediatamente qualificazioni giuridiche di cose o di persone, prima di esse giuridicamente inqualificate, cioè non aventi rilevanza giuridica; l'atto di certificazione dà "vita ad una realtà ... per l'innanzi non già incerta, ma non esistente".

Si tratta, nella sistematica adottata da Massimo Severo Giannini, di una sottospecie degli "atti di certezza pubblica", ossia di quella classe 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". Nell'ambito degli atti di certezza pubblica, poi, le "certazioni" sarebbero caratterizzate dall' "effetto qualificatorio", ossia dall'idoneità a produrre un effetto "né preclusivo, né costitutivo, né dichiarativo, ma semplicemente creativo di nuove situazioni giuridiche oggettive": l'effetto cioè - per usare le parole dello stesso Giannini - della "immissione nel mondo giuridico di una nuova realtà giuridica imponendone l'uso a tutti". Pertanto, le certazioni si differenziano dai meri accertamenti, "in quanto non si limitano ad attribuire una qualità giuridica ad altra entità giuridica esistente", "bensì creano esse stesse delle qualificazioni giuridiche".

La questione è da rimettere, in via definitiva, agli amministrativisti.

Tuttavia a noi pare che si debba usare molta cautela nell'operare il facile accostamento tra l'efficacia "qualificatoria" della certazione, e la "qualificazione" del contratto di lavoro che interviene nella certificazione di cui al titolo VIII del D.Lgs. n. 276/2003.

La sostanza della certificazione dei contratti di lavoro disciplinata dal D.Lgs. n. 276/2003 è, infatti, quella della riconduzione del contratto a un determinato tipo negoziale, con l'unica particolarità che, pur non essendo compiuta da un organo giurisdizionale, s'impone coi caratteri della "certezza legale" fino all'accertamento giudiziale contrario (art. 79).

Sorge allora il dubbio che la riconduzione alla categoria delle certazioni amministrative sia frutto di equivoco tra la qualificazione intesa come "immissione nel mondo giuridico di una nuova realtà giuridica imponendone l'uso a tutti", e la qualificazione intesa come riconduzione della fattispecie concreta a quella astratta prevista da una norma, e dunque, in ultima analisi, come individuazione della disciplina giuridica applicabile.

È in questa seconda accezione che la qualificazione caratterizzante la certificazione dei contratti di lavoro interviene; e con caratteri, ci pare, eterogenei rispetto all'usuale classificazione propria della teoria delle certezze pubbliche, sopra richiamata.

Nel caso della certificazione dei contratti di lavoro, infatti, la "certezza pubblica" non è riferita né all'accertamento di una preesistente qualità (come nel caso degli esami, delle verificazioni, delle collaudazioni), né all'accertamento di una nuova realtà giuridica prima inesistente (come, per es., nel caso delle dichiarazioni di acquisto e perdita della cittadinanza, della natura di bene d'interesse culturale e artistico di una cosa, dello stato di sana e robusta costituzione fisica di una persona), bensì, propriamente, alla valutazione compiuta dall'organo certificante in ordine alla qualificazione giuridica di una fattispecie negoziale, e dunque alla individuazione del diritto a essa applicabile.

Si tratta, insomma, di una attività che dal punto di vista delle operazioni logico-giuridiche necessarie a espletarla, è del tutto identica alla *iuris-dictio*, e che ha questo di peculiare (rispetto alla analoga operazione che potrebbe compiere qualunque altro soggetto): che, pur non provenendo da un organo "gius-dicente", e perciò stesso senza carattere di definitività, è munita di certezza legale, e dunque di "effetto preclusivo", tale per cui "non è possibile far circolare una diversa certezza".

E tuttavia, proprio in quanto trattasi di una "certezza legale" che è eccezionalmente attribuita a una qualificazione non giurisdizionale, la certificazione cui quell'attività dà luogo è soggetta a "verificazione" onde "render reversibile l'effetto preclusivo".

E anzi, a ben vedere non si tratta solo di questo: non si tratta, cioè, né semplicemente di rimuovere il "terribile impedimento" che si verificherebbe "ogni qualvolta la certezza legale non corrisponda alla storicità del fatto cui è data scienza", né solo di "prestare osservanza al principio dell'art. 113 Cost. (impugnabilità di ogni atto di pubblici poteri)".

Si tratta, prima ancora, di rispettare i principi fondanti dello stato di diritto, per cui "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi" (art. 24, c. 1°, Cost.), e "la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario", non potendo neppure "essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali" (art. 102, comma 1° e 2°, Cost.).

La verità è che oggetto della "certificazione" in parola è una qualificazione giuridica, intesa nel significato generale e pregnante di riconduzione di una fattispecie negoziale a una fattispecie normativa; laddove la qualificazione di cui si discute con riferimento alle certazioni amministrative è un effetto, e non l'oggetto, delle certazioni amministrative.

Insomma, il contratto certificato non può essere equiparato al fatto cui la certazione ricolleggerebbe "una nuova realtà giuridica prima inesistente": come se si trattasse dello stato di salute di una persona, del quale, appunto, può dirsi che, qualora non certificato, costituisca una realtà inqualificata e dunque inesistente per l'ordinamento.

Al contrario, ci sembra evidente che del contratto di lavoro "a progetto" non certificato non possa dirsi che esso sia privo della "qualità" di contratto di lavoro "a progetto", che non sia come tale "qualificabile", e che come tale "non esista".

Né si dica che la realtà inesistente cui si allude sarebbe costituita non già dal contratto in sé, bensì proprio dal contratto certificato: nelle certazioni, infatti, l'attribuzione di certezza pubblica è sempre riferita a una qualità giuridica dell'atto o situazione certificata, che viene creata dallo stesso fatto di certazione, costituendo, dunque, una realtà puramente giuridica, autonoma e preesistente rispetto alla realtà certificata (per es.: lo "stato di salute" di una persona, rispetto alla "salute in sé" della persona). Diversamente, nella "certificazione del contratto di lavoro" 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 a una fattispecie astratta) provvisoriamente operata da un organo non giurisdizionale.

Ci sembra che solo equivocando sulle parole sia possibile confondere cose così diverse come, da un lato, l'attribuzione di una qualità giuridica a un fatto, e la sua riconduzione a una fattispecie normativa (qualificazione).

Né basta a colmare questa differenza il mero dato dell'attribuzione di "certezza", che ricorre sia nelle ipotesi di certazione che in quella in esame: resta fermo, infatti, che la qualificazione certificata non implica l'attribuzione di alcuna qualità giuridica al contratto, ma solo l'attribuzione di una provvisoria stabilità al giudizio operato dall'organo amministrativo circa la sua natura giuridica (qualificazione).

In un ordine di idee abbastanza vicino a quelle esposte si colloca l'opinione dottrinale secondo cui la certificazione del contratto costituisce "una *forma* che ha la capacità di munirlo anche di fronte ai terzi di stabilità del tipo": una stabilità "provvisoria, in quanto cede al solo, difforme accertamento giudiziale", e che è impressa al contratto da un requisito formale a esso "estern(o)", "in qualche modo assimilabile alla "sindacalità" o alla "riferibilità alla commissione della conciliazione raggiunta ai sensi degli artt. 410 e 411 c.p.c..

Resta, dunque, assodato che l'atto di certificazione è, quanto agli effetti, un atto attributivo di certezza, nei limiti visti, alla qualificazione del contratto operata dai certificatori; e quanto al contenuto, un giudizio valutativo in ordine alla riconduzione della fattispecie negoziale a un determinato tipo legale.

Perché, infine, a noi pare che di "dichiarazione di giudizio" o "valutazione", più che di "accertamento" o "acquisizione di scienza" si tratti: più precisamente, si tratta di 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; atto cui la legge conferisce un "effetto preclusivo", consistente nell'"eliminazione di un possibile conflitto di apprezzamenti intorno a una realtà giuridica passata".

In conclusione e in sintesi: non si tratta di produrre una qualità giuridica di un atto (nella fattispecie, un contratto di lavoro): si tratta invece di dare certezza alla qualificazione di quell'atto.

Senonché, l'unica qualificazione certa, in un ordinamento di diritto, è quella giudiziale; e pertanto la certificazione amministrativa dei contratti di lavoro non può che essere interinale e succedanea, destinata a fornire certezze fino alla qualificazione giudiziale: una sorta di presunzione relativa di qualificazione.

È questa anche la ragione per cui la certificazione dei contratti di lavoro non è imputabile alle parti: una qualificazione convenzionale - così come un arbitrato libero sulla controversia qualificatoria - avrebbero in realtà a oggetto la disposizione dei diritti delle parti, attraverso un'attività solo nominalmente di natura qualificatoria; e nella misura in cui manipolassero norme inderogabili o diritti indisponibili, non sarebbero ammissibili.

6.4.1. Certificazione e giurisdizione: il problema della cd. "indisponibilità del tipo legale"

L'analisi dei rimedi giudiziari esperibili contro la certificazione costituisce un profilo assolutamente centrale per la comprensione dell'istituto: se infatti l'istituto in esame altro non è che un giudizio circa la riconduzione della fattispecie concreta a un determinato tipo negoziale, operato da un organo amministrativo e munito di certezza legale "fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'articolo 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari" (art. 79), allora è sul piano dei rimedi giurisdizionali che si coglie la portata sostanziale della certificazione "qualificatoria" dei contratti di lavoro.

Questo spiega la centralità del tema anche nel dibattito politico-legislativo che ha accompagnato l'iter della riforma in materia.

Si deve preliminarmente osservare, in proposito, che le vicende che la certificazione-qualificatoria ha subito nella traduzione legislativa sembrano attestare l'infondatezza dell'idea che aveva ispirato, sul punto, il "progetto Biagi" del 1998: l'idea, cioè, che se la certificazione fosse stata presentata "come uno strumento ... preordinato alla riduzione del contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro", le si sarebbero frapposti meno ostacoli politico-giuridici (rispetto alla certificazione in chiave dispositivo-derogatoria).

E invece, alla forse minore resistenza registrata sul fronte dell'opposizione politico-sindacale, ha fatto largamente da contrappeso la pesantezza degli ostacoli d'ordine giuridico-sistematico, inizialmente forse sottovalutati.

Ciò è ben esemplificato proprio dal drastico ridimensionamento del grado di "immunità giudiziaria" che originariamente si era immaginato di attribuire all'istituto: si è passati, infatti, dalla non impugnabilità del contratto certificato, "se non per vizi del consenso", secondo il "progetto Biagi" del 1998 (art. 38, c. 1°, lett. c); alla non impugnabilità "se non in caso di erronea qualificazione del programma negoziale ... e di difformità tra il programma negoziale effettivamente realizzato" e quello "concordato in sede di certificazione", alla stregua della legge delega (art. 5, c. 1°, lett. e); per giungere, con l'art. 80 del decreto delegato, alla impugnabilità, oltre che in tutte le ipotesi previste sia dal "progetto" del 1998 che dalla legge delega, anche per violazione del procedimento e per eccesso di potere, dinanzi al giudice amministrativo.

Il fatto è che il problema visualizzato dalla certificazione qualificatoria è, per un verso, non sottraibile in alcun modo alla giurisdizione; e per l'altro, è alimentato dalla nota evoluzione delle tecniche qualificatorie giurisprudenziali verso modelli "tipologici", i quali, basandosi sulla rilevazione di indici presuntivi desunti dalla cangiante tipologia sociale dei contratti di lavoro, allargano anziché restringere lo spazio e il peso dell'interpretazione giurisprudenziale nell'applicazione del diritto, e dunque, a loro volta, alimentano quella "domanda di certezza" che è il motivo ispiratore della certificazione dei contratti di lavoro.

Su quest'ultima considerazione torneremo in chiusura del presente commento.

Adesso è opportuno individuare con maggior precisione il fondamentale ostacolo giuridico-sistemico frapposto alla certificazione qualificatoria, che ha sostanzialmente dettato al legislatore le fondamentali condizioni d'uso dell'istituto, stabilite dagli artt. 79 e 80, 1° e 2° comma del decreto delegato: tale ostacolo può essere sinteticamente evocato con l'espressione "indisponibilità del tipo legale".

Con questa espressione si intende alludere alla tecnica - peculiare del diritto del lavoro - "del tipo imposto, ossia dell'intervento dirigitico sul contratto attraverso la imputazione di effetti inderogabili e la sostituzione legale delle clausole difformi in buona sostanza, si tratta di impedire che, qualificando il contratto in maniera tale da ricondurlo a un tipo diverso da quello al quale sono legalmente imputati effetti inderogabili, si realizzi, in via indiretta e surrettizia, la deroga alla disciplina imperativa dei rapporti di lavoro.

In verità, dalla premessa sopra illustrata si ricava usualmente una ulteriore, più drastica e, a nostro avviso, teoricamente non necessaria illazione: quella secondo cui nel diritto del lavoro "l'intervento imperativo non comporta solo la imposizione di clausole o effetti legali integrativi", ma "più radicalmente la preclusione di schemi negoziali alternativi per realizzare il medesimo risultato a condizioni diverse da quelle stabilite legalmente (*tipo esclusivo*)". Questa preclusione finirebbe per dar luogo a un meccanismo di "imputazione necessaria del tipo normativo", operante attraverso la "qualificazione giudiziale della fattispecie legale tipica, senza tener conto del diverso assetto di interessi e del *nomen iuris* assegnato dalle parti all'accordo stipulato".

Ora, ci sembra che questo modo - peraltro corrente - di impostare teoricamente il problema della qualificazione del contratto di lavoro sia corretto quanto al risultato finale, ma celi elementi di potenziale equivocità, che sono a ben vedere alla base anche di taluni errori di valutazione in cui il legislatore è incorso nel disciplinare l'istituto della certificazione dei contratti di lavoro.

L'affermazione da ultimo riportata - se si prescinde dal troppo abusato e facile argomento dell'irrelevanza del *nomen iuris* - si presta infatti ad accreditare l'idea che nella qualificazione dei contratti di lavoro la volontà individuale svolga un ruolo diverso e minore rispetto a quello che essa svolge con riferimento a tipi contrattuali che, diversamente da quelli lavoristici, non sarebbero né *imposti*, né *esclusivi*, ma semplicemente "*naturali*"; sembra, cioè, accreditare "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, cioè la sua riconducibilità ad un tipo legale piuttosto che ad un altro, prescindendo dall'assetto di interessi voluto in proposito dalle parti". In questa logica, ai fini qualificatori sarebbe decisiva non già la "struttura dell'obbligazione" come "direttamente desumibile dal contenuto del consenso contrattuale", bensì il concreto ed effettivo "atteggiarsi dei comportamenti reciproci delle parti", ossia "il rapporto così come esso si manifesta *in rerum natura*".

In realtà, la qualificazione del contratto di lavoro non presenta alcun profilo differenziale rispetto alla qualificazione di qualunque altro atto d'autonomia negoziale: anche della qualificazione dei contratti di lavoro può dirsi che trattasi dell'"operazione logica" con cui l'"interprete afferma o nega la riconducibilità" di un concreto contratto "a un determinato tipo contrattuale", conseguentemente stabilendo "se al contratto sia applicabile la disciplina di qualche tipo, e se sì, di quale tipo".

Anche per la qualificazione del rapporto di lavoro vale dunque la distinzione, di teoria generale prima che di diritto positivo, tra la volizione dei fatti costitutivi della fattispecie, e la qualificazione

della fattispecie ai fini della riconduzione a essa degli effetti giuridici.

Né questa verità può essere scalfita dal fenomeno, che nel diritto del lavoro è strutturale, dell'integrazione eteronoma degli effetti del contratto a mezzo di norme inderogabili, perché tale fenomeno presuppone pur sempre l'esistenza di un negozio da integrare, e questo negozio sarà individuabile solo ove sia rilevabile una volontà negoziale rivolta alla produzione degli effetti essenziali del negozio.

Pertanto, non può dubitarsi che anche nel contratto di lavoro sia decisiva la volizione dei fatti costitutivi della fattispecie - o, se si preferisce, dei suoi effetti essenziali -, e che a questa non faccia affatto ombra una presunta prevalenza del cd. "dato fattuale", costituito, come usualmente si dice, dall'"effettivo svolgimento della prestazione lavorativa".

In realtà, la prestazione "in sé", nella sua "oggettività" fenomenica, non è un possibile oggetto di interpretazione e valutazione ai fini qualificatori: se non ricondotta al profilo causale del negozio giuridico in cui è dedotta, essa si riduce a un mero susseguirsi di comportamenti dei quali si ignora la doverosità, e quindi, appunto, lo stesso significato giuridico.

Alla qualificazione del contratto di lavoro si perviene dunque, come per qualunque altro contratto, sulla base della rilevazione della volontà contrattuale, che consente di individuare, nell'indistinto fenomenologico, la sfera di doverosità rilevante ai fini della qualificazione giuridica.

Ma la volontà contrattuale, per un verso, non va desunta solo dalle dichiarazioni iniziali - quand'anche documentalmente verbalizzate (com'è necessario in caso di forma vincolata) -, bensì pure dal "comportamento complessivo" delle parti, "anche posteriore alla conclusione del contratto"; per l'altro, quella volontà può mutare, e ciò accade tanto più facilmente quanto più il rapporto sia caratterizzato da uno squilibrio di poteri giuridici e di fatto tra le parti: com'è tipico dei contratti in cui si deducono prestazioni di lavoro subordinato (o, in prospettiva più ampia, di lavoro "economicamente dipendente", quand'anche non subordinato).

Di qui la massima giurisprudenziale secondo cui, "qualora le parti, nel regolare i loro reciproci interessi, abbiano dichiarato di voler escludere l'elemento della subordinazione, non è possibile ... pervenire ad una diversa qualificazione se non si dimostra che in concreto il detto elemento della subordinazione si sia di fatto realizzato nello svolgimento del rapporto medesimo".

Questa massima si può tradurre in termini logicamente più rigorosi, nel modo seguente: "il contratto di lavoro, come tutti i contratti, va qualificato in base alla volontà negoziale delle parti, la quale è rilevabile, oltre che tramite le dichiarazioni manifestate nella fase genetica del rapporto, altresì alla stregua del loro comportamento successivo, ex art. 1362, 2° c., cod. civ.; ove poi tale comportamento contrasti con le dette dichiarazioni, si configurerà una modificazione del contenuto del contratto, idonea, ove investa gli elementi essenziali del medesimo, a mutarne la qualificazione giuridica".

Insomma, quando si afferma - e lo si afferma correntemente anche in dottrina - che il rapporto "di fatto" prevale sulla volontà contrattuale, si utilizza una (equivoca) metafora per dire altro, e cioè che sulla volontà iniziale (formalizzata o meno che sia in un documento cartolare) prevale quella successiva (formalizzata o meno che sia in un documento cartolare, e salvi i casi di forma scritta *ad substantiam*).

Dunque, a ben vedere, nulla di nuovo sotto il cielo dei giuslavoristi, se non il rilievo fattuale della

normalità con la quale avviene che “il comportamento complessivo delle parti, anche successivo” alla stipulazione del contratto, sia utile o indispensabile per definire esattamente la reale volontà delle parti in ordine al contenuto negoziale, e quindi a qualificare il contratto in maniera corrispondente alla fattispecie concreta; o addirittura che la volontà delle parti, sotto l’impulso prepotente della parte più forte, muti rispetto a quella originaria, e ponga in essere una nuova e diversa fattispecie.

Resta però fermo che la volontà delle parti è sovrana circa l’individuazione del contenuto del contratto, o meglio, di quella parte del contenuto che, coincidendo con gli “effetti essenziali” di un determinato tipo negoziale, ne determina pure la qualificazione; mentre all’organo giurisdicante spetta qualificare il contratto, verificando la corrispondenza di quella volontà con una fattispecie normativa.

Come resta, d’altro canto, fermo che le parti, non solo non possono derogare alla disciplina inderogabile del contratto, ma neppure possono realizzare tale risultato mediante una “qualificazione negoziale”, o “arbitrale”.

Di più: nemmeno il legislatore può arbitrariamente discriminare i lavoratori subordinati, operando qualificazioni d’autorità che conseguano surrettiziamente l’effetto di ricondurre discipline diverse a fattispecie comunque riconducibili alla definizione di cui all’art. 2094 c.c.: non può, 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.

E tuttavia, non ci sembra necessario pervenire all’affermazione che in ciò consisterebbe la peculiarità del “tipo negoziale lavoristico”: quella di essere “imposto”.

Quell’affermazione, anzi, ingenera il grave equivoco che nel diritto del lavoro la volontà sia a tal punto compressa rispetto al “diritto comune” dei contratti, da non essere sovrana nemmeno in quello che dovrebbe essere l’ambito elettivo dell’autonomia negoziale: quello della creazione della stessa fattispecie negoziale oggetto di qualificazione.

Non c’è allora da sorprendersi se, all’opposto, un legislatore che si appresti con piglio “liberalizzatore” a riformare la disciplina dei rapporti di lavoro puntando sulla flessibilità “in entrata”, possa aver pensato di rovesciare il paradigma del “tipo imposto”, trasformandolo in “tipo scelto”, secondo il “diritto comune dei contratti”.

E in effetti, l’impressione che si ricava dall’intera vicenda politico-legislativa della certificazione, e da numerosi indici normativi presenti nella sua disciplina positiva, è proprio quella di una non sempre chiara consapevolezza dei termini teorico-concettuali del problema: che, cioè, non è e non può essere il “tipo negoziale” l’oggetto della scelta, ma bensì i connotati della fattispecie concreta; e che il tipo non si può scegliere o “assegnare”, perché ciò equivarrebbe a scegliere la disciplina applicabile.

Ciò emerge soprattutto dalle incertezze che hanno caratterizzato il dibattito in sede legislativa sulla questione dei rimedi giurisdizionali esperibili contro la certificazione, e che caratterizzano la stessa disciplina che ne è infine sortita.

6.4.2. L'impugnazione per erroneità della qualificazione

La disciplina contenuta nel capo I del titolo VIII deve essere attentamente vagliata onde poterne inferire la riferibilità alle tipologie certificatorie di natura non qualificatoria: va da sé che tale operazione va compiuta anche con riferimento al regime delle impugnazioni giurisdizionali.

Parimenti, nell'analizzare la disciplina dei rimedi giurisdizionali contro la certificazione dei contratti di lavoro è necessario distinguere con chiarezza, discernendo adeguatamente concetti spesso confusi nel linguaggio legislativo, i rimedi che hanno a oggetto l'atto di certificazione, da quelli che riguardano il contratto certificato; così come vanno distinti i vizi che riguardano la formazione dell'atto amministrativo, da quelli che riguardano la formazione del consenso negoziale delle parti in ordine al contratto oggetto della certificazione.

Così, non pare proponibile alcun accostamento tra l' "erronea qualificazione del contratto", prevista testualmente quale motivo d'impugnazione dell' "atto di certificazione" avanti il giudice del lavoro, e la problematica civilistica dell' "errore quale vizio della volontà", che si sostanzia nella "falsa rappresentazione circa l'esistenza, l'applicazione e la portata di una norma giuridica" (errore di diritto), ovvero circa le "caratteristiche materiali del rapporto per il quale viene richiesta la certificazione" (errore di fatto).

Come appare chiaro dal raffronto tra la formulazione originaria dell'art. 9, lett. e) del ddl n. 848 - che faceva riferimento alla "controversia sulla esatta qualificazione del rapporto di lavoro", e quella poi adottata nell'art. 5, lett. e) della L. n. 30/2003 - ove invece compare il riferimento all' "erronea qualificazione del programma negoziale", poi travasato nell'art. 80 del decreto attuativo - l'impugnazione per erroneità della qualificazione altro non è che un'ordinaria azione di accertamento della natura giuridica del rapporto, che presuppone una cognizione, con conseguente potere di disapplicazione, dell'atto amministrativo illegittimo: il giudice del lavoro disapplica l'errata (più che "erronea") certificazione perché illegittima (e non per errore-vizio della volontà), e conseguentemente (ri)qualifica il rapporto privatistico.

Non v'è luogo ad alcuna invalidazione né dell'atto amministrativo, né tanto meno del contratto di lavoro: così come non invalida alcunché il giudice che accoglie la domanda del lavoratore o dell'ente previdenziale diretta a far valere la natura subordinata del rapporto.

L'equivoco incombente, fa capo alla già rilevata confusione tra volontà negoziale e qualificazione, mai del tutto espunta dal dibattito dottrinale e (conseguentemente) politico-legislativo: dev'essere invece chiaro che solo la volontà negoziale può essere invalidata per vizi nella formazione del consenso (e potrà trattarsi di errore di fatto come di errore di diritto); la qualificazione, invece, può essere esatta o errata, ed è imputabile all'ordinamento, per il tramite di un organo giurisdizionale. Altro e distinto problema, poi, è quello della eventuale patologia nel processo di formazione del giudizio qualificatorio in capo ai soggetti certificatori: ma si tratterà allora, come si dirà tra breve, di vizio dell'atto amministrativo, ridondante nell'eccesso di potere.

6.4.3. L'impugnazione per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua attuazione

L'impugnazione per "difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione", poi, oltre a essere un'ordinaria azione di accertamento della natura giuridica del rapporto, a ben vedere non presuppone nemmeno una cognizione dell'accertamento amministrativo, poiché nessun accertamento è mai intervenuto sui fatti sopravvenuti (o meglio, sulla novazione oggettiva del contratto di lavoro).

A maggior ragione, dunque, è in questo caso inesatto qualificare il rimedio in parola come “ricorso” “nei confronti dell’atto di certificazione”, come fa l’art. 80.

L’impugnazione giudiziale, tuttavia, è resa necessaria dalla previsione secondo cui gli effetti della certificazione “permangono fino al momento in cui sia stato accolto con sentenza di merito ... uno dei ricorsi giurisdizionali ...” (art. 79): in altre parole, serve per restituire ai terzi, e segnatamente agli enti previdenziali, quel potere di agire in via imperativa ed esecutoria a tutela dei propri crediti contributivi, che la certificazione gli ha interinalmente inibito (v. avanti) anche nelle ipotesi in cui il giudizio qualificatorio sia riferito a fatti che non sono stati affatto certificati (la “difformità sopravvenuta” tra la qualificazione discendente dal contenuto originario del contratto, e quella congrua col nuovo contenuto negoziale).

Sicché parrebbe corretto qualificare tale ricorso non propriamente come un’impugnazione (che presuppone un vizio dell’atto impugnato), ma come un’azione intesa a privare la certificazione dell’effetto preclusivo attribuitole dall’art. 79.

Certo, c’è da dubitare dell’intrinseca razionalità, nonché della conformità al principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione, di una disposizione che preclude alla P.A. (nella fattispecie, all’ente previdenziale o all’amministrazione finanziaria) la possibilità di far valere, se non all’esito di un giudizio di merito, la difformità tra i fatti che sono stati certificati e i fatti successivi, che non sono stati certificati.

In contrario, si è obiettato che “le conseguenze indicate sono espressione dell’effetto tipico delle certificazioni che presuppongono valutazioni su una determinata situazione suscettibile di cambiamenti. Un certificato medico dichiara l’esistenza di una certa patologia, con un’attestazione che, successivamente, potrebbe mutare per il sopravvenire di altri sintomi o di fatti sopravvenuti. Tuttavia il giudizio clinico conserva i suoi effetti (nei confronti di tutti, comprese le altre pubbliche amministrazioni) sino a quando non venga accertato che il suo contenuto non corrisponde alla realtà”.

Ma così argomentando si equipara - se non erriamo - la permanente efficacia della certificazione fino alla prova della sua sopraggiunta inattualità, con la necessità di contestarla solo attraverso un’impugnazione giudiziale: per dimostrare che una certificazione medica non è più attuale non è necessario, infatti, impugnare avanti il giudice il vecchio certificato; basta un nuovo certificato!

6.4.4. L’impugnazione per vizi della volontà e il problema dell’errore di diritto

L’impugnazione per vizi della volontà (art. 80, c. 1, 2° per.) riguarda invece il contratto come fattispecie genetica del rapporto: per questa ragione, essa spetta solo alle “parti del contratto certificato”; e l’espressione è da intendersi, in conformità all’art. 1427 cod. civ., nel senso che la legittimazione ad agire è attribuita al “contraente il cui consenso” (in sede, beninteso, di certificazione), fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo”.

Il giudice del lavoro, in tal caso, invalida il contratto e si disinteressa della certificazione, che diventa semplicemente irrilevante: ma allora, come s’è già osservato, ancora una volta sbaglia il legislatore nel prospettare una “impugnazione dell’atto di certificazione per vizi del consenso”.

Quid, tuttavia, nell’ipotesi che l’errore delle parti sia stato indotto proprio dalla certificazione “errata”?

Ci si chiede, cioè, se l'errore che rende il contratto annullabile possa identificarsi con quello cui le parti siano state indotte a causa dell'errata qualificazione del contratto operata dai certificatori; e se sia ipotizzabile che il giudice ordinario, richiesto da una parte e/o da un terzo interessato di accertare l'erroneità dell'operazione qualificatoria, possa, in caso di accertata erroneità, altresì accogliere l'eventuale domanda di annullamento proposta dalla parte "errante" per vizio del consenso. Si potrebbe, anzi, immaginare che proprio a questa eventualità abbia pensato il legislatore (sia delegato, che delegante), nell'ammettere espressamente un mezzo d'impugnazione la cui esclusione avrebbe sollevato serissimi dubbi di legittimità costituzionale.

Già in sede di commento all'art. 5 della legge delega era stata prospettata in dottrina l'annullabilità, per errore di diritto, del contratto certificato e poi giudizialmente riqualificato: ma adesso il decreto delegato prevede espressamente l'impugnazione del contratto per vizi del consenso, ed è doveroso ricondurre a questa previsione positiva la costruzione dottrinale.

Peraltro, una successiva dottrina ha negato che la questione sia ancora attuale - almeno con riferimento all'ipotesi dell'erronea qualificazione del contratto - dopo che il legislatore delegato ha chiarito che "la illegittimità dell'erronea qualificazione ha effetto fin dal momento della conclusione dell'accordo contrattuale": ciò sul presupposto che quanto sopra configuri un'ipotesi di "invalidazione del contratto" che "deriva dalla stessa legge", e dunque "non richiede il ricorso all'errore di diritto o alla presupposizione".

Ma se è fondata la nostra ricostruzione della "erronea qualificazione del contratto" come ipotesi di riqualificazione e non di invalidazione del contratto (v. sopra), ne discende l'infondatezza dell'opinione sopra richiamata.

La configurabilità dell'errore-vizio del consenso, come possibile conseguenza dell'erronea qualificazione operata dai certificatori, non potrà allora escludersi, e sarà da verificare alla stregua dei principi civilistici in tema di rilevanza ed essenzialità dell'errore; senza peraltro ignorare che il problema può astrattamente porsi non solo sotto il profilo dell'errore di diritto (art. 1429, n. 4, cod. civ.), ma anche sotto il profilo, finora, se non c'inganniamo, ignorato, dell'errore (di fatto ?) sulla natura del contratto (art. 1429, n. 1, cod. civ.).

La certificazione rischia, così, di rianimare il dibattito, tradizionalmente asfittico, sulla rilevanza dell'errore (di fatto o di diritto) nella stipulazione del contratto di lavoro.

E questo, tanto più ove si consideri che la proliferazione tecnicamente poco controllata delle tipologie contrattuali, operata dal D.lgs. n. 276/2003, offre, potenzialmente, molta materia a questo dibattito. Basti por mente, per convincersene, alla (apparente) ridefinizione del lavoro autonomo coordinato e continuativo realizzata attraverso l'aggiunta di un requisito ulteriore ed estrinseco della fattispecie, costituito dal "progetto, programma o fase di esso", la cui carenza impone la riqualificazione come rapporto di lavoro subordinato (art. 69, c. 1° del D. Lgs. n. 276/2003).

6.4.5. L'impugnazione per eccesso di potere o vizi procedimentali

L'impugnazione "per violazione del procedimento o per eccesso di potere", infine, riguarda - questa sì - l'atto amministrativo, e dal suo accoglimento deriva semplicemente la restituzione del contratto al regime ordinario: il contratto di lavoro, una volta caducata la certificazione, sarà semplicemente un contratto ... non certificato.

Non sembra condivisibile, pertanto, l'opinione dottrinale secondo cui proprio e soltanto con riferimento all'ipotesi dell'invalidazione della certificazione decisa dal giudice amministrativo tornerrebbe a essere "attuale ... il problema della possibilità di annullare il contratto per errore di diritto": a noi sembra, al contrario, che proprio in questa ipotesi non vi sia spazio per i rimedi ipotizzati, poiché, a seguito dell'invalidazione dell'atto amministrativo, il contratto resta intatto, e soltanto privato di quella particolare "certezza" (in ordine alla qualificazione) impressagli dalla "certificazione".

Quanto ai vizi invocabili avanti il giudice amministrativo, è stato rilevato da pressoché tutti i commentatori che l'eccesso di potere è inconfigurabile in materia di certificazione, dovendosi escludere che essa costituisca esercizio di autentica discrezionalità amministrativa.

Va anzi rilevato, a tale proposito, l'*impasse* in cui la dottrina è incappata nel constatare come il legislatore delegato, riconducendo alla certificazione dei contratti di lavoro un obbligo di motivazione cui fa da logico *pendant* l'impugnabilità per eccesso di potere, abbia implicitamente configurato in termini "provvedimentali" un atto amministrativo cui non può riconoscersi un contenuto di "discrezionalità amministrativa".

La via d'uscita da quest'*impasse*, però, potrebbe forse rinvenirsi accreditando al legislatore l'intento non già di *facere de albo nigrum* (ossia, di considerare provvedimento amministrativo un atto che non è emanato nell'esercizio di discrezionalità amministrativa), bensì quello, empirico e non teorico, di riferire all'accertamento valutativo di cui all'art. 75 del D.lgs. n. 276/2003 quei difetti dell'atto amministrativo che, sia pur normalmente catalogati come "forme sintomatiche dell'eccesso di potere", possono tuttavia riscontrarsi anche in atti non discrezionali: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle ipotesi del "travisamento dei fatti", del difetto o della contraddittorietà della motivazione; e forse anche a quelle del "contrasto con i precedenti" e della "disparità di trattamento di casi eguali".

Con riferimento a queste ultime ipotesi, si potrebbe in verità eccepire che trattasi di figure incompatibili con un'attività di accertamento (e in particolare con un accertamento avente a oggetto la qualificazione giuridica di un atto negoziale), e che invece presuppongono proprio una valutazione comparata dei diversi interessi primari e secondari coinvolti.

Ma l'obiezione può superarsi muovendo dall'osservazione che il legislatore, distinguendo nettamente l'impugnazione della certificazione del contratto per eccesso di potere, da quella avanti il giudice civile per erroneità (o difformità) della qualificazione, ha inteso distinguere, prima ancora, i vizi propri dell'accertamento amministrativo, considerato nei suoi profili formativi e procedurali, da quelli propriamente riferibili alla correttezza sostanziale dell'operazione qualificatoria, attratti dalla ordinaria competenza del giudice civile.

Ciò, nel mentre rende ragione della apparentemente incomprensibile e incostituzionale omissione della "violazione di legge", quale vizio rilevabile avanti il giudice amministrativo - ché la errata applicazione delle norme definitorie e interpretative che presidiano *in apicibus* la problematica qualificatoria non rileva come vizio dell'atto amministrativo, bensì, appunto, sotto il profilo dell'erroneità della qualificazione, sottoposto al giudice del rapporto di lavoro -, spiega bene anche perché il legislatore abbia contemplato l'eccesso di potere tra i vizi della certificazione: i difetti dell'atto amministrativo non discrezionale, sopra evocati, sono infatti, ad avviso della prevalente dottrina, ascrivibili sul piano dogmatico sia alla figura dell'eccesso di potere che a quella della

violazione di legge, e dunque non avrebbe avuto alcuna utilità pratica contemplare la violazione di legge accanto all'eccesso di potere (e all'incompetenza).

Quanto alla "violazione del procedimento", possono ricondursi a tale vizio, oltre all'incompetenza dell'organo adito - non contemplata di per sé -, altresì la violazione delle prescrizioni procedurali contenute nell'art. 78, c. 2° del D.Lgs. n. 276/2003, nonché di quelle "determinate all'atto di costituzione delle commissioni di certificazione", secondo quanto previsto dalla medesima disposizione.

Pertanto, rileveranno come violazioni procedurali sia l'omessa motivazione (mentre, per quanto sopra argomentato, costituirà vizio di "eccesso di potere" la motivazione contraddittoria, lacunosa o insufficiente), sia l'omessa indicazione del "termine" dell' "autorità cui è possibile ricorrere", sia la mancata "esplicita menzione degli effetti, civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione". Come pure renderanno l'atto caducabile a opera del giudice amministrativo, l'omessa comunicazione dell'inizio del procedimento alla direzione provinciale del lavoro, e da questa "alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto è destinato a produrre effetti".

6.5. L'efficacia della certificazione ai fini probatori e delle spese processuali

Se l'effetto della certificazione non può essere quello della preclusione e nemmeno della limitazione (per esempio, impedendo la retroattività della "qualificazione giudiziale") nei confronti della possibilità di ricorrere in giudizio per la tutela dei propri diritti (art. 25 Cost.), e in particolare per la tutela di diritti che godono di tutela costituzionale (art. 35 Cost.), appaiono in tutta la loro qualità di pseudo-problemi gran parte di quelli che erano stati sollevati in sede di commento della legge delega, quando si era da più parti osservato che la certificazione sarebbe stata resa inutile proprio dalle previsioni del legislatore, che ne ammettono l'impugnazione per erroneità e per difformità tra la volontà negoziale certificata e quella effettivamente manifestata in un momento successivo.

In realtà, il legislatore non poteva affermare il contrario, per la semplice ragione che l'effetto della qualificazione non poteva essere quello criticato, ma semmai si trattava di individuarne altri, possibili e legittimi.

Il fatto è che su questo punto si registra poca chiarezza concettuale già nella bozza del 1998 da cui l'istituto trae - come s'è detto - origine: in quella sede il baricentro dell'istituto è collocato, infatti, sul piano probatorio.

Si parte dunque dall'errato presupposto che la certificazione del rapporto abbia a oggetto la volontà negoziale delle parti: ché solo questa, in quanto creatrice della fattispecie concreta, può essere oggetto di prova (art. 2697, c. 1°, cod. civ.). E, coerentemente con quell'inesatta premessa, si coltiva l'idea di creare una serie di sbarramenti - una sorta di "imbuto", si è detto - che, rendano più difficile provare una volontà diversa da quella certificata, e più costoso sul piano delle spese processuali intentare cause di lavoro dirette a smentire la certificazione, quando queste si rivelino infondate.

La legge delega rispecchiava fedelmente questo modo di pensare, e coerentemente prevedeva che il giudice adito avesse l' "obbligo" (sic !) "di accertare anche le dichiarazioni e il comportamento tenuto dalle parti davanti all'organo preposto alla certificazione": a quali fini quell'obbligo dovesse porsi, non era precisato, ma evidentemente si pensava alla possibilità per il giudice di

utilizzare dette dichiarazioni e comportamenti quali argomenti di prova ai fini del giudizio di merito.

Il legislatore delegato ha dato attuazione a questo programma, peraltro depotenziandolo in maniera drastica, poiché ha confinato la rilevanza del “comportamento complessivo tenuto dalle parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro” al piano della mera ripartizione delle spese processuali (art. 91, 92, 96 c.p.c.), rendendolo irrilevante ai fini della prova dei fatti costitutivi della domanda, cioè ai fini del merito del giudizio.

La ragione di questo parziale “indietreggiamento” potrebbe trovarsi nell’acquisita consapevolezza che 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.

Certo, può darsi che quel che le parti hanno voluto davanti al certificatore non fosse *ab initio* conforme alla loro volontà reale (simulazione), oppure che la conformità sia sopravvenuta (novazione).

Ma in tal caso di nessun ausilio potranno essere per il giudice - alle prese col problema di raggiungere la prova della volontà reale onde poi riqualificare il contratto - le dichiarazioni e i comportamenti delle parti in sede di certificazione, poiché nel caso di simulazione *ab initio* si tratterà di qualificare il contratto in base alle dichiarazioni e ai comportamenti effettivi e non a quelli simulati; e nel caso di novazione, si tratterà di individuare il contenuto dell’accordo novativo (o, per usare l’espressione in voga ma equivoca, di “accertare la realtà effettuale contro la volontà negoziale”), per definizione diverso da quello iniziale.

Bene ha fatto, pertanto, il legislatore delegato a non adeguarsi pedissequamente alla delega, nel punto in cui questa prevedeva che il comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione potesse influire in qualche modo sul successivo accertamento giudiziale.

Senonché, a ben vedere, quel comportamento è, di fatto, irrilevante anche ai fini delle spese processuali. Per rendersene conto, è sufficiente osservare che a esso non potrebbe riconoscersi alcun rilievo in caso di erroneità della qualificazione operata dai certificatori: in tal caso, infatti, non viene in considerazione nessun comportamento delle parti, essendo la qualificazione, e la sua erroneità, imputabili al certificatore.

Resterebbe la possibilità di invocare quei comportamenti in caso di difformità tra il contratto certificato e quello effettivamente realizzato: in tal caso, infatti, il giudice potrebbe tener conto di quei comportamenti (per esempio, della condotta del datore di lavoro che non tiene fede al contratto certificato e impone alla volontà del lavoratore un diverso contratto), per accollare le spese alla parte che, per così dire, ha unilateralmente “cambiato idea”: una sorta di sanzione contro il datore di lavoro “in mala fede”. Ma il dato normativo elimina anche questo possibile effetto pratico, poiché il 3° comma dell’art. 80 si riferisce testualmente alla condotta tenuta in sede di certificazione, e non al di fuori di quella sede.

In conclusione, pare di poter dire che la misura di cui all’art. 80, c. 3°, se riferita alla certificazione qualificatoria, è del tutto inutile.

Non resta che riferirla alla certificazione sul contenuto del contratto, e dunque alla derogabilità assistita di cui all'art. 68, e alle rinunzie e transazioni di cui all'art. 81, in cui opererebbe, peraltro, normalmente a danno del lavoratore (in caso di azione intentata da questi per far valere un diritto che invece non gli spetta essendo stato escluso dalla deroga pattuita, o avendovi egli rinunciato).

Ma anche questo è un chiaro indice della confusione concettuale del legislatore tra la certificazione come qualificazione e la certificazione come assistenza nella formazione della volontà contrattuale.

6.6. L'efficacia della certificazione ai fini della preclusione di contestazioni da parte dei terzi

Premesso che l'incontestabilità dell'accertamento contenuto nell'atto di certificazione "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" (art. 79), è praticamente irrilevante nei rapporti tra le parti, in considerazione dei rimedi giurisdizionali attivabili in caso sia di erroneità della certificazione che di difformità col programma effettivamente realizzato, e della espressa salvezza dei provvedimenti cautelari, sembra proprio che la portata della previsione possa ricondursi alla preclusione di contestazioni mosse dai "terzi", e segnatamente dagli enti previdenziali e del fisco, contro l'accertamento operato dalla commissione di certificazione.

Ma anche in questo caso, bisogna chiarire.

Si può concordare, in linea di massima, con la tesi - a oggi dominante - secondo cui sarebbe precluso alle autorità pubbliche di adottare "legittimamente atti amministrativi (ad esempio, ordinanze-ingiunzioni oppure provvedimenti di diniego dell'iscrizione alla gestione separata Inps per i collaboratori coordinati e continuativi oppure ancora semplici intimazioni a normalizzare la situazione lavorativa)".

Solo di rado, però, ci si è preoccupati di chiarire se tale effetto provvisoriamente preclusivo rilevi sul piano sostanziale, privando l'autorità del potere di autotutela fino alla pronuncia giudiziaria di merito che rimuova la certificazione; ovvero rilevi sul piano dell'attuazione effettiva del diritto, inibendo non già il potere amministrativo, ma solo la sua esecutorietà. E ancora, se l'impugnazione della certificazione debba necessariamente espletarsi a mezzo di un apposito ricorso, o se sia sufficiente (e possibile) costituirsi nel giudizio iniziato dal datore di lavoro per contestare l'atto il cui contenuto sia contrario alla certificazione; e se lo stesso lavoratore, in ipotesi interessato a rimuovere gli effetti della certificazione onde far valere diritti derivanti dal rapporto di lavoro asseritamente subordinato (per esempio, la tutela reale del posto di lavoro nell'ambito di un rapporto certificato come di "lavoro a progetto") possa farlo nello stesso processo e con lo stesso ricorso con il quale rivendica quei diritti (nell'esempio fatto: l'impugnazione del licenziamento).

I pochi autori che finora hanno affrontato *ex professo* tale questione, sono giunti a conclusioni alquanto problematiche, quando non sostanzialmente negative circa la presunta elisione del potere di autotutela degli istituti previdenziali.

Sembrano, in proposito, condivisibili le conclusioni cui è pervenuta la dottrina processualistica, secondo cui, da un lato, il lavoratore che abbia fatto valere crediti derivanti da rapporti diversi da quelli certificati nelle forme del procedimento per ingiunzione ..., o mediante intervento nei processi esecutivi ai sensi dell'art. 499 c.p.c., o nell'ambito di procedure concorsuali", potrà chiedere "l'accertamento della invalidità o della inefficacia della certificazione" "nell'ambito degli eventuali

successivi giudizi a cognizione piena”; e dall’altro, “anche i terzi, ... qualora ottengano provvedimenti sommari esecutivi per crediti derivanti da rapporti di lavoro difformi da quelli certificati, potranno chiedere che l’accertamento della invalidità o della inefficacia della certificazione sia compiuto nell’ambito degli eventuali giudizi di opposizione”; e va da sé che “in mancanza di opposizione o di contestazioni, la certificazione sarà priva di qualsiasi rilevanza”.

Analogamente, la certificazione non impedisce “nemmeno all’INPS di iscriverne a ruolo i crediti e di chiedere provvedimenti monitori se non dopo aver ottenuto l’accertamento della invalidità o della inefficacia della certificazione”, essendo pur sempre “rimessa alla valutazione 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.

Chi, d’altro canto, ha problematicamente prospettato la tesi secondo cui dovrebbe escludersi la possibilità di introdurre la richiesta di accertamento in un giudizio già pendente, ha poi ammesso la pari plausibilità della soluzione opposta, alla cui stregua “la contestazione dell’atto di certificazione e la richiesta di accertamento della reale natura del rapporto di lavoro può essere introdotta anche attraverso domande o eccezioni formulate in via riconvenzionale, quando una delle parti del rapporto agisca direttamente, od, in opposizione ad un atto della pubblica autorità, facendo valere gli effetti che derivano dal contratto certificato”.

L’unico vincolo normativo che in proposito si pone, è quello derivante dalla previsione di cui all’art. 79, che impone la permanenza degli effetti della certificazione, “anche verso i terzi”, fino all’eventuale accoglimento, nel merito, di uno dei rimedi giurisdizionali previsti dall’art. 80: ma tale effetto preclusivo può ben intendersi come riferito alla possibilità di eseguire coattivamente, in via amministrativa, le “iniziative unilaterali di recupero di contributi, premi, sanzioni civili o amministrative” da parte delle “autorità pubbliche” procedenti in via di autotutela.

Sicché, a ben vedere, l’unico effetto pratico apprezzabile dell’intervenuta certificazione consisterà nell’inutilità della domanda di sospensione dell’esecuzione da parte del datore di lavoro ingiunto o escusso, essendo l’effetto sospensivo, per così dire, automatico in quanto conseguente a quella permanenza degli effetti dell’accertamento” certificato fino all’accoglimento nel merito di una delle previste impugnazioni giudiziali, disposta dallo stesso art. 79.

Si tratterà, peraltro, di un effetto ulteriormente indebolito dalla permanente possibilità di agire in via cautelare (per esempio, attraverso un sequestro conservativo ex art. 671 cod. proc. civ.), anch’essa fatta salva dall’art. 79; nonché dalla impregiudicata esperibilità, avanti il giudice amministrativo, dell’istanza di sospensione cautelare dell’atto di certificazione, ex art. 21, c. 8°, L. n. 1034/1971.

7. Rilievi conclusivi

L’analisi degli effetti giuridici della certificazione, fin qui condotta, parrebbe a prima vista non idonea a ribaltare il giudizio largamente diffuso tra i primi commentatori, di sostanziale inutilità del nuovo istituto, se confrontato col proclamato obiettivo di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro; giudizio sovente accompagnato da una ulteriore connotazione negativa, riferita alla idoneità dell’istituto a configurare una forma di deflazione “cattiva” del contenzioso, e/o di produrre “effetti negativi per la parte debole del contratto”.

Nella migliore delle ipotesi, si ha la sensazione che l'individuazione degli effetti giuridici reali della certificazione sia più opera di una affannosa ricerca interstiziale degli interpreti, che oggetto di chiara consapevolezza da parte del legislatore.

Questo giudizio, però, non può dirsi definitivo: esso appare ragionevolmente fondato, da una prospettiva strettamente normativa, o meglio normativistica: c'è da chiedersi se però sia suscettibile di essere rivisto in una prospettiva diversa, che focalizzi l'impatto della certificazione sui complessivi meccanismi di formazione, oltre che di interpretazione, del diritto vivente.

Se appare difficile negare che una lettura in chiave strettamente normativistica dell'istituto in esame sembra condurre fatalmente a una sorta di *interpretatio abrogans* delle norme in materia di certificazione dei contratti di lavoro, nasce tuttavia il dubbio che a conclusioni alquanto diverse possa condurre una lettura in termini realisti di questa normativa: una lettura, cioè, orientata a valorizzare gli effetti sociali e culturali della riforma, quali di fatto presumibilmente potranno prodursi per effetto del suo farsi diritto vivente, *law in action*, diritto giurisprudenziale, prassi, a prescindere dalla causalità giuridica che governa i ragionamenti dei giuristi.

Del resto, che il modello culturale di riferimento cui la riforma intendeva programmaticamente (e forse un po' superficialmente) ispirarsi fosse quella del realismo giuridico di stampo anglosassone, non è un mistero, ed emerge abbastanza palesemente dal "libro bianco" dell'ottobre 2001, specie laddove si auspica una "modernizzazione dell'ordinamento del lavoro", da realizzarsi "sul piano delle tecniche di regolazione" mercé il ricorso a strumenti importati dalla *common law*, "come ad esempio i *codes of practices* e, più in generale, le *soft laws*": "una nuova gamma di strumenti regolatori che già sono in uso in Paesi con cui l'Italia si confronta nella competizione globale".

Altrettanto chiara è la propensione culturale di questo legislatore - così com'era nota la vocazione comparatistica di Marco Biagi, padre, se non della riforma, certo del "Libro Bianco" - per la contaminazione tra diritto e società, spinta fino all'atecnicismo e al prassismo regolativo nel D.Lgs. n. 276/2003; una propensione culturale cui fa da *pendant*, al livello delle tecniche qualificatorie, il cd. "metodo tipologico" di interpretazione e qualificazione dei contratti, che, com'è noto, consente un processo di aggiornamento giurisprudenziale della nozione di subordinazione in base all'evoluzione dei modelli sociali.

Nella medesima direzione spinge il carattere "sperimentale" della misura, indicativo di quel metodo empirico per "tentativi e correzioni" tipico della cultura, anche giuridica, anglosassone e poco praticato, specie nella regolazione sociale, nei Paesi di tradizione giuridica romanistica.

È in particolare sull'interrelazione virtuosa col metodo "tipologico" che potrebbero giocare le fortune dell'esperimento della certificazione dei contratti di lavoro: in questo metodo, infatti, assume un rilievo centrale, ai fini delle operazioni qualificatorie, la prassi creatrice degli "indici" rivelatori del "tipo negoziale". E s'è già visto come vi sia traccia di ciò - non senza qualche confusione concettuale - in più disposizioni del D.Lgs. n. 276/2003: non solo nei commi 5° e 4° dell'art. 78, laddove si prevede la formalizzazione, rispettivamente, di "moduli e formulari per la certificazione del contratto ... che tengano conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro ...", e di "codici di buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro"; ma anche nell'art. 84, comma 2°, ove ancora a "codici di buone pratiche e indici presuntivi" si affida la formalizzazione di criteri utili per operare la "distinzione tra appalto genuino e interposizione illecita".

Non sorprende, in questa logica, l'attribuzione di un ruolo centrale agli enti bilaterali, di estrazione sindacale, dunque collocati più a ridosso dei luoghi in cui il "diritto vivente" dei "nuovi lavori" nasce e si sviluppa.

Mentre è palese l'incomunicabilità che si registra tra codesto linguaggio legislativo e quello di chi, ragionando nei tradizionali termini del sillogismo sussuntivo, osserva in chiave critica che "gli enti non possono creare nuove ipotesi (attirandole nell'ambito dell'autonomia o della subordinazione o nelle varie tipologie di rapporto oggi 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".

La verità è che, nell'intento - ma sarebbe meglio dire nell'azzardata scommessa - del legislatore, la certificazione mira a influenzare l'interpretazione giudiziale attraverso la rilevazione-creazione di nuovi indici interpretativi: non mira, cioè, a sostituire l'attività interpretativo-sussuntiva del giudice con quella dei certificatori, bensì a individuare nuovi indici utili all'applicazione tipologica delle norme.

Di qui sia la difficoltà dei giuristi a comprendere il senso della certificazione, sia la presenza, nello stesso testo legislativo, di apparenti dissonanze, in realtà riconducibili all'adozione, da parte del legislatore, di linguaggi di volta in volta diversi, ispirati ora ai "concetti" giuridici, ora agli "indici tipologici". È esemplare, in proposito, l'apparente contrasto tra la norma che valorizza, nell'appalto, la "reale organizzazione dei mezzi" (art. 84, comma 2°), e quella che valorizza invece "l'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto" (art. 29).

Il problema è che il legislatore ha peccato di ingenuità: gli indici, proprio in quanto tali, non possono essere normati, quanto meno in un sistema di *civil law*, basato sull'imperio della legge e non su quello della giurisprudenza e del *binding precedent*.

La pretesa di "normare" gli indici di rilevazione del tipo negoziale ha indotto il legislatore in gravi equivoci: come, ad esempio, quello di aver ridefinito la fattispecie "lavoro coordinato", assumendo come elemento essenziale la sussistenza di un "progetto o programma o fase di esso", che è semmai un indice della natura autonoma e non subordinata del rapporto; venendosi così a creare un pressoché insolubile dilemma con i veri elementi essenziali (quelli, cioè, forniti di coerenza sistematica), quali la dipendenza e l'eterodirezione.

Lo stesso accade quanto alla distinzione tra appalto e interposizione illecita (*rectius*, "somministrazione irregolare", dopo l'abrogazione della L. 1369/1960!): la direzione e organizzazione del personale è un indice e non un elemento (positivo o negativo) della fattispecie (rispettivamente interpositoria o d'appalto genuino).

L'artificiosa importazione di una "strumentazione regolatoria" (per usare le parole del "libro bianco") estraneo al nostro sistema, prima che alla nostra cultura giuridica, rischia così di produrre una sorta di corto-circuito concettuale tra metodo tipologico e metodo sussuntivo, tra sistema giuridico e *law in action*, tra concetti e metodi della *common law* e della *civil law*.

Il giudizio finale che ci pare di poter esprimere in proposito, allora, è che l'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto della certificazione dei contratti di lavoro è un'operazione culturale, prima e più che tecnico-giuridica.

Tale operazione potrà piacere di più ai comparatisti, agli studiosi del mercato del lavoro non giuristi, ai giuristi più simpatetici col mondo e la cultura della *common law*, col diritto giurisprudenziale, col metodo tipologico.

Piacerà sicuramente meno al ceto forense e giudiziario, alla dottrina giuslavoristica di estrazione e formazione civilistica, ai difensori della purezza della *civil law* e della dottrina pura del diritto.

Ma piacerà meno anche a coloro che sono più sensibili alla certezza del diritto: con un singolare paradosso, giacché la certificazione serviva proprio a ridurre l'incertezza del diritto.

Vero è che il diritto giurisprudenziale e il metodo tipologico, innestati in un ordinamento di *civil law* come il nostro, possono incrementare semmai il tasso di l'equità, ma non la certezza del diritto: come dimostra proprio la vicenda della qualificazione del lavoro subordinato, ove l'irrompere del metodo tipologico e della qualificazione per indici è servito a selezionare con maggiore equità e rispondenza ai bisogni reali di tutela, le discipline lavoristiche, accompagnandosi nel contempo a una moltiplicazione e drammatizzazione, e non certo a una riduzione o sdrammatizzazione, del contenzioso in materia.