



Università degli Studi di Catania  
Facoltà di Giurisprudenza

*Lorenzo Zoppoli*

## Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: *le liaisons dangereuses*

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 102/2010



© Lorenzo Zoppoli 2010  
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Napoli “Federico II”  
zoppoli@unina.it

ISSN – 1594-817X  
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”  
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)  
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145  
centrostudidantona@lex.unict.it  
[www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione)

## **Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le *liaisons dangereuses*<sup>1</sup>**

Lorenzo Zoppoli  
Università di Napoli "Federico II"

1. La tormentata "modernizzazione" del diritto del lavoro.....	2
2. Certificazione e dogmatica giuslavoristica. ....	3
3. I problemi irrisolti nella disciplina della certificazione: polifunzionalità dell'istituto e rapporti con la stipulazione del contratto di lavoro.....	6
4. Segue: oggetto, tempi ed ambito di applicazione della certificazione. ....	9
5. Segue: natura giuridica della certificazione.....	12
6. Segue: effetti della certificazione. ....	13
7. Segue: rapporti tra contratto certificato e sindacato del giudice. .....	15
8. Le prospettive della certificazione. ....	17
9. Certificazione e arbitrato nel ddl AS 1167-B (c.d. "collegato lavoro", approvato il 3 marzo 2010).....	20
10. Le <i>liaisons dangereuses</i> e l'incerto rilancio dell'arbitrato nelle controversie di lavoro. ....	22

---

<sup>1</sup> Il saggio è destinato agli *Studi in onore di Giovanni Verde*, Jovene, 2010 (in corso di pubblicazione).

## **1. La tormentata “modernizzazione” del diritto del lavoro.**

Da oltre dieci anni il diritto del lavoro italiano vive un processo di incalzante “modernizzazione”, senza che alla materia sia risparmiata nessuna delle ambiguità – semantiche e concettuali - insite nel vocabolo, che rinvia a riforme sempre incombenti (e spesso incompiute) quando si tratta di discipline giuridiche a stretto contatto con processi socio-economici caratterizzati da un dinamismo in vertiginosa crescita. In particolare la modernizzazione sembra aver avuto un’accelerazione a partire dai primi anni del 2000, con la riforma del mercato del lavoro maturata intorno al 2003 – con il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, seguito da un serrata sequenza di integrazioni, correzioni e ampliamenti – che ha profonde ripercussioni, innanzitutto, sulla tipologia contrattuale riguardante l’utilizzazione del lavoro altrui, e, in secondo luogo, sull’equilibrio tra legislazione, contrattazione collettiva e contrattazione individuale. Il baricentro della riforma del 2003 gravita intorno alle nuove tecniche giuridiche per bilanciare tutele del lavoro e flessibilizzazione delle regole; tra esse un particolare rilievo avrebbe dovuto avere la certificazione dei contratti di lavoro, istituto del tutto nuovo diretto ad “accompagnare” sia l’arricchimento della tipologia contrattuale sia il ridimensionamento del tasso ordinamentale di eteronomia delle tutele.

Più o meno parallelamente si è assistito – un po’ più distrattamente, per la verità, almeno in ambito lavoristico – all’incedere di un’altra linea di riforma legislativa, riguardante istituti processuali più che sostanziali. Tale linea affonda le sue radici nella riforma del lavoro pubblico del ‘97-’98, che vede il legislatore impegnato a rilanciare in ogni modo misure di deflazione del contenzioso lavoristico. Questa legislazione riguarda anche il lavoro alle dipendenze dei privati: infatti, da un lato, forte è la preoccupazione per l’impatto organizzativo complessivo dell’attribuzione di gran parte delle controversie in materia di lavoro pubblico all’ autorità giudiziaria ordinaria; dall’altro lato, nulla impedisce che le misure deflative – incentrate sul rilancio di istituti come la conciliazione, l’arbitrato, l’accelerazione e la concentrazione delle procedure – riguardino pubblico e privato insieme. Questa linea riformatrice, in modo piuttosto tortuoso ed opaco, genera un progressivo ridimensionamento di diffidenze e cautele che hanno sempre circondato il ricorso all’arbitrato per le controversie di lavoro. Fino al punto da ammettere, secondo i pochi lavoristi che hanno affrontato il tema, anche il ricorso all’arbitrato secondo equità, purchè

filtrato dalla legge o dai contratti collettivi. Già questo profilo impone di interrogarsi sui nessi e sulle coerenze tra le riforme del mercato del lavoro del 2003 e la crescente valorizzazione dell'arbitrato in materia di lavoro. Alle porte però c'è un'ulteriore innovazione, contenuta nell'art. 31, comma 9° ddl AS 1167-B, approvato il 3 marzo 2010 (già varato in seconda lettura alla Camera il 28 gennaio 2010 con il n. 1441-quater-B), che delinea un nesso particolare proprio tra certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato di equità. Si tratta di un profilo tecnicamente interessante e, per ovvi motivi, del tutto inedito; da esso però mi sembra che emergano anche delle *liaisons dangereuses*, da cui possono derivare seri rischi sia per gli assetti di fondo del diritto del lavoro sia per la reale incisività delle riforme "modernizzatrici".

## 2. Certificazione e dogmatica giuslavoristica.

Per mettere a fuoco i vari aspetti problematici, conviene innanzitutto fare il punto sul nuovo istituto della certificazione. Riguardo ad esso si è ben presto affermata l'opinione secondo cui si tratterebbe di un' "occasione sprecata" o, più benevolmente, di un primo passo verso l'introduzione nel nostro ordinamento di un istituto molto complesso, ancora bisognoso di consistenti assestamenti teorici, regolativi ed applicativi. Quasi nessuno dei commentatori, fatta eccezione per chi è stato coinvolto direttamente nella stesura della riforma del 2003<sup>(2)</sup>, ha manifestato particolare apprezzamento per la configurazione attuale della certificazione. Essa infatti appare ai più come una procedura amministrativa - peraltro dai contorni assai ibridi quanto ad oggetto, soggetti verificatori e solidità della fasi procedurali<sup>(3)</sup> - diretta a modificare le tecniche di qualificazione

---

<sup>(2)</sup> V. M. Tiraboschi, *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Padova 2003.

<sup>(3)</sup> Su oggetto e procedure ci si intratterà in seguito. Quanto ai soggetti, alquanto numerosi, è bene ricordare subito che sono previsti ben quattro tipi di "organi di certificazione" (art. 76), ciascuno dei quali è suscettibile di un'ampia articolazione territoriale. Essi sono: a) gli enti bilaterali, organi di natura sindacale definiti come "organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentativi" (art. 2, lettera h) d.lgs. n. 276/2003). Oltre a costituire commissioni di certificazione nell'ambito territoriale di riferimento di enti bilaterali periferici è possibile costituire commissioni a livello nazionale "nell'ambito di organismi bilaterali a competenza nazionale" (art. 76, lettera a)<sup>3</sup>; b) le Direzioni provinciali del lavoro e le Province, secondo quanto disposto da un d.m. 21 luglio 2004. Vi è qui una duplicazione degli organi amministrativi presso cui possono costituirsi commissioni di certificazione (potrebbero esservene centinaia). Bisogna inoltre aggiungere le specifiche commissioni di certificazione dei regolamenti interni delle

giuridica del tipo di contratto di lavoro scelto dalle parti<sup>(4)</sup> o di alcuni negozi abdicativi di diritti del lavoratore, ma dalla quale deriva un effetto assai debole di consolidamento giudiziario dei rapporti generati dai negozi certificati. In breve un istituto senz'altro nuovo per il diritto del lavoro italiano, ma molto, troppo complicato e di scarsissima utilità pratica. Al punto che non pochi hanno contestato alla radice questa innovazione, ritenendo che esprima una "filosofia" della regolazione agli antipodi rispetto a quella che ha nutrito il nostro diritto del lavoro dalle origini fino alle sue sofferte evoluzioni attuali<sup>(5)</sup>.

Potrebbe trattarsi di un caso, un po' grave per la verità, di misoneismo collettivo o di valutazione assai influenzata da ostilità di carattere politico. Ma sarebbe egualmente strano, perché, come molti rilevano, questa novità non giunge all'improvviso. Essa è anticipata da un dibattito che risale almeno a cinque anni prima e da proposte che possono trovare padri in tutto l'arco delle forze politiche italiane (persino in un ddl del 1999, conosciuto con il nome di Carlo Smuraglia e prodotto da una coalizione politica opposta a quella che ha condotto in porto la riforma del 2003). Dunque le spiegazioni devono essere altre. Esse attengono, a mio parere, a due aspetti molto interni alla teoria ed alla tecnica giuridica del diritto del lavoro. Il primo riguarda la profonda rivisitazione teorica del diritto del lavoro italiano che la certificazione, già solo come "idea riformatrice", ma ancor più come prima concreta realizzazione, induce o, addirittura, dà per avvenuta. Il secondo attiene ad alcune caratteristiche di fondo della disciplina varata: innanzitutto l'oggettiva lacunosità ed approssimazione delle regole e lo squilibrio tra mezzi da approntare per far funzionare la certificazione e finalità concretamente perseguibili.

---

cooperative riguardanti i rapporti di lavoro (art. 83, comma 2° d.lgs. n. 276/2003); nonché la Commissione costituita presso il Ministero del lavoro, alla quale possono rivolgersi i datori di lavoro che abbiano più sedi in almeno due province anche di regioni diverse o che, avendo un'unica sede, aderiscano ad organizzazioni imprenditoriali che abbiano predisposto a livello nazionale una convenzione certificata dalla commissione ministeriale (art. 1, comma 256, lettera c-bis) l. 23 dicembre 2005, n. 266, legge finanziaria 2006); c) le Università pubbliche e private, comprese le Fondazioni, registrate in uno speciale albo, poi istituito con d.m. 14 giugno 2004; d) i consigli provinciali dei consulenti del lavoro di cui alla l. 11 gennaio 1979, n. 12, esclusivamente per i contratti instaurati nell'ambito territoriale di riferimento senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica (art. 1, comma 256, lettera c-ter) l. n. 266/2005).

(<sup>4</sup>) Nel d.m. 21 luglio 2004 si parla di procedimento funzionale alla "verifica della correttezza del contratto scelto dalle parti" (art. 3, comma 4°).

(<sup>5</sup>) V., per tutti, M. Rusciano, *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli 2003, 343 ss.

Cominciando dal primo aspetto, c'è da capire dove e perché si può registrare una sorta di deficit di teoria a monte della certificazione. Senza troppo indugiare su questioni astratte, occorre avere ben chiaro che la certificazione, per come è emersa nel dibattito dottrinale e nelle diverse proposte formulate, non è soltanto uno strumento per dare ad imprese e lavoratori una maggiore certezza del diritto o, meglio, una garanzia di relativa intangibilità giudiziaria dei contratti stipulati – con conseguente effetto di deflazione dell'imponente contenzioso in materia di lavoro e previdenza – ma è anche una delle linee di intervento sulla disciplina dei rapporti di lavoro che va a toccare corde assai sensibili e di fondo: le loro vibrazioni mettono in discussione molti equilibri e interessi di vari soggetti e ruoli istituzionali. Attraverso la certificazione si incide infatti sul ruolo del giudice come del sindacato, delle amministrazioni pubbliche come delle molte professioni specializzate in materia di lavoro (soprattutto avvocati e consulenti del lavoro); ma, quel che qui più conta, la certificazione incrocia proprio i nodi teorici maggiormente coinvolti nella recente evoluzione del diritto del lavoro e ancora lontani da una compiuta metabolizzazione.

A voler fare un breve inventario la certificazione va a toccare almeno dieci aspetti cruciali del diritto del lavoro: a) la questione del ruolo della volontà delle parti nella qualificazione del contratto; b) la rilevanza dell'esecuzione rispetto alla conclusione del contratto; c) l'indisponibilità del tipo contrattuale anche da parte del legislatore, in considerazione di veri o presunti vincoli costituzionali; d) la derogabilità a livello individuale della disciplina di legge o contratto collettivo; e) la disponibilità dei diritti, per i profili di intreccio tra certificazione del tipo negoziale e certificazione dei negozi abdicativi; f) le tecniche probatorie; g) la collocazione dei contratti collettivi nel sistema delle fonti, segnatamente rispetto ai decreti ministeriali; h) la natura giuridica e l'attività delle organizzazioni sindacali; i) la statualità delle funzioni amministrative e la loro sottrazione a logiche di gestione negoziale (quali potrebbero verificarsi per la certificazione all'interno degli enti bilaterali); l) la questione dell'opportunità di una disciplina comune – o dai tratti comuni - a lavoro autonomo (nella disciplina del d.lgs. n. 276/2003 soprattutto sub specie di lavoro a progetto) e lavoro subordinato.

Questi dieci aspetti cruciali, sui quali la certificazione interviene con innovazioni ardite, non sempre possono avvalersi di un adeguato supporto teorico, in quanto entrano in rotta di collisione con la dogmatica lavoristica. Tale dogmatica – pur non essendo chiusa ed astratta ed avendo anzi da tempo imboccato la via

dell'ammodernamento dei modelli teorici, anche al di là del prevedibile - ha una nobile tradizione da rispettare, di stampo civilistico e continentale, che la rende diffidente dinanzi a finalità che sembrano radicarsi in ordinamenti con concetti ed equilibri diversi, come quello anglosassone<sup>(6)</sup>.

Dinanzi a questo ampio spettro problematico, vi è chi ha previsto un futuro della certificazione assai circoscritto, diretto essenzialmente a proteggere meglio le imprese contro le "incursioni" delle amministrazioni pubbliche in materia di irregolarità contributive, fiscali e gestionali<sup>(7)</sup>. Forse è realistico (un altro piccolo passo avanti si è fatto con le modifiche all'art. 51, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 apportate dal d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106, in materia di asseverazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza sul lavoro<sup>(8)</sup>) e persino "europeo" (non poche le suggestioni derivanti dal sistema tedesco dello *Statusfestellungsverfahren*, che riguarda essenzialmente la sfera previdenziale), ma allo stato attuale mi pare un percorso segnato da una notevole ipocrisia istituzionale. Avremmo infatti un ordinamento che, da un lato, pone norme di tutela (o ne promuove la posizione) e, dall'altro, si affanna ad attenuarne gli effetti applicativi.

Più plausibile, ma anche molto più problematico, sarebbe uno sviluppo della certificazione che si collocasse su un terreno di migliore raccordo tra sistemi amministrativi partecipati e sistema giudiziario, finalizzando le nuove tecniche di qualificazione a rendere più stringente il controllo sulla correttezza argomentativa del giudice di merito da parte del giudice di legittimità<sup>(9)</sup>.

Già solo queste due "diagnosi" sul futuro della certificazione rendono l'idea del suo problematico innesto nell'ordinamento vigente. Una maggiore percezione di tale problematicità si ha approfondendo appena un poco alcuni aspetti della configurazione legislativa dell'istituto.

### **3. I problemi irrisolti nella disciplina della certificazione: polifunzionalità dell'istituto e rapporti con la stipulazione del contratto di lavoro.**

---

<sup>(6)</sup> V. A. Tursi, *Le riforme del mercato del lavoro: "estremismo neo-liberista", "astuzia volpina" o "riformismo preterintenzionale"?*, in *Stato e mercato* 2005, n. 74, 324 ss.

<sup>(7)</sup> L. Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 2004, 15 ss.

<sup>(8)</sup> L. Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano, 2010.

<sup>(9)</sup> V. G. Perone, *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, in G. Perone, A. Vallebona (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Torino 2004, 420.

Il primo attiene alle funzioni cui l'istituto può assolvere. Naturalmente qui c'è da distinguere funzioni di carattere più squisitamente tecnico-giuridico e funzioni di politica sociale e del lavoro. Non sempre i due piani del discorso vengono tenuti distinti (anche perché spesso è difficilissimo farlo); ma proprio la certificazione richiede grande chiarezza sui rapporti tra mezzi tecnico-giuridici e fini perseguiti con determinate politiche, se non si vogliono affastellare confusamente le finalità perseguite da un progetto riformatore, senza procedere di un centimetro nella configurazione della funzione giuridica di un determinato istituto (nuovo o vecchio che sia)<sup>(10)</sup>. Tanto la relazione di accompagnamento al d.lgs. 276/2003 quanto il successivo dibattito dottrinale hanno infatti collegato alla certificazione un'infinità di funzioni o pseudo-funzioni: dall'elevare la certezza del diritto<sup>(11)</sup> alla valorizzazione dell'autonomia individuale<sup>(12)</sup>; dalla dissuasione del contenzioso giudiziario<sup>(13)</sup> al perseguimento di una deflazione "cattiva" (cioè con sacrificio unilaterale dei diritti dei lavoratori) del sovraccarico giurisprudenziale<sup>(14)</sup>; dall'emersione del lavoro sommerso nella "zona grigia" tra subordinazione e autonomia<sup>(15)</sup> alla diffusione della nuova tipologia di lavoro flessibile<sup>(16)</sup>. Selezionando in tutto ciò che è emerso gli elementi giuridicamente rilevanti per costruire la funzione giuridica del nuovo istituto, si può dire che dalla concreta esperienza di regolamentazione si ricava che la certificazione, intesa come procedura negoziale che si svolge dinanzi a e con l'assistenza di un organo esterno alle parti del contratto individuale, può assolvere almeno a quattro funzioni: a) qualificazione "rafforzata" del negozio stipulato; b) assistenza nella definizione dei contenuti contrattuali; c) derogabilità negoziale assistita della disciplina lavoristica inderogabile; d)

---

<sup>(10)</sup> Per alcune considerazioni generali sulla cultura riformatrice di questa fase v. A. Tursi, *cit.*, 324 ss.

<sup>(11)</sup> A. Vallebona, *La riforma del mercato del lavoro: cambia poco ed è sbagliata*, in *Dir. lav.* 2003, 3, 191, e *La riforma dei lavori*, Padova 2004, 136; dello stesso a. v., in precedenza, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. lav.* 1992, 479.

<sup>(12)</sup> G. Ferraro, *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*, in *Riv. giur. lav.* 2005, 1, 695 ss.

<sup>(13)</sup> L. Nogler, *cit.*

<sup>(14)</sup> L. De Angelis, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.* 2004, n. 2; M. Rusciano, *cit.*, 347-348; V. Speciale, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.* 2003, 2; G. Ricci, *La certificazione del contratto di lavoro: obiettivi, potenzialità e limiti*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *cit.*, 329 ss.

<sup>(15)</sup> E. Ghera, *La certificazione nei contratti di lavoro*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *cit.*, 278.

<sup>(16)</sup> U. Romagnoli, *Radiografia di una riforma*, in *Lav. dir.* 2004, 1 ss.

disponibilità assistita dei diritti già entrati nel patrimonio del lavoratore.

Nel dibattito pre-riforma del 2003, nonostante le diffusissime ostilità, molto si era insistito sull'utilità di introdurre la terza delle funzioni indicate (derogabilità assistita), che pareva mancare nella legislazione lavoristica italiana. Risulta invece che proprio questa funzione sia del tutto assente dalla normativa fino a ieri vigente<sup>(17)</sup>.

Dunque in questa disciplina possono essenzialmente rinvenirsi le altre tre funzioni. Di esse la seconda (assistenza alla conclusione del contratto: v. art. 81) può essere considerata come un'innovazione potenzialmente di grande interesse per superare le persistenti asimmetrie fattuali ed informative che ancora (o di nuovo) caratterizzano le parti che stipulano un contratto di lavoro<sup>(18)</sup>.

Rispetto alle altre due funzioni, quella qualificatoria risponde certo ad un problema di stabilizzazione delle scelte contrattuali, rese più complesse proprio dalla riforma del 2003<sup>(19)</sup>, che con la moltiplicazione della tipologia contrattuale ha appesantito i "costi transattivi"<sup>(20)</sup>; ma l'esigenza in qualche modo preesisteva e non vi erano procedure dirette a soddisfarla. Man mano che la certificazione ha assunto connotati normativi più precisi, si è però capito che delineare nuovi istituti e soggetti per lo svolgimento della funzione qualificatoria non è tutto: rimane la cruciale questione del rapporto con l'intangibile principio *iura novit curia*<sup>(21)</sup>. Dunque l'individuazione di una funzione non assoluta (qualificazione non interamente lasciata ai privati, ma "garantita" da un intervento terzo) segnala più che altro l'opportunità di anticipare un intervento qualificatorio ponendolo al

---

<sup>(17)</sup> Residua solo un dubbio con riguardo al lavoro a progetto (v. art. 68): peraltro un contratto che il legislatore colloca con nettezza nell'ambito del lavoro autonomo e dunque rispetto al quale – se si prende per buona la configurazione formale – non si pone il problema tradizionale di una normativa presuntivamente inderogabile in senso unilaterale, rispetto alla quale introdurre margini di derogabilità assistita (v. V. Brino, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in *Lav. dir.* 2006, n.1, 383 ss).

<sup>(18)</sup> V. A. Gentili, *La certificazione dei rapporti di lavoro: tra verità e accordo*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova 2005, 803 ss.; C. Faleri, *Riflessioni sull'attività di consulenza e assistenza dell'organo certificatore*, in *Dir. lav. merc.* 2004, 75 ss.; A. BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 35/2004; R. Voza, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari 2007; C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, e P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, entrambi in *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 2008, risp. 386 ss. e 449 ss.

<sup>(19)</sup> M. Rusciano, cit., 345.

<sup>(20)</sup> A. Gentili, cit., 807.

<sup>(21)</sup> L. Nogler, cit., 209; Perone, cit., 415 ss.

riparo da successive revisioni o demolizioni giurisprudenziali. Se poi la funzione del nuovo istituto sia configurabile in concreto dipende da quanto esso possa essere delineato in via alternativa rispetto all'intervento giudiziario: e questo è un punto sul quale si deve registrare un'evoluzione della riforma tanto sofferta quanto insoddisfacente, direttamente proporzionale alla caduta dell'illusione di onnipotenza del neo-legislatore<sup>(22)</sup>.

L'ultima funzione (disponibilità assistita: v. artt. 68, 81 e 82) è già assolta da altri istituti presenti nel nostro ordinamento, come le conciliazioni giudiziaria, amministrativa e sindacale: essi possono essere potenziati o ampliati o incentivati e migliorati quanto ad effettività, ma non si vede perché aggiungerne altri con le medesime finalità di quelli esistenti<sup>(23)</sup>.

Resta da dire che la ambiziosa, condivisibile e persino nobile<sup>(24)</sup> finalità di "ridurre il contenzioso" in materia di lavoro con cui il legislatore ha caratterizzato la disciplina in esame (v. l'*incipit* dell'art. 75) è un obiettivo di politica del diritto che va perseguito *in sedes materiae* e non può essere preso alla larga, scommettendo su un istituto giuridico che nasce sul terreno delle forme in cui si manifesta l'autonomia negoziale (seppure certificata o assistita)<sup>(25)</sup>. Qualche probabilità di ridurre il contenzioso c'è soltanto se si opera in modo diretto sul diritto del lavoro sostanziale - eliminando norme azionabili a difesa dei diritti (cioè eliminando tutele) - o processuale - introducendo termini di decadenza brevi o rendendo assai più celeri o solide le procedure del contenzioso stesso (la seconda strada è stata perseguita, con qualche successo, nella riforma del pubblico impiego). Il dibattito che si è svolto intorno alla certificazione introdotta nel 2003 sembrava esser pervenuto ad una conclusione abbastanza netta (e per nulla nuova): in uno Stato di diritto che voglia mantenere il fondamentale diritto ad agire in giudizio a tutela delle proprie posizioni giuridiche (art. 24, Cost.) non esistono strumenti privatistici o amministrativistici in grado di *garantire* la riduzione del contenzioso in materia di lavoro.

#### **4. Segue: oggetto, tempi ed ambito di applicazione della certificazione.**

---

<sup>(22)</sup> A. Tursi, cit.

<sup>(23)</sup> Se non per spostare la conciliazione dalle Direzioni provinciali del lavoro alle varie commissioni di certificazione: così G. Ricci, cit., 333.

<sup>(24)</sup> G. Ricci, cit., 331.

<sup>(25)</sup> G. Ferraro, cit.

Considerevoli problemi si addensano anche intorno all'oggetto della certificazione. Esso, dopo la modifica apportata con il d.lgs. n. 251/2004, può essere costituito da atti piuttosto eterogenei:

a) tutti i contratti di lavoro (art. 75, d.lgs. n. 276/2003, che però nella versione originaria limitava la procedura ad alcuni dei contratti introdotti dalla medesima riforma<sup>(26)</sup>);

b) il contenuto dei regolamenti interni delle cooperative riguardante la tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare a norma dell'art. 6, l. 3 aprile 2002, n. 142 (art. 83);

c) contratti di appalto ex art. 1655 c.c. "ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto ai sensi delle disposizioni di cui al Tit. III" del d.lgs. n. 276/2003 (art. 84);

d) negozi abdicativi o transattivi dei diritti dei lavoratori, limitatamente però alle certificazioni effettuate dalle commissioni costituite presso gli enti bilaterali (art. 82). Le altre commissioni possono certificare tali negozi limitatamente al lavoro a progetto (art. 68); oppure possono prestare attività di consulenza e assistenza "con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti" (art. 81).

Già così ricostruito l'oggetto appare subito disomogeneo (ad esempio non si tratta solo di contratti, ma anche di regolamenti) e dai contorni sistematici tutt'altro che chiari (perchè certificare i negozi abdicativi e transattivi<sup>(27)</sup>, che non hanno un'ampia varietà tipologica?). Bisogna poi aggiungere che per alcuni degli atti indicati si ricava abbastanza agevolmente la possibilità che la certificazione abbia ad oggetto non solo la stipulazione del contratto, ma anche la "fase dell'attuazione" del programma negoziale: così l'art. 81, per l'attività di

---

<sup>(26)</sup> L'art. 75 menzionava solo i contratti di lavoro intermittente, a tempo parziale, a progetto e i contratti di associazione in partecipazione. V. però, di recente, Ministero del Lavoro, interpello n. 81/2009, oggetto: art. 9, D.Lgs. n. 124/2004 – certificazione del rapporto di somministrazione di lavoro ai sensi degli artt. 75 e ss. del D.Lgs. n. 276/2003.

<sup>(27)</sup> Rispetto all'art. 82 si potrebbe enfatizzarne il significato, ritenendo che la certificazione di rinunzie e transazioni possa aggiungere una qualche ulteriore efficacia giuridica agli atti dismissori del lavoratore. A me pare per la verità che la norma si limiti a prevedere una certificazione "a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti", senza modificare in nulla il regime giuridico degli atti di disposizione del lavoratore. Se dunque questi avranno ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili della legge o dei contratti collettivi resteranno invalide e impugnabili entro sei mesi a norma dell'art. 2113, c.c., nonostante la certificazione. A che serve allora certificare la volontà abdicativa? Serve, a mio parere, anche qui unicamente a rafforzare, specie nei confronti dei terzi, la qualificazione di un determinato negozio in termini di rinuncia o transazione, senza che ciò si rifletta sul regime giuridico di tali atti con un ampliamento dei margini di derogabilità consentiti dall'art. 2113, c.c. e dalla legislazione lavoristica in genere.

consulenza ed assistenza fornita dalle commissioni di certificazione, e l'art. 84 per il contratto di appalto. Non di facile interpretazione è anche l'art. 68, pur nella versione corretta dal d.lgs. n. 251/2004, là dove prevede che nella riconduzione dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincoli di subordinazione, di cui all'art. 409, c.p.c., al lavoro a progetto (artt. 61 ss., d.lgs. n. 276/2003) "i diritti derivanti da un rapporto di lavoro già in essere possono essere oggetto di rinunzie e transazioni tra le parti in sede di certificazione". Tutte queste norme ingenerano un enorme dubbio sull'oggetto della certificazione, che potrebbe non essere limitato al contratto stipulato, ma riguardare anche l'esecuzione del contratto. Dall'oggetto si passa così a dubitare del momento della certificazione e, inevitabilmente, della stessa funzione "certificatoria"<sup>(28)</sup>. Soprattutto in tema di appalti, l'art. 84, modificando l'oggetto, incide chiaramente sulla funzione dell'istituto, perché lo orienta non solo a qualificare un contratto o ad assistere volontà abdicative e transattive, ma a verificare l'attuazione del programma negoziale, stabilendo in concreto la sussistenza dei criteri in base ai quali si distingue l'appalto dalla somministrazione (art. 29, d.lgs. n. 276/2003: "organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'imprenditore, che può anche risultare...dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto" e "assunzione ...del rischio di impresa"). E non va trascurato che alcuni commentatori hanno dedotto proprio da queste indicazioni normative la possibilità di certificare qualunque contratto nella fase esecutiva<sup>(29)</sup>.

Altra questione di fondo opinabile è la totale esclusione dei contratti di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalle procedure di certificazione. Essa deriva in modo indubitabile dall'art. 1, comma 2° d. lgs. n. 276/2003 ed è frutto della particolare storia sindacale che ha consentito l'approvazione della controversa riforma del mercato del lavoro<sup>(30)</sup>; ed è in qualche modo spiegabile per il fatto che alle pubbliche amministrazioni non trova applicazione proprio la più rilevante delle innovazioni del d. lgs. n. 276/2003, cioè il lavoro a progetto<sup>(31)</sup>, che è anche "il territorio elettivo" della certificazione<sup>(32)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> V., per tutti, U. Gargiulo, *Natura ed effetti del negozio certificato*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli, cit., 321 ss.

<sup>(29)</sup> V. Brino, cit.

<sup>(30)</sup> V., per tutti, L. Zoppoli, *Nuovi lavori e pubbliche amministrazioni*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, cit., 1803 ss.

<sup>(31)</sup> Su questo c'è totale accordo.

<sup>(32)</sup> L. Nogler, cit., 223.

Al riguardo si sono avanzate proposte interpretative piuttosto coraggiose dirette a consentire l'adesione volontaria delle pubbliche amministrazioni al lavoro a progetto e a ritenere praticabile anche la conseguente certificazione dinanzi a Commissioni amministrative o universitarie<sup>(33)</sup>. Non si tratta però di proposte convincenti, sebbene si debba riconoscere che escludere la certificazione per il lavoro pubblico fa sorgere oggi consistenti dubbi di incostituzionalità.

## 5. Segue: natura giuridica della certificazione.

Anche sulla natura giuridica della certificazione non c'è sufficiente chiarezza. Che l'atto di certificazione sia un atto di natura amministrativa non c'è dubbio<sup>(34)</sup>. Però ben poco chiaro è il tipo di attività amministrativa che si esprime attraverso la certificazione e, conseguentemente, la natura giuridica dell'atto *quoad ad effectum*. Si è detto dai più certazione<sup>(35)</sup> perché con essa l'organo competente attesta che una determinata attività è stata svolta con certe forme rilevanti giuridicamente. Questo però è vero solo per alcuni degli oggetti da certificare, come si è visto nel precedente paragrafo. E inoltre è vero fino ad un certo punto, perché si è giustamente rilevato che la certificazione consiste piuttosto nel validare una certa qualificazione giuridica. Per questo verso si tratterebbe di attività più assimilabile a quella qualificatorio-giudiziale<sup>(36)</sup>. Questa ricostruzione sarebbe a mio parere inconfutabile se si ritenesse che l'oggetto della qualificazione si estende alla fase di esecuzione del contratto, perché in tal caso la qualificazione giungerebbe ad abbracciare vicende che non si svolgono dinanzi al certificatore, ma che invece occorre accertare sulla base di un'istruttoria prima di procedere alla qualificazione. Se così non è, e per i casi di certificazione in cui questo è a mio parere da escludere, può dirsi che la certificazione è attività confermativa di una volontà negoziale già espressa dalle parti, magari con l'assistenza del *certifier*<sup>(37)</sup>, ma che conferisce a tale volontà un valore aggiunto. Perciò si può concludere nel senso che si è

---

<sup>(33)</sup> V. P. Rausei, cit., 651.

<sup>(34)</sup> Il d.m. 21 luglio 2004 prevede lapidariamente che "l'atto di certificazione ha natura di provvedimento amministrativo" (art. 6, comma 1°). Sulla natura provvedimentale di simili atti sotto il profilo strettamente teorico si potrebbe dubitare: v. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1984, 617 ss.

<sup>(35)</sup> V. per tutti E. Ghera, cit., 283.

<sup>(36)</sup> Così, ad esempio, A. Tursi, cit., 640; A. Vallebona, *La riforma del mercato del lavoro*, cit.

<sup>(37)</sup> L'attività di assistenza è ovviamente ben diversa, anche giuridicamente, da quella di certificazione, configurando un servizio più che la mera produzione di un provvedimento amministrativo.

essenzialmente in presenza di attività di certazione, in cui si ha esercizio di una discrezionalità tecnica da parte dell'organo competente, cui la legge attribuisce la "potestà di immettere nel mondo giuridico delle realtà solo giuridiche imponendone l'uso a tutti"<sup>(38)</sup>. Per tornare alle classificazioni amministrativistiche più utilizzate (in cui non troppo si distingue in verità tra certazione e certificazione), la certificazione è dunque il provvedimento che chiude un procedimento dichiarativo, da ricondurre ai procedimenti di conoscenza, nei quali prevale il momento della dichiarazione rispetto a quello dell'acquisizione<sup>(39)</sup>. Da non trascurare è che autorevole dottrina amministrativistica ritiene le certificazioni "adempimenti gravosi e non strettamente necessari"<sup>(40)</sup>, frutto di procedimenti per cui "non vi sono discipline uniformi, sì che ogni singolo procedimento ha le sue regole e il suo iter"<sup>(41)</sup>.

## **6. Segue: effetti della certificazione.**

Un altro aspetto che rimane problematico attiene agli effetti che la certificazione produce tra le parti del contratto e nei confronti dei terzi. Al riguardo l'art. 79, rubricato "efficacia giuridica della certificazione", non disciplina gli effetti del provvedimento di certificazione, ma ne fissa la permanenza nel tempo, precisando che essa si estende "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". Ciò vuol dire che gli effetti vanno dedotti dalla natura dell'atto: trattandosi in linea di massima, come s'è detto, di certazione, gli effetti sono quelli di conferire una particolare certezza giuridica alla qualificazione del contratto. Tale certezza non è però tale da porre l'atto amministrativo o il contratto al riparo da qualsiasi contestazione: anzi il successivo art. 80 prevede un'ampia casistica di impugnative dinanzi al giudice ordinario o amministrativo. Dunque la reale certezza giuridica derivante dalla certificazione va dedotta implicitamente dalle limitazioni apposte alla sua impugnabilità giudiziaria: limitazioni assai relative, come si vedrà. E' per questo

---

<sup>(38)</sup> M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano 1993, 485. Nel caso di specie la certificazione non si impone "a tutti", ma solo ad alcuni terzi ex art. 79, d.lgs. n. 276/2003; resta però vero che con la certificazione prevista dal d.lgs. 276 viene a mutare la situazione in cui "i soggetti di autonomia privata possono creare delle qualificazioni giuridiche di elementi del mondo reale, ma non possono imporle ad altri che non prestino o non abbiano, almeno inizialmente, prestato il proprio consenso in modo volontario" (ibid.).

<sup>(39)</sup> V. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano 1997, 383

<sup>(40)</sup> S. Cassese, cit., 307.

<sup>(41)</sup> S. Cassese, cit., 383.

dunque che l'art. 79 fissa una regola di efficacia giuridica pre-giudiziale per la certificazione, garantendo soprattutto le parti nei confronti di terzi interessati a sminuire la portata degli "effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro". A ben guardare, non aggiungendo questa norma granchè quanto all'efficacia della certificazione tra le parti contrattuali (anche un contratto non certificato, se regolarmente stipulato, produce i suoi effetti fino a che non vi sia un diverso pronunciamento del giudice<sup>(42)</sup>), si può ritenere che l'art. 79 sia diretto soprattutto ad impedire che la certificazione possa venir considerata un atto caducabile ad opera di un diverso atto amministrativo, adottato, ad esempio, dall'INPS o dall'Ispettorato del lavoro (iscrizione a ruolo di cartelle esattoriali, adozione di ordinanze-ingiunzioni, ecc.)<sup>(43)</sup>. Si crea così una sorta di "gerarchia" tra atti amministrativi in grado di incidere sulla qualificazione dei rapporti di lavoro, gerarchia grazie alla quale le Commissioni di certificazione – nella loro variegata tipologia – sono una sorta di scudo contro ingerenze "esterne" alle parti nella gestione del contratto, almeno nel caso in cui quelle ingerenze siano basate su una diversa qualificazione del contratto<sup>(44)</sup>. In virtù dell'art. 79 la qualificazione certificata può essere "superata" solo da un provvedimento cautelare del giudice o da una sentenza di merito, la cui efficacia è precisata dall'art. 80, comma 2°<sup>(45)</sup>. Se questo sistema riduca o incentivi il ricorso al giudice è tutto da verificare: certo è che anche per gli apparati pubblici preposti al controllo si innalzano i costi e i rischi della contestazione della qualificazione dei contratti certificati. Questo non vuol tanto dire che si esclude la funzione di controllo amministrativo sulla gestione dei rapporti di lavoro, ma che, in qualche misura, anche questa funzione

---

<sup>(42)</sup> Diversa però è la situazione sotto il profilo della tutela squisitamente processuale là dove si ritenesse che l'impugnazione della certificazione costituisce una peculiare condizione di un'azione diretta a far valere un diritto basato sulla tacita contestazione della qualificazione certificata: sul punto v. *infra*.

<sup>(43)</sup> Terzi potrebbero essere anche privati. Si fa l'esempio di soggetti interessati ad agire ex art. 2049, c.c. verso il datore di lavoro (escludendosi la necessità di preventiva impugnazione della certificazione, in quanto la qualificazione del contratto sarebbe vera e propria questione pregiudiziale) o quella dell'ex coniuge che voglia agire direttamente verso il datore di lavoro per esigere il suo diritto al 40% del TFR maturato nel periodo di coincidenza tra matrimonio e rapporto di lavoro (art. 12 bis l. sul divorzio).

<sup>(44)</sup> Anche se è corretto precisare che la certificazione non vale a paralizzare le attività ispettive, utili anche ad acquisire materiale probatorio per impugnare eventualmente la certificazione: v. P. Rausei, in C. Enrico - M. Tiraboschi (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Milano 2005, 130 ss.

<sup>(45)</sup> P. Tullini, *Certificazione dei contratti di lavoro, Artt. 75-81*, in E. Gagnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e nuovi modelli contrattuali*, Padova 2004, 79.

viene affidata ad un filtro preventivo costituito dalle Commissioni di certificazione, il cui rigore nella valutazione degli elementi contrattuali può essere determinante<sup>(46)</sup>.

C'è però un profilo che inquieta tanto sotto il profilo teleologico che sistematico. Infatti la certificazione paralizza altri accertamenti amministrativi anche se questi non riguardano la stipulazione del contratto ma fasi della sua esecuzione, sulle quali le Commissioni di certificazione ben poco possono garantire<sup>(47)</sup>. Ciononostante anche la difformità tra programma negoziale certificato e sua successiva attuazione deve essere fatta valere in via giudiziaria (art. 80, comma 1°): ciò equivale a dire che ogni accertamento amministrativo riguardante un contratto certificato dovrà passare dinanzi ad un giudice. In tal modo però, più che ad una deflazione giudiziaria, ci si trova dinanzi ad uno scoraggiamento vero e proprio dell'attività di controllo sull'applicazione della legislazione lavoristica e previdenziale. Si può persino avanzare il dubbio di conformità di questa legislazione con il principio del buon andamento amministrativo (art. 97, Cost.)<sup>(48)</sup>: può il legislatore rendere così gravosa ed onerosa una funzione amministrativa necessaria ed anzi formalmente rafforzata da altri provvedimenti (si pensi alla riforma dell'ispettorato del lavoro)? Soprattutto poi se tale aggravio viene realizzato in modo del tutto irrazionale dal momento che la certificazione in linea di massima, come prima s'è detto, non riguarda la fase di esecuzione del contratto ma solo la sua qualificazione al momento della stipulazione.

## **7. Segue: rapporti tra contratto certificato e sindacato del giudice.**

---

<sup>(46)</sup> Opinione parzialmente diversa è espressa M.G. Garofalo, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari 2006; A. Tursi, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. Magnani, P. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino 2005, 663 ss. In particolare Tursi insiste su un "effetto preclusivo" che non riguarderebbe il "piano sostanziale, privando l'autorità del potere di autotutela fino alla pronuncia giudiziaria di merito che rimuova la certificazione", ma rilevarebbe "sul piano dell'attuazione effettiva del diritto, inibendo non già il potere amministrativo, ma solo la sua esecutorietà" (p. 664). Proprio però l'ablazione dell'automatica esecutorietà vale a depotenziare l'autotutela amministrativa e a costringerla all'interno di un filtro/controllo necessariamente giudiziario.

<sup>(47)</sup> Dello stesso avviso pare P. Rausei, cit., 138, nt. 33.

<sup>(48)</sup> V. già L. Nogler, *Il nuovo istituto della certificazione*, in *Studi Ghezzi*, cit., 746; A. Tursi, op. ult. cit., 655. Contra G. Franza-P. Pozzaglia, *L'impugnazione della certificazione*, in G. Perone – A. Vallebona (a cura di), cit., 381, nt. 46; V. Speciale, *Commento al titolo VIII*, in P. Bellocchi, F. Lunardon, V. Speciale (a cura di), *Tipologie contrattuali progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro. Commentario al d.lgs. n. 276/2003*, Milano 2003, 186.

Com'è chiaro il punto di snodo decisivo dell'istituto sta nella sua "tenuta giudiziaria". Abbandonata qualunque pretesa di evitare il controllo del giudice, l'art. 80 d.lgs. n. 276/2003 prevede l'impugnazione dell'atto di certificazione sia dinanzi al giudice ordinario, previo espletamento di un tentativo di conciliazione dinanzi alla commissione di certificazione che ha adottato l'atto, sia dinanzi al giudice amministrativo. In entrambi i casi la legittimazione attiva spetta tanto alle parti quanto ai terzi "nella cui sfera giuridica l'atto stesso è destinato a produrre effetti". Dinanzi al giudice ordinario i motivi di impugnazione sono: a) erronea qualificazione del contratto; b) difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione; c) vizi del consenso. In tutti e tre i casi sussistono consistenti perplessità sull'idoneità di tale disciplina a realizzare un ridimensionamento del controllo giudiziario sulla certificazione<sup>(49)</sup>.

L'impugnazione dinanzi al TAR, in un primo momento ignorata, è stata poi introdotta con un'ampiezza apparentemente limitata rispetto a quanto previsto in linea generale. Abbastanza diffusa è però la convinzione che non si possa escludere l'impugnativa per violazione di legge, a pena di incostituzionalità. D'altronde, se è vero che la certificazione può essere uno strumento per aumentare la conformità a criteri legali delle operazioni di qualificazione dei rapporti di lavoro<sup>(50)</sup>, sembrerebbe del tutto contraddittorio escludere il controllo di legittimità dell'operato delle Commissioni ad opera del giudice amministrativo. E' anche vero però che l'erronea qualificazione della certificazione – che, in quanto imputabile alla Commissione, si dovrebbe tradurre in una violazione delle categorie legali di inquadramento del contratto - è specifico motivo di impugnazione dinanzi al giudice ordinario.

L'impugnativa per eccesso di potere, condizionata dalla dubbia ampiezza discrezionale dell'attività certificatoria<sup>(51)</sup>, può senz'altro fondarsi su alcune tipiche forme sintomatiche, come il travisamento dei fatti, il difetto o la contraddittorietà della motivazione, il contrasto con i precedenti e la disparità di trattamento di casi uguali<sup>(52)</sup>. In ogni caso il giudice amministrativo può solo annullare, non avendo

---

<sup>(49)</sup> V., per tutti, G. Ferraro, cit.; E. Ghera, cit., 291 ss.; V. Speciale, op.ult.cit. Parzialmente diversa mi pare l'impostazione di M. Tremolada, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino, 2008, 1730 ss.; B. Grandi, *La certificazione dei rapporti di lavoro tra le categorie genreali del diritto*, in *Dir.rel.ind.* 2008, 339 ss.

<sup>(50)</sup> G. Perone., cit., 420.

<sup>(51)</sup> V. E. Ghera, cit., 291; V. Speciale, op.ult. cit., 210 ss.

<sup>(52)</sup> V. A. Tursi, op. ult. cit., 659.

giurisdizione sulla qualificazione del contratto<sup>(53)</sup>. Aver previsto però specificamente l'impugnativa dinanzi al giudice amministrativo è una chiara conferma della natura di atto amministrativo della certificazione. Ne consegue che il giudice ordinario può, in virtù della disciplina generale, disapplicare la certificazione illegittima anche senza pronuncia del giudice amministrativo

Come si vede, molte sono le strade che possono condurre il contratto certificato a controllo giudiziario. Sotto questo aspetto l'istituto è apparso deludente proprio là dove se ne sarebbe voluta apprezzare la maggiore utilità pratica: garantire la certezza di un assetto contrattuale rispetto a possibili "aggressioni" di una delle parti in sede giudiziaria.

## **8. Le prospettive della certificazione.**

Al termine di questa sintetica ma densa analisi credo risulti abbastanza chiaro quanto si è all'inizio anticipato: un istituto con elevato potenziale innovativo è stato introdotto nel diritto del lavoro italiano, ma con una significativa forzatura rispetto allo stato dell'elaborazione teorica di alcuni fondamenti del medesimo diritto del lavoro e attraverso scelte regolative piuttosto tortuose, sovrabbondanti e costellate da dubbi interpretativi ed incertezze sistematiche. Il tutto con un solo effetto sicuro: rendere più difficoltoso l'accertamento della normativa di tutela dei lavoratori ad opera di un apparato ispettivo già piuttosto debole.

Ce n'è abbastanza per nutrire un certo pessimismo sull'assetamento del nuovo istituto della certificazione. Si tratta, ad essere benevoli, di un veicolo-prototipo che ha incrociato e incrocerà ancora varie turbolenze.

Superato lo stadio prototipale, non è però affatto da escludere che l'esperienza di regolazione della certificazione tentata con il d.lgs. 276/03 risulti per molti versi utile. Si sono segnalati alcuni aspetti interessanti legati alla nuova disciplina e alle riflessioni da essa scaturite. L'attenta considerazione della, pur limitata, prassi<sup>(54)</sup> può fornire indicazioni preziose per assicurare un maggiore sviluppo dell'istituto. Mi pare, ad esempio, abbastanza chiaro che occorrerebbe intervenire con modifiche legislative ben mirate che potrebbero

---

<sup>(53)</sup> V. V. Speciale, op.ult.cit., 290.

<sup>(54)</sup> Sulla quale v. lo speciale Dossier dell'Adapt del 4 ottobre 2007, e, più di recente, C. Bizzarro, F. Pasquini, M. Tiraboschi, D.Venturi, *Certification of Labour Contracts: a legal instruments for Labour Market Regulation in Italy*, comunicazione al XIX World Congress dell'International Societu for Labour and Social Security Law, settembre 2009, Sydney, Australia, entrambi in [www.adapt.it](http://www.adapt.it).

riguardare: a) una più precisa individuazione dell'oggetto e del momento della certificazione; b) la riduzione di tipo e numero di Commissioni abilitate alla certificazione; c) il ruolo della contrattazione collettiva, che andrebbe meglio strutturata, anche riguardo agli agenti negoziali e all'efficacia soggettiva, e che potrebbe essere incoraggiata ad aperture verso forme di certificazione derogatoria assistita dagli enti bilaterali<sup>55</sup>; d) la tenuta giudiziaria della certificazione, che, senza stravolgimenti, potrebbe essere consolidata, almeno quando è riferita esclusivamente a determinati contratti o negozi (e non riguarda la fase di esecuzione del contratto ovvero il rapporto di lavoro), attraverso l'uso di termini di decadenza, come già in altri casi di impugnativa di atti per i quali l'ordinamento richiede una particolare certezza giuridica (licenziamento, rinunzie e transazioni), oppure attraverso un procedimento di cognizione urgente ed abbreviato, diretto a verificare correttezza e tenuta attuativa delle certificazioni contestate (procedimento per il quale si potrebbe prevedere un accesso privilegiato per determinati soggetti amministrativi o collettivi).

Con le più recenti iniziative di riforma (cioè il già citato ddl AS 1167-B) il legislatore sembra invece aver imboccato una strada parzialmente diversa rispetto a quella suggerita dalle modifiche appena indicate, rilevanti ma dirette essenzialmente a rafforzare le funzioni della certificazione apparse utili, praticabili e sicuramente compatibili con lo stato attuale del diritto del lavoro. In particolare ciò che sembra essere tornato in auge è proprio la funzione di "derogabilità assistita" che può essere garantita dall'attività certificatoria, che si cerca nuovamente di sottrarre ad un controllo penetrante da parte dell'autorità giudiziaria (tra l'altro generalizzandone l'applicabilità anche alle pubbliche amministrazioni: v. art. 30, commi 1° e 8°). Si vedano al riguardo innanzitutto l'art. 30, comma 4°, che rende ancor più generico l'oggetto della certificazione, attraverso la riformulazione dell'art. 75 d.lgs. n. 276/2003<sup>56</sup>; in secondo luogo l'art. 31, comma 15, che modifica l'art. 79 d.lgs. n. 276/2003, estendendo l'ambito della certificazione anche all'esecuzione del contratto<sup>57</sup>. L'art. 30, comma 3° prescrive poi che il giudice: a) "nella qualificazione del contratto e nell'interpretazione delle relative clausole ... non può discostarsi dalle

---

<sup>(55)</sup> Su un effettivo potenziamento del ruolo della contrattazione collettiva v. da ultimo, anche per ulteriori citazioni, M. Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Milano 2009, 429 ss.

<sup>(56)</sup> V. G. Ferraro, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività, Welfare*, Torino 2009, 555 ss.

<sup>(57)</sup> V. C.A. Nicolini, *Conciliazione ed arbitrato*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), cit., 578.

valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di cui al titolo VIII d. lgs. n. 276/2003, e successive modificazioni, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione" (comma 2°); b) "nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento...tiene conto, oltre che delle fondamentali regole del vivere civile e dell'oggettivo interesse dell'organizzazione, delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi *ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione* di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276, e successive modificazioni" (comma 3°).

E' evidente che in tal modo si rilancia una delle idee primigenie della riforma del 2003, dirette a fare della certificazione una via di fuga dalla rigidità della disciplina lavoristica e, soprattutto, dal controllo esterno sull'organizzazione. Con un'aggravante: che la flessibilizzazione delle tutele verrebbe a gravitare ancora di più nella fase del contenzioso, che non attiene certo alla fisiologia della regolazione delle relazioni di lavoro.

Neanche questa volta però siamo in presenza di una legislazione che apporta granitiche certezze: basti notare che, nella norma più esplicita (art. 30, comma 3°), il giudice è obbligato solo "a tener conto" delle tipizzazioni contenute nei contratti collettivi e individuali (forse perché questi ultimi non sono neanche "certificati", ma solo stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione).

Più penetrante appare il divieto per il giudice di interpretare le clausole negoziali in difformità dalle valutazioni delle parti espresse nei contratti certificati: ma la disposizione appare troppo ampia e generica, non potendo certo la valutazione delle parti, per quanto certificata, violare diritti fondamentali e/o indisponibili, norme costituzionali o imperative e inderogabili, quand'anche previste da leggi o contratti collettivi.

Sembra perciò che anche in questa nuova versione la certificazione non sia messa al riparo da un controllo severo ed occhiuto da parte dei giudici togati, con le loro logiche e i loro metodi. Da questo ineludibile vincolo di sistema, nasce probabilmente l'idea di collegare l'istituto della certificazione con quello dell'arbitrato, immaginando che da due "fragilità" possa nascere una nuova solidità.

## **9. Certificazione e arbitrato nel ddl AS 1167-B (c.d. "collegato lavoro", approvato il 3 marzo 2010).**

Il collegamento è alquanto semplice e si basa su tre passaggi regolativi. Nel primo il legislatore, fugando eventuali dubbi interpretativi, precisa quanto già intuibile dalla novella dell'art. 808, c.p.c. realizzata con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40: cioè che per i rapporti di lavoro è possibile pattuire clausole compromissorie che autorizzino gli arbitri a decidere secondo equità (in precedenza esplicitamente ritenute nulle)<sup>(58)</sup>. Nel secondo passaggio si consente tale pattuizione "solo ove ciò sia previsto da accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale": anche in questo confermando, almeno in apparenza, il principio di cui all'art. 806, comma 2°, c.p.c. Nel terzo passaggio si prevede che la clausola compromissoria, a pena di nullità, deve essere certificata in base alle disposizioni di cui al titolo VIII d.lgs. n. 276/2003 e successive modificazioni. Riguardo a quest'ultimo passaggio si è molto discusso in Parlamento di una disciplina *ad hoc*, riguardante due punti di tutto rilievo: a) l'attribuzione dell'ulteriore potere certificatorio solo ad alcuni dei soggetti previsti dall'art. 76 d.lgs. n. 276/2003, con esclusione cioè delle Commissioni costituite presso i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro; b) la precisazione che le commissioni di certificazione accertano l'effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le controversie che dovessero insorgere in relazione al rapporto di lavoro. Questa specifica disciplina, seppur generica, rende l'idea di come il riformatore sia ben consapevole della delicatezza del terzo passaggio regolativo: tant'è che in uno degli ultimi testi approvati (cioè il ddl 1167, licenziato dal Senato il 26 novembre 2009) si escludeva dai soggetti certificatori proprio quello più discutibile e discusso<sup>(59)</sup>. Nonostante tale consapevolezza, non si

---

<sup>(58)</sup> Sulla riforma del 2006 v. D. Borghesi, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 2006, p. 821 ss.; M.G. Garofalo, *Note sull'arbitrato nelle controversie individuali di lavoro pubblico*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, cit., 639; C. Cester, cit., 393; P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti*, cit., 458 ss.; M. Novella, cit., 400 ss. In precedenza A. Pizzoferrato, *Giustizia privata del lavoro. Conciliazione ed arbitrato*, Padova 2003; M. Grandi, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel diritto italiano*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.* 2000, 369 ss.; M. Magnani, *Conciliazione e arbitrato in Italia alla luce dei recenti interventi legislativi*, in G. Loy (a cura di), *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, Padova 2000, 13 ss.

<sup>(59)</sup> Le Commissioni costituite presso i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro sono state viste come un considerevole ampliamento dei certificatori, che per vero sembra poter incidere notevolmente anche sulla qualità delle certificazioni: non nel senso,

attribuisce però una particolare valenza all'attività certificatoria, che resta di mera attestazione della "effettiva volontà" delle parti (cioè il contenuto minimo della relativa attività amministrativa), indicata tra l'altro in modo alquanto generico. Se ne deduce agevolmente che l'oggetto della clausola compromissoria è estremamente ampio, potendo riguardare qualsiasi "controversia che dovesse insorgere in relazione al rapporto di lavoro certificato". Più plausibile appare invece un'interpretazione diretta ad integrare la norma con riguardo al consenso prestato dalle parti, richiedendo almeno che la certificazione debba attestare specificamente la piena e consapevole volontà delle parti – ma soprattutto del lavoratore – di inserire nel contratto una clausola compromissoria basata sull'equità.

Già i tre passaggi descritti delineano una mezza rivoluzione del contenzioso del lavoro. Non si deve però trascurare che l'art. 31, comma 9° si chiude con un'ultima precisazione, di carattere transitorio e quindi apparentemente neutro, che rende la certificazione il vero puntello di tutta l'operazione di rilancio dell'arbitrato per le controversie di lavoro. Infatti l'art. 31, comma 9° prevede che, decorsi 12 mesi dall'entrata in vigore della riforma senza che vi sia nessun intervento della contrattazione collettiva, la clausola compromissoria possa comunque essere inserita nel contratto individuale secondo modalità previste da un decreto del Ministro del lavoro, adottato dopo

---

naturalmente, di un minore contenuto professionale dell'attività certificatoria, quanto piuttosto nel senso che la funzione pubblica della certificazione dei contratti viene affidata ad organismi di autogoverno di una categoria professionale che non danno alcuna garanzia di valutazioni imparziali o comprensive di interessi diversi e contrapposti, come, seppure con qualche forzatura, sembrano essere le valutazioni effettuate dagli altri certificatori. Basti al riguardo rilevare che non si può affatto escludere che delle Commissioni destinatarie di una determinata istanza di certificazione possa far parte un consulente del lavoro cui normalmente ricorre l'impresa che stipula il contratto da certificare; ed il parere espresso in sede collegiale, presumibilmente coincidente con il parere fornito al proprio cliente, non è destinato istituzionalmente a confrontarsi con nessun altro punto di vista se non quello di colleghi che dovrebbero sollevare obiezioni basate unicamente sulle proprie diverse convinzioni. Naturalmente non è lecito dubitare della professionalità e della deontologia della categoria dei consulenti del lavoro: ma nemmeno si può nascondere che si tratta di materia complessa e per molti versi nuova, che non si presta a divergenze di opinioni risolvibili in modo chiaro ed oggettivo. E' dunque plausibile immaginare che un determinato punto di vista, reso più solido da un preciso rapporto professionale, difficilmente potrebbe essere contrastato e ribaltato in seno ad un organo collegiale monocategoriale. Con questo non si vuole sostenere che la certificazione affidata ai Consigli provinciali dei consulenti del lavoro sia necessariamente viziata da "parzialità professionale": ma è indubbio che la presenza nel Consiglio che effettua la certificazione di un professionista che svolge più o meno abitualmente la sua attività per l'impresa che chiede la certificazione potrebbe gravemente inficiare l'imparzialità dell'attività amministrativa affidata dal legislatore.

aver sentito le parti sociali. Ferma restando la necessità di conoscere i contenuti di questo eventuale decreto, mi pare abbastanza evidente che l'assetto legislativo è tale per cui la certificazione, anche senza alcuna previsione da parte della contrattazione collettiva, può diventare l'unica vera base legale minima per consentire l'arbitrato di equità in materia di lavoro. Nel giro di qualche anno, si è così passati da vietare tassativamente l'arbitrato di equità per le controversie di cui all'art. 409, c.p.c. a consentirne la previsione anche solo attraverso una clausola del contratto individuale. L'autonomia individuale – fumosamente avvolta in un procedimento amministrativo dalle incerte fattezze – diviene così il canale per far transitare la disciplina di un rapporto di lavoro dall'universo della norma inderogabile a quello della regolamentazione affidata all'equità arbitrale (seppure rafforzata con una più marcata professionalizzazione e proceduralizzazione della giurisdizione privata, che però non risolve al meglio problemi molto seri, come la maggiore onerosità del processo per le parti<sup>(60)</sup>). Può la certificazione, istituito nuovo dai fragili contorni, fungere da solido legame tra due assetti sistematici così distanti tra loro?

## **10. Le *liaisons dangereuses* e l'incerto rilancio dell'arbitrato nelle controversie di lavoro.**

In definitiva, pur comprendendosi come l'ansia modernizzatrice possa aver indotto alla soluzione descritta, a me pare che molti, troppi siano i pericoli in essa racchiusi. Vediamone i principali:

a) la contrattazione collettiva può facilmente essere messa fuori causa da un circuito regolativo di tipo amministrativo (decreto ministeriale) che incide autoritativamente su un diritto individuale costituzionalmente protetto. Con ogni probabilità la contrattazione collettiva, dovendosi concludere entro dodici mesi, sarà indotta ad eludere i problemi che derivano dalla diversità di posizioni – marcate sul punto<sup>(61)</sup> - tra le varie organizzazioni sindacali "comparativamente più rappresentative sul piano nazionale". Ciò può produrre sia contratti lacunosi, in quanto affrettati; sia vere e proprie lacune contrattuali per talune categorie; sia accordi separati, cioè non sottoscritti da sindacati anche consistenti (come la Cgil), con conseguente incertezza sull'efficacia giuridica dei contratti. Allo stato è davvero difficile

---

<sup>(60)</sup> C.A.Nicolini, cit., 578.

<sup>(61)</sup> Si veda emblematicamente, la posizione CISL espressa da G. Santini, *Controversie di lavoro: più spazio alla contrattazione collettiva*, in [www.Adapt.it](http://www.Adapt.it) del 10 febbraio 2010; e l'appello del 22 gennaio 2010 contro il ddl 1441-quater "*Fermiamo la controriforma del diritto del lavoro*", in [www.cgil.it](http://www.cgil.it)

prevedere quali possano essere le dinamiche negoziali che si svilupperanno nei dodici mesi previsti in tutti gli ambiti interessati. Né appare da trascurare che la eventuale scarsa qualità o lacunosità della contrattazione collettiva si ripercuoterà in modo specifico almeno su uno dei circuiti della certificazione, cioè quello affidato agli enti bilaterali, che hanno pur sempre una matrice sindacale, indebolendo proprio il soggetto certificatore più a diretto contatto con i contesti socio-organizzativi come con i lavoratori da assistere. Ciò vuol dire rinunciare ai percorsi socio-istituzionali che potrebbero innervare le riforme legislative su corpi socialmente più coesi, presupposto indispensabile per attrarre vera fiducia nei nuovi e delicati istituti giuridici. Insomma fare a meno di un solido ponte contrattuale è una scelta che potrebbe mettere di nuovo a rischio il rilancio dell'arbitrato;

b) puntare in modo prevalente sul contratto individuale certificato costituisce comunque un azzardo sistematico. I motivi sono almeno due. Il primo è che non sembrano sussistere sufficienti garanzie istituzionali affinché l'attività amministrativa delle commissioni di certificazione configurino un effettivo rafforzamento di manifestazione della consapevole volontà individuale con un oggetto tanto delicato da mettere a rischio l'intero edificio della normativa di tutela del lavoratore. Il secondo motivo è che tale certificazione avverrà probabilmente al momento dell'assunzione del lavoratore oppure, più plausibilmente, della "transizione" da un contratto precario/flessibile ad uno a tempo indeterminato, cioè in relazione a vicende negoziali in cui più accentuato è lo squilibrio tra le due parti contrattuali.

Se si valutano attentamente questi delicatissimi aspetti, non si può affatto escludere che, seppure con l'intervento delle commissioni di certificazione, la clausola compromissoria diventi una sorta di clausola di stile, sulla quale il lavoratore non sarà posto in condizione di esprimere neanche un vero e proprio dissenso. Una volta inserita nel contratto, soprattutto se a tempo indeterminato, la clausola diverrà però a tutti gli effetti vincolante per le parti, determinando la possibile devoluzione di ogni controversia che dovesse successivamente insorgere ad arbitri che decideranno secondo equità. Inoltre - non essendo con linearità applicabile alla clausola del contratto individuale l'art. 5, comma 1°, l. n. 533/1973, nella parte in cui impone ai *contratti collettivi* di non pregiudicare la facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria - non vi è nessun limite certo alla configurazione negoziale del ricorso all'arbitrato: cioè si "lascia intendere che...il ricorso alle commissioni (di certificazione) consentirà di vincolarsi sin

dal momento della stipula del contratto”<sup>(62)</sup>. Se non ci si arresta al dato puramente giuridico-formale – come impone la migliore tradizione culturale del giurista del lavoro - non può non vedersi in questo assetto normativo il rischio che l’inserimento della clausola arbitrale sia frutto di un’imposizione fattuale nella quale non è poi così strambo rinvenire i tratti dell’arbitrato obbligatorio, che la Corte Costituzionale ritiene, com’è noto, in contrasto con l’art. 24, Cost. (v. la nota sentenza 4 luglio 1977, n. 127);

c) infine, non è ben chiaro come concretamente l’arbitrato secondo equità vada ad incidere sul sistema giuridico di riferimento. L’opinione maggioritaria esclude infatti che “equità” possa significare creazione arbitrale della *regula iuris*; d’altronde, se così fosse, torneremmo davvero alle origini del diritto del lavoro, ritrovandoci, dopo oltre un secolo, ad affidare la regolamentazione di uno dei più importanti e standardizzati rapporti giuridici a dei novelli probiviri<sup>(63)</sup>. Con la sensibile differenza, però, della persistente vigenza di un diritto positivo ricco e complesso da destrutturare prima di poter ricostruire: operazione tutt’altro che facile e, comunque, sottoposta al controllo giudiziario per quanto riguarda il rispetto di principi e norme costituzionali e diritti indisponibili<sup>(64)</sup>. Se invece si accedesse

---

<sup>(62)</sup> C.A. Nicolini, cit., 578. Questa opinione è stata espressa con riguardo ad una diversa formulazione della norma del ddl 1167-b (si trattava dell’art. 24, comma 6° ddl 1167); allo stato l’art. 31, comma 9 contiene un rinvio “alle modalità di espletamento dell’arbitrato di cui agli articoli 412 e 412 quater, c.p.c.”; e l’art. 412 quater, comma 1°, modificato dall’art. 31, comma 7° ddl 1167-B, per un verso ripete la nota formula “ferma restando la facoltà delle parti di adire l’autorità giudiziaria”, mentre, per altro verso, non contiene più l’inciso finale secondo cui “è nulla ogni clausola del contratto individuale di lavoro o comunque pattuita che obblighi una parte o entrambe a proporre le controversie... al collegio di conciliazione e arbitrato o che ponga limitazioni a tale facoltà”. Resta perciò assai dubbio che con il rinvio del comma 9 “alle modalità di espletamento” si voglia esplicitamente salvaguardare la facoltà delle parti di adire l’autorità giudiziaria anche con riferimento alla clausola compromissoria certificata. Una risposta negativa a tale dubbio accentuerebbe molto i profili di incostituzionalità rilevati nel testo.

<sup>(63)</sup> Anche se, per la verità, neanche i probiviri “creavano” la norma, ma dovevano “costruirla” tenendo conto dei principi di diritto, degli usi, dei concordati di tariffa. Efficace al riguardo una citazione di Carlo Lessona che invitava le giurie “a sfruttare il più possibile il diritto vigente che è pieno di risorse svariate e quasi inesauribili, prima di abbandonarsi alle ande malfide di una equità vaporosa e tutta soggettiva”: in P. Passaniti, *Storia del diritto del lavoro. I. La questione del contratto di lavoro nell’Italia liberale (1865-1920)*, Milano 2006, 371. Sembrerebbe poi che sia andata proprio così, con sensibili differenze tra regole sui rapporti individuali e regole sui rapporti collettivi: v., pur con opinioni diverse, L. Castelvetro, *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano 1994, 193 ss.; U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna 1995, 89 ss.; I. Piccinini, *Equità e diritto del lavoro*, Padova 1997, 45 ss.

<sup>(64)</sup> V. G. Verde, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, Torino 2006, 143 ss.

all'opinione maggioritaria, secondo cui l'equità fonda essenzialmente un potere arbitrale di "correggere" la norma da applicare alla luce di "valori oggettivi, già emersi nel contesto sociale di cui si tratta, ma non ancora tradotti in termini di legge scritta"<sup>(65)</sup>, il rilancio dell'arbitrato per le controversie di lavoro si incamminerebbe su un terreno assai sdruciolevole per la certezza del diritto, reso ancor più infido dall'aver indebolito o affrettato anche la contrattazione collettiva, che potrebbe utilmente orientare la discrezionalità delle correzioni arbitrali. Insomma forte è il rischio di alimentare, anziché contenere, il contenzioso anche giudiziario con tutte le relative incertezze e di allontanare ancora una volta il tempo di un serio rilancio dell'arbitrato in materia di lavoro.

---

<sup>(65)</sup> F. Galgano, *Dialogo sull'equità*, in G. Alpa (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Torino 1999, 385.