

I Libri e le Monografie di VTDL

Diretta da

E. Gragnoli - J.A. Fernández Avilés - F. Marhold - M. Miscione - M. Ricci



MONOGRAFIE

Maria Barberio

La certificazione dei contratti di lavoro tra autoregolazione e certezza del diritto

Prefazione di Edoardo Ales



G. Giappichelli Editore

I **Libri** e le **Monografie** di VTDL

Diretta da

E. Gagnoli - J.A. Fernández Avilés - F. Marhold - M. Miscione - M. Ricci

Monografie – 6

Maria Barberio

La certificazione dei contratti di lavoro tra autoregolazione e certezza del diritto

Prefazione di Edoardo Ales



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4613-6
ISBN/EAN 978-88-921-7878-6 (ebook - pdf)

*I volumi pubblicati nella presente collana sono assoggettati a procedura di refe-
raggio doppio cieco (double blind peer review), mediante invio dell'opera a due
valutatori anonimi.*

*Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza, Univer-
sità degli Studi di Modena e Reggio Emilia.*

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/
fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della
legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per
uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata
da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108,
20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

A mio nonno

Prefazione

Alla soglia dei vent'anni dalla sua introduzione, la certificazione dei contratti di lavoro e di appalto, partita in sordina tra mille critiche e perplessità, tuttora nutrita da parte della dottrina, ha ormai dimostrato tutta la sua vitalità ed efficacia, soprattutto per merito di quei docenti di Diritto del Lavoro che, presiedendone le Commissioni, istituite negli atenei e nelle loro fondazioni, le hanno conferito il livello più elevato di autorevolezza.

Maria Barberio, nella monografia mi accingo ad illustrare, si è fatta meritoriamente carico di ragionare in maniera sistematica dell'istituto e dell'esigenze che il legislatore ha inteso soddisfare con la sua introduzione, figlia di un fortunato connubio tra riflessione scientifica innovativa e legislazione lungimirante che ha saputo sopravvivere persino al vile e barbaro assassinio del suo massimo propugnatore. Con pervicacia il legislatore ne ha portato a termine il disegno riformatore, in questo aiutato dall'instancabile sforzo di coloro che, con tenacia, hanno saputo concretizzare l'intuizione originaria di Marco Biagi.

Proprio dall'indagine delle esigenze di certezza del diritto, bene supremo e al tempo stesso concetto utopico e sfuggente, parte l'Autrice, approfondendone con cura ma senza inutile sfoggio erudito l'essenza e le sue innumerevoli manifestazioni con precipuo riferimento all'ambito giuslavoristico. In una simile prospettiva, la certezza del diritto, messa a dura prova dalla "vivacità della dimensione sociale moderna" è persa, per una pur breve stagione trovare rimedio nella via della volontà individuale assistita, proposta, senza la fortuna che probabilmente avrebbe meritato, da Antonio Vallebona. Di questa effimera stagione dà conto con padronanza l'Autrice, sposando l'idea che la certezza del diritto del lavoro costituisca, comunque, "una esigenza da recuperare" e che la certificazione dei contratti di lavoro e d'appalto costituisca una possibile soluzione di carattere procedurale all'incertezza qualificatoria sul piano giuridico e, quindi, delle tutele, del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni.

Il bilancio che l'Autrice traccia, in sede introduttiva, dell'istituto della certificazione è positivo, come confermato dall'indubbia *vis expansiva* testimoniata dall'uso ripetuto che ne ha fatto il legislatore nel ventennio quasi trascorso dalla sua prima introduzione.

Secondo l'Autrice il segreto del successo della certificazione sta nella solida riflessione teorica posta alla base dell'istituto che ha saputo superare nelle

preferenze del legislatore persino da proposta estrema delle derogabilità assistita generale, riuscendo a garantire il necessario equilibrio tra autonomia delle parti e certezza dell'applicazione delle tutele attraverso la corretta qualificazione del rapporto, nella forma infine emersa nel Libro Bianco sul mercato del lavoro e nella realizzazione legislativa dei principi ivi affermati nelle varie tappe che ne hanno caratterizzato l'evoluzione, fino al cosiddetto Collegato Lavoro, il quale, meritoriamente per quanto concerne la certificazione, ha portato a compimento il disegno riformatore.

Da questo punto di vista, come efficacemente evidenziato dall'Autrice, il *Jobs Act* ha semplicemente raccolto, facendone ampio ma ragionato uso, i frutti della stagione precedente, enfatizzando la natura "poliedrica" della certificazione; la sua versatilità, potremmo dire e le sue potenzialità non ancora del tutto espresse nella legislazione del 2015, come confermato dai più vari, recenti utilizzi. Come l'Autrice puntualmente evidenzia, non mancano, tuttavia, i pericoli per il futuro della certificazione, che hanno preso corpo recentemente nella sconsiderata estensione della negoziazione assistita alle controversie di lavoro.

Proprio la puntuale analisi critica del procedimento di certificazione, però, dettagliatamente articolato dal legislatore, e il suo essere sospeso tra volontarietà tendenziale e obbligatorietà puntuale, in particolare con riferimento allo svolgimento della prestazione lavorativa in ambienti confinati e sospetti di inquinamento, consente all'Autrice di ribadire l'unicità della certificazione stessa rispetto ai suoi surrogati.

Ed è, più precisamente, dall'indagine accurata dei soggetti ovvero delle diverse tipologie di Commissioni di certificazione, a partire da quelle universitarie, che emerge come la certificazione sia ormai un sistema ramificato che innerva lo scenario giuslavoristico e di relazioni industriali, considerato l'inserimento degli enti bilaterali tra i soggetti abilitati a costituirle. Senza sottovalutare la scelta del legislatore di coinvolgere direttamente le autorità pubbliche e amministrative, alle quali aggiungere i consulenti del lavoro, a completamento di un novero di soggetti il più ampio possibile. Un sistema difficilmente superabile in rappresentatività di tutte le componenti che possono concorrere alla formazione consapevole e condivisa della volontà delle parti, rispettosa dei dettami normativi e delle tipizzazioni imposte dal legislatore ma non restia nello sperimentare soluzioni innovative di confine.

D'altro canto, la competenza territoriale illimitata degli organi certificatori costituisce un ulteriore elemento di forza del sistema ramificato; e lo stesso può dirsi della loro sinergia, anche alla luce di alcune meritorie iniziative di collegamento, rinvenibili, soprattutto, nell'ambito universitario, che finiscono

per supplire, con lo spontaneismo, ad un tendenziale disinteresse dell'autorità amministrativa preposta rispetto ad un'azione che vada oltre la mera verifica burocratica dei requisiti richiesti dal legislatore per istituire le commissioni e si occupi, anche, di elaborare codici di buone pratiche e moduli qualificatori, come, peraltro, richiesto dal legislatore.

Alla ramificazione del sistema si deve aggiungere che, al di là di alcune farraginosità burocratiche tutt'ora riscontrabili nella fase di avvio del procedimento di certificazione, opportunamente evidenziate in termini critici dall'Autrice, l'attività istruttoria delle Commissioni, talvolta utilmente affidata a sottocommissioni, costituisce, con la sua consustanziale profondità d'analisi, un'ulteriore caratteristica distintiva la quale, a fronte dell'autorevolezza e della competenza del soggetto certificatore, offre ai lavoratori un riparo efficace dai rischi di coercizione o distorsione della volontà. Peraltro, nel porre in essere l'attività istruttoria, la Commissione può svolgere utilmente una funzione consulenziale che conforti i datori di lavoro rispetto alla correttezza delle loro scelte e dei suggerimenti che eventualmente abbiano ricevuto.

Ovviamente, la certificazione, in quanto atto amministrativo e non privato, come opportunamente ribadito dall'Autrice, spicca per la sua efficacia, persino retroattiva, laddove così riconosciuto dal soggetto certificatore, per le parti che l'hanno richiesta, inibite rispetto alla modifica unilaterale della qualificazione ottenuta, se non all'esito del tentativo obbligatorio di conciliazione da esperirsi di fronte al medesimo soggetto certificatore; ma anche e, potremmo dire, soprattutto, nei confronti delle autorità amministrative e giudiziarie, alle quali la certificazione preclude la possibilità di irrogare sanzioni, anche penali, derivanti dall'erronea qualificazione del rapporto, se non una volta rimosso l'atto di certificazione con le modalità previste dalla legge ovvero a seguito dell'ottenimento di una pronuncia contraria adottata dall'autorità giudiziaria competente. Anche sulla natura provvisoria o definitiva della pronuncia, l'Autrice svolge opportune considerazioni che sposano la tesi estensiva rispetto a quella che ne richiede il passaggio in giudicato.

Risulta, quindi evidente la rilevanza del tema dell'impugnazione dell'atto di certificazione, nei suoi aspetti stragiudiziali e giudiziali, ai quali l'Autrice dedica un'ampia e organica trattazione, non prima di averne sottolineato la complessità che supera e, in qualche modo, vanifica le ambizioni sistematiche del legislatore, volte a conciliare la giurisdizione lavoristica sui contenuti dell'atto con la natura amministrativa dello stesso. Un elemento di contraddizione genetico che viene evidenziato con chiarezza e preoccupazione dall'Autrice per le evidenti conseguenze divisive che produce nelle formazioni delle posizioni della dottrina e, soprattutto, della giurisprudenza.

Rispetto a questa complessa tematica, appare efficace l'articolazione della trattazione in tre sezioni, la quale evidenzia, nella prima, la volontà del legislatore di prevedere una camera di compensazione degli eventuali disallineamenti sopravvenuti tra le parti all'esito di uno svolgimento del rapporto non conforme a quanto certificato. Di questa fase stragiudiziale obbligatoria, da svolgersi, come noto, di fronte al medesimo soggetto certificatore, l'Autrice, dopo aver sottolineato il valore aggiunto della conoscenza approfondita della questione da parte della Commissione, evidenzia le difficoltà qualificatorie in termini di tentativo di conciliazione, soprattutto nel caso in cui in discussione sia proprio la qualificazione del rapporto alla luce di uno svolgimento che si discosta da quanto dichiarato e sottoscritto dalle parti in sede di certificazione, anche all'esito degli accertamenti e delle contestazioni operate dagli organismi ispettivi. Circostanze, queste, che portano l'Autrice ad avanzare l'ipotesi della autotutela doverosa che, evidentemente esclude qualsiasi riferimento alla conciliazione in senso tecnico.

La qualificazione del tentativo di 'conciliazione' come (sempre) obbligatorio impone, poi, all'Autrice di investigare con la dovuta attenzione le conseguenze della sua omissione, soprattutto qualora non si aderisca alla tesi dell'autotutela doverosa. Nel qual caso, ribadito che il mancato esperimento del tentativo di conciliazione, se non tempestivamente rilevato, non travolge l'esito processuale, l'Autrice si schiera nettamente per la tesi favorevole all'improcedibilità della domanda, dedicando, però, spazio adeguato anche a quella della improponibilità nonché evidenziando il permanere di non indifferenti aspetti di criticità della prima, riconducibili al riferimento in via analogica alla disciplina generale del tentativo obbligatorio di conciliazione.

Nonostante l'Autrice proponga e sposi la tesi dell'autotutela doverosa, correttamente, dedica un'ampia e accurata trattazione ai dubbi interpretativi che sono sorti rispetto alle vicende e all'esecutività del verbale di conciliazione nonché alle conseguenze, in caso di eventuale prosieguo della controversia, del comportamento tenuto dalle parti innanzi alla commissione di certificazione.

Proieguo della controversia al quale l'Autrice dedica la seconda sezione del capitolo relativo alle impugnazioni, analizzando con dovizia di particolari temi cruciali quali la competenza, per materia e territoriale, del giudice del lavoro nonché la legittimazione attiva e passiva e i casi di litisconsorzio.

Nella prospettiva dell'impugnazione giudiziale, l'Autrice si concentra sulle conseguenze che il controverso rapporto tra contratto certificato e atto di certificazione produce in termini di azione, con specifico riferimento alla tensione tra autonomia e commistione dei due per ciò che concerne i vizi dell'uno e dell'altro, in un quadro normativo che sembrerebbe ricondurli tutti all'atto e

non al contratto, mettendo così in discussione le prerogative di intervento del giudice del lavoro su quest'ultimo, in assenza di una decisione di annullamento del prima da parte del giudice amministrativo.

Al tema complesso della disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice del lavoro, l'Autrice dedica, quindi, una serrata esposizione delle ipotesi interpretative correnti, prendendo nettamente e condivisibilmente posizione in favore di quelle che, adottando un approccio sostanzialistico, la affermano. Di conseguenza, verrebbe da dire, il nuovo accertamento realizzato dal giudice del lavoro travolge entrambi, risultando incompatibile vuoi con il contratto di lavoro stipulato tra le parti, vuoi con la valutazione del certificatore.

La prospettiva appena illustrata trova piena applicazione, evidentemente, all'impugnazione per erronea qualificazione del rapporto di lavoro, mentre, come opportunamente evidenziato dall'Autrice, una diversa prospettazione meritano la difformità del programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione, così come l'emergere di vizi del consenso. Quanto alla prima, infatti, nonostante la fuorviante lettera della legge, il vizio risulta chiaramente ascrivibile al rapporto rispetto sia al contratto che all'atto di certificazione, tant'è che l'Autrice sposa la tesi dell'azione volta a rimuovere l'effetto preclusivo prodotto dall'atto stesso che il contenuto di quest'ultimo. Per i vizi del consenso, invece, essi, pur riferendosi al contratto, dovrebbero essere stati esclusi dal certificatore in sede di audizione e, dunque, ove accertanti dovrebbe produrre il medesimo effetto travolgente riferito all'erronea qualificazione, effetto che, in linea generale, si produce *ex nunc* o *ex tunc* a seconda delle circostanze di fatto relative al singolo rapporto.

Un tema sul quale il legislatore tace è quello dell'efficacia probatoria della certificazione nel processo. L'Autrice, rifiutata la tesi dell'inefficacia probatoria, molto opportunamente, vi dedica un'ampia riflessione, nella quale mette a confronto la ricostruzione della vicenda in termini di presunzione relativa e la tesi della 'prova privilegiata', contestando in radice, come erronea, l'apparente coincidenza tra "piena forza legale", efficacia inibitoria ed efficacia probatoria della certificazione. Confutata, convincentemente, la tesi della presunzione relativa, l'Autrice, arditamente, si cimenta con quella della 'prova privilegiata' per la quale non nasconde la propria inclinazione, pur consapevole della forzatura di fondo legata alla natura amministrativa dell'atto di certificazione che dovrebbe ridurlo ad argomento di prova. Tuttavia, secondo l'Autrice, proprio la fiducia riposta dal legislatore nella certificazione impone di rischiare il 'salto' verso la prova quasi piena, proponendo un interessante parallelismo tra commissioni di certificazione e autorità amministrative indipendenti, senza, per questo, far rientrare le prime nel novero delle seconde ma sottolineandone

gli elementi di similitudine funzionale, soprattutto in termini di competenza tecnica.

Il terzo aspetto relativo alle impugnazioni, che coincide, nella trattazione dell'Autrice, con la terza sezione del relativo capitolo, è, finalmente, il ricorso al giudice amministrativo, rispetto al quale emerge confermata una notevole diffidenza, almeno nella formulazione esplicita e claudicante confezionata dal legislatore, il quale avrebbe fatto meglio a tacere e a lasciare che la natura di atto amministrativo della certificazione producesse i suoi naturali effetti. Soprattutto senza specificare alcunché rispetto all'eccesso di potere e dando per scontato che, trattandosi di un procedimento amministrativo, anche la puntualizzazione sui relativi vizi risulta pleonastica. Ciononostante, l'Autrice si cimenta in una esauriente disamina delle anomalie e delle criticità rinvenibili nell'assetto legislativo, soffermandosi, in particolare, proprio sull'eccesso di potere, una volta esclusa, con dovizia di motivazioni, la pregiudiziale amministrativa, in coerenza con quanto affermato in materia di disapplicazione dell'atto da parte del giudice del lavoro.

Quanto all'eccesso di potere l'Autrice fa propria la tesi che lo vede realizzato, in autonomia rispetto ai vizi denunciabili di fronte al giudice del lavoro, allorquando venga in rilievo il diniego, senza congrua motivazione, della procedura certificativa, pur nella consapevolezza che si possa piuttosto trattare di una violazione di legge.

Il volume si conclude con un'ampia trattazione delle ipotesi d'intervento delle Commissioni di certificazione diverse dalla qualificazione dei contratti di lavoro tra subordinazione e autonomia, a conferma del carattere proteiforme ormai assunto dalla certificazione stessa; ipotesi che vengono condivisibilmente articolate dall'Autrice in tre tipologie funzionali, riferite, rispettivamente, alla disposizione e regolazione assistita, alla qualificazione assistita e alla certificazione come strumento di *compliance* e legalità.

Della prima tipologia, l'Autrice, del tutto condivisibilmente, enfatizza la rilevanza delle Commissioni di certificazione quali sedi protette di rinuncia e transazione, sottolineando gli effetti contrari allo stesso riconoscimento della funzione dispositiva, prodotti dall'interpretazione che nega l'inoppugnabilità a quelle concluse in dette sedi. In tema di derogabilità assistita, l'Autrice evidenzia come la sua introduzione mediante la novella all'art. 2013 comma 6 cod. civ. ne affermi la cittadinanza nel sistema giuslavoristico italiano.

Sempre della prima tipologia ma nella prospettiva della regolazione assistita, l'Autrice analizza le ipotesi del contratto a termine e del regolamento di cooperativa, non prima di aver riflettuto approfonditamente sull'attività di consulenza e assistenza delle parti, quale preludio anche di tipo rimediabile, attri-

buendo al mancato svolgimento di quell'attività la natura di vizio dell'atto di certificazione da sottoporre alla valutazione del giudice amministrativo. Rispetto all'apposizione del termine, non espressamente prevista quale oggetto di certificazione e al deposito/contenuto del regolamento di cooperativa, l'Autrice sottolinea, per il primo, la funzione deflattiva diretta, per il secondo, atto unilaterale, l'effetto benefico indiretto, in quanto modello certificato dei successivi contratti di lavoro subordinato o autonomo stipulati dalla medesima cooperativa.

Ancora nella prima tipologia si collocano le interessanti e innovative riflessioni dell'Autrice su quella che definisce rinegoziazione assistita, la quale potrebbe trovare efficace utilizzo nei casi in cui le parti lamentino il prodursi di uno squilibrio contrattuale durante lo svolgimento del rapporto di lavoro derivante dall'inserimento nel contratto stesso di clausole generali. In simili circostanze, il giudice chiamato a dirimere la controversia potrebbe suggerire alle parti di rivolgersi alle Commissioni di certificazione per essere assistite nella rinegoziazione degli elementi controversi. Rimanendo in tema di clausole generali, ancora una volta eventualmente inserite nel contratto individuale, la certificazione farebbe assumere loro la valenza di prova privilegiata, in linea con quanto già sostenuto dall'Autrice in generale per il relativo atto. Da ultimo ma non per ultimo, l'Autrice propone e auspica il ricorso alla certificazione per le clausole c.d. abusive che potrebbero rinvenirsi nei contratti di lavoro autonomo non imprenditoriale, con l'evidente intento di escluderne l'introduzione, a seguito dell'assistenza fornita dalle commissioni.

Alla tipologia della qualificazione assistita sono ricondotte le ipotesi relative alla certificazione dei contratti di appalto e dell'assenza di eterorganizzazione nelle collaborazioni coordinate e continuative, anche prestate mediante piattaforma. Come ricorda l'Autrice, la genuinità dell'appalto costituisce uno degli ambiti d'elezione della certificazione, chiamata alla difficile opera di applicazione concreta dei complessi indici giurisprudenziali e, dunque, a svolgere un ruolo cruciale sia nella deflazione del contenzioso che nella realizzazione dell'aspirazione di certezza del diritto più volte fatta propria dall'Autrice. Ella, si impegna in un'accurata operazione di sistematizzazione e ricerca critica nella quale il riferimento in negativo è necessariamente costituito dall'interposizione illecita che potrebbe celarsi dietro l'appalto non genuino. Per l'eterorganizzazione, l'Autrice sottolinea la negatività dell'accertamento da parte della Commissione, cui segue la conferma della qualificazione originariamente voluta dalle parti ovvero di collaborazione autonoma nonché l'essere l'intervento concentrato sullo svolgimento presente o futuro del rapporto a rischio di riqualificazione giudiziale.

Alla terza ed ultima tipologia funzionale l'Autrice riconduce le ipotesi di ricorso alla certificazione come strumento di *compliance* e legalità, in ambito di responsabilità sociale, salute e sicurezza sul lavoro, liceità dell'esecuzione della prestazione lavorativa ed uguaglianza di genere, a conferma conclusiva della poliedricità e potenzialità pressoché illimitate di un istituto tuttora ingenerosamente oggetto di profonde diffidenze di carattere eminentemente ideologico.

Capitolo I

Origine ed evoluzione normativa dell'istituto della certificazione dei contratti di lavoro

SOMMARIO

1. La proposta di una derogabilità assistita generalizzata. – 2. L'ipotesi per la predisposizione di uno "Statuto dei lavori": lo stretto legame tra la certificazione e la rimodulazione delle tutele. – 2.1. (segue) La rimodulazione delle tutele nella "bozza Biagi". – 2.2. (segue) Il peculiare tentativo di conciliazione sul contratto certificato previsto nella c.d. "bozza Biagi". – 3. Il d.d.l. "Smuraglia" e il progetto di legge per uno "Statuto dei lavori" del 1998: un confronto, ancora attuale, sulle metodologie qualificatorie. – 4. Dal d.d.l. della "Commissione Zamagni" al Libro Bianco. – 5. L'introduzione normativa della certificazione dei contratti di lavoro: il decreto n. 276/2003. – 6. Le novità introdotte dal "Collegato lavoro": l'allargamento dello spettro delle funzioni delle Commissioni di certificazione. – 7. Il *Jobs Act*: la certificazione come istituto poliedrico. – 8. La certificazione e le ultime riforme del lavoro. – 9. Il rapporto tra negoziazione assistita e certificazione alla luce della riforma del processo civile.

1. *La proposta di una derogabilità assistita generalizzata*

Nell'ordinamento giuridico italiano, prima dell'introduzione dello strumento certificatorio, avvenuta con il decreto n. 276/2003, il sistema della derogabilità assistita¹ era relegato quasi unicamente alla disciplina delle rinunzie e transazioni².

¹ Sulla derogabilità assistita, senza alcuna pretesa di esaustività, v. LAMBERTUCCI P., *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Cedam, Padova, 1990; AA.VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, *Atti del X Convegno nazionale di Diritto del lavoro-Udine 10-11-12 maggio 1991*, Giuffrè, Milano, 1994; VOZA R., *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007; ID., *Norma inderogabile ed autonomia individuale assistita*, in *DLRI*, 1998, LXXIX 603 ss.; PELLACANI G., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro. La divergenza fra il programma contrattuale ed il concreto atteggiarsi del rapporto*, Giappichelli, Torino, 2002; ALLEVA P., ANDREONI A., ANGIOLINI V., COCCIA F., NACCARI G., *La delega al Governo per il mercato del lavoro: un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti*, in AA.VV., *Lavoro: ritorno al passato*, Ediesse,

Alla base del mancato sviluppo di un modello generalizzato di volontà assistita vi erano importanti ritrosie, legate alla convinzione che la debolezza contrattuale del lavoratore potesse trovare adeguata tutela soltanto mediante il ricorso alle norme inderogabili, di legge e di contratto collettivo, il cui baluardo era rappresentato dal controllo successivo dell'autorità giudicante.

Roma, 2002, 87 ss.; ROMEO C., *Rilancio dell'autonomia privata nel diritto del lavoro e certificazione dei rapporti*, in *LG*, 2003, 112 ss.; SPEZIALE V., *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, I, 1, 277 ss.; TURSI A., *La "volontà assistita" nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *DRI*, 2004, II, 247 ss.; AA.VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme: atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro*, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004, Giuffrè, Milano, 2005; GRAGNOLI E., *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, in *RIDL*, 2005, I, 1, 83 ss.; DELL'OLIO M., *Le tecniche normative nella disciplina del lavoro*, in *DL*, 2005, I, 1 ss.; BRINO V., *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in *LD*, 2006, II-III, 383 ss.; PESSI R., *Economia e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2006, II, 433 ss.; TULLINI P., *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *DLRI*, CXIX, 2008, 423 ss.; CESTER C., *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, *ivi*, 341 ss.; NOVELLA M., *L'inderogabilità nel diritto del lavoro: norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano 2009; MARESCA A., *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (rileggendo "L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro")*, in *DLRI*, 2009, CXXI, 97 ss.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ S., *L'autonomia individuale nelle origini del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012; ZOPPOLI A., *Il declino dell'inderogabilità?*, in *DLM*, 2013, I, 53 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *La regolazione del mercato del lavoro dopo il Jobs Act. – parte II – Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, in *DRI*, 2016, I, 7 ss.; ID., *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in CALCATERRA L. (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione, Le Riforme del Quinquennio 2011-2015, Studi in Onore di Raffaele De Luca Tamajo*, ESI, Napoli, 2018, II, 1359 ss.; STIZIA A., *La (in)certezza del diritto nel "Jobs Act" all'italiana: mansioni e volontà individuale assistita*, in *LG*, 2016, X, 845 ss.; RICCIO A., *I principali profili teorici e pratici della certificazione dei contratti di lavoro*, in *DLM*, 2017, III, 577 ss.; ALBI P., *Indisponibilità dei diritti, inderogabilità delle norme, effettività dei diritti nel rapporto di lavoro*, in CALCATERRA L. (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione*, *cit.*, 1063 ss.; FONTANA G., *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, in CALCATERRA L. (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione*, *cit.*, 1151 ss.; GARGIULO U., *Prime riflessioni sull'art. 2103 c.c. novellato ovvero la derogabilità della norma lavoristica ai tempi del Jobs Act*, in CALCATERRA L. (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione*, *cit.*, 1181 ss.; PERULLI A., *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in *DRI*, 2019, I, 111 ss.; LAMBERTI F., *I limiti dell'autonomia individuale del lavoratore: percorsi e prospettive tra inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Jovene, Napoli, 2020.

² Altri esempi di volontà assistita, sebbene con peculiarità proprie, erano individuati nelle dimissioni della lavoratrice in prossimità del matrimonio (art. 1, comma 4, legge. n. 7/1963), nel contratto a termine (art. 1, legge. n. 18/1978) e nella trasformazione da tempo pieno a part-time (art. 5, comma 1, legge. n. 61/2000).

Ciò spiega la natura innovativa della proposta, avanzata negli anni '90³, di un sistema di regolamentazione assistita che coinvolgesse anche la scelta del tipo contrattuale, nonché la disciplina del rapporto di lavoro e la relativa disposizione dei diritti.

Alla base dell'invito a procedere nella direzione della generalizzazione di un sistema di derogabilità assistita vi è una pluralità di considerazioni, in parte già analizzate nella disamina sulla crisi della certezza del diritto del lavoro.

In prima battuta si rileva come l'inderogabilità delle norme giuslavoristiche finisca per penalizzare quei lavoratori che, essendo dotati di un importante peso contrattuale, potrebbero avere margini per definire condizioni di lavoro maggiormente vantaggiose⁴. In altri termini, alcuni lavoratori pagherebbero il costo della standardizzazione delle condizioni di lavoro che non consente loro di ottenere attribuzioni parametrare alla forza contrattuale di cui sono dotati.

In seconda istanza si osserva che l'inderogabilità rappresenta un forte costo, anche in termini di certezza del diritto del lavoro, sotto un duplice profilo. Preliminarmente, l'incertezza deriverebbe dall'impossibilità di indagare *ex ante* la volontà delle parti, nel senso di una verifica tanto dell'aderenza delle pattuizioni negoziali ai loro interessi quanto della genuinità dell'adesione alle stesse. L'incertezza, poi, sarebbe causata dalla fisiologica dubbietà che accompagna il precetto inderogabile, riflesso della sua portata generale e astratta.

In sede di derogabilità assistita si potrebbe, quindi, appurare la volontà delle parti e costruire un regolamento negoziale che rappresenti una distribuzione ottimale delle loro risorse; al contempo, si potrebbe tentare di fornire un'interpretazione di carattere generale circa la portata e l'estensione delle norme inderogabili, che un sistema siffatto non intende del tutto superare.

Da queste considerazioni muove, quindi, la proposta dottrinale di creare, nel momento genetico del rapporto di lavoro, una disciplina individualizzata e certa, sottratta al controllo successivo del giudice in quanto oggetto di preventivo vaglio di conformità in sede amministrativa⁵. Il giudice potrebbe, in questa prospettiva, unicamente sindacare eventuali discrasie tra la fase costitutiva ed esecutiva del rapporto di lavoro, ma non sarebbe possibile «la mera denuncia di invalidità della volontà originariamente manifestata». Ciò deter-

³ L'ideazione della regolamentazione assistita viene attribuita a VALLEBONA A., *Norme inderogabili e certezza del diritto: Prospettive per la volontà assistita*, in DL, 1992, VI, 480 ss.

⁴ Un accenno a lavoratori di questo genere può essere rinvenuto nell'art. 35, comma 8, decreto n. 81/2015, in materia di somministrazione.

⁵ VALLEBONA A., *Norme inderogabili*, cit., 480.

minerebbe, in tutta evidenza, importanti riflessi in tema di deflazione del contenzioso.

La primigenia intuizione sulla derogabilità assistita, così descritta nelle sue linee essenziali, aveva, quindi, natura composita, non mirando unicamente a introdurre nel sistema una modalità di stabile qualificazione del rapporto di lavoro, bensì prevedendo la possibilità di implementare la certezza del diritto del lavoro mediante la costruzione di un regolamento contrattuale personalizzato.

2. *L'ipotesi per la predisposizione di uno "Statuto dei lavori": lo stretto legame tra la certificazione e la rimodulazione delle tutele*

La mozione sulla derogabilità assistita venne trasfusa in una proposta legislativa soltanto nel 1996⁶. Si trattava di un documento denominato «Ipotesi per la predisposizione di uno "Statuto dei lavori"⁷, elaborato in sede ministeriale, su indicazione di Tiziano Treu e sotto la direzione scientifica di Marco Biagi⁸, poi sfociato il 25 marzo 1998 nel progetto di legge per uno "Statuto dei lavori"⁹ ("c.d. bozza Biagi" – mai tradotto in un disegno formale di legge.

In tal progetto di legge, la derogabilità assistita veniva a realizzarsi mediante un meccanismo di "certificazione" che traeva le mosse dagli obblighi di in-

⁶ Per una ricostruzione storica dell'istituto v. altresì AVONDOLA A., *Legge, contratto e certificazione nei rapporti di lavoro*, Jovene, Napoli, 2013, 93 ss.

⁷ Sulla proposta, senza alcuna pretesa di esaustività, BIAGI M., TIRABOSCHI M., *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, in AA.VV., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *DLRI*, 1998, 347 ss.; TREU T., *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, 317 ss.; FERRARO G., *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *DLRI*, 1998, LXXIX, 438 ss.; NAPOLI M., *Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto dei lavori*, in *DRI*, 1998, III, 297 ss.; MAGNANI M., *Verso uno statuto dei lavori*, in *DRI*, 1998, III, 314 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto dei lavori*, in *Iter legis*, 2002, I, 48 ss. DEL PUNTA R., *Statuto dei lavori e processo di riforma del diritto del lavoro*, in *Democrazia e diritto*, 2004, III, 11 ss.

⁸ Tale documento è rinvenibile in *DLRI*, 1998, 347 ss. Nel senso della individualizzazione della regolazione del rapporto di lavoro si vedano i diversi contributi di Biagi ed in particolare BIAGI M., *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in MONTUSCHI L., TIRABOSCHI M., TREU T. (a cura di), *Marco Biagi: un giurista progettuale*, Giuffrè, Milano, 2003, 149 ss. e BIAGI M., TIRABOSCHI M., *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno Statuto dei Lavori*, in *LD*, 1999, IV, 571 ss.

⁹ Per il testo integrale della bozza, v. TREU T., *Politiche del lavoro*, cit., 169-178.

formazione imposti al datore di lavoro dalla direttiva 91/533/CEE, attuata con il decreto n. 152/1997¹⁰. Difatti, per dare attuazione alle previsioni comunitarie, il legislatore italiano aveva introdotto una sorta di “certificazione” dell’avenuta instaurazione del rapporto di lavoro. Nella “bozza Biagi” si intendeva estendere siffatta previsione anche alla qualificazione del rapporto di lavoro, di modo che le parti potessero farvi affidamento.

Alla «Certificazione dei rapporti di lavoro» veniva, dunque, dedicata la Sezione I dello “Statuto dei lavori”, in cui si palesava in modo inequivoco il diretto legame tra la qualificazione del rapporto di lavoro in sede amministrativa e la riduzione del contenzioso in materia lavoristica¹¹.

Detta correlazione sarebbe stata possibile solo attraverso una stabile validazione dello schema contrattuale, attuata grazie all’autorevolezza del soggetto terzo, chiamato ad operarla nel perimetro solcato dalle norme inderogabili. D’altronde, dal punto di vista metodologico, nella “bozza Biagi” si richiamano i principi espressi in tema di qualificazione da parte della Corte costituzionale¹², a mente della quale non sarebbe concesso al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a contratti che oggettivamente abbiano tale natura, laddove ciò comporti l’inapplicabilità delle norme inderogabili dettate dall’ordinamento al fine di dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti previsti dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato. A maggior ragione «non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l’applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato»¹³.

Nella sezione I della bozza venivano, poi, enucleati i tratti essenziali della certificazione del rapporto di lavoro.

Preliminarmente la certificazione era immaginata come uno strumento, a

¹⁰ Sull’interpretazione delle disposizioni della direttiva 91/533, v. GRAGNOLI E., *Obbligo di informazione del datore di lavoro ed efficacia probatoria dei suoi atti*, in RIDL, 1998, III, 2, 440 ss.; BELLOMO S., *Obbligo di informazione sul contenuto del contratto di lavoro, richiamo alle fonti collettive e conseguenze dell’inadempimento alla luce del diritto comunitario*, in DL, 2001, II-III, 142 ss. In generale sugli obblighi di derivazione eurounitaria LUNARDON F., *Le relazioni collettive*, in (a cura di) CARINCI F., PIZZOFERRATO A., *Diritto del lavoro dell’Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2021, 471 ss. e i riferimenti ivi contenuti.

¹¹ Si veda, poi, anche il paragrafo 10 dello schema di macro-delega del 2001, la cui relazione di accompagnamento è rinvenibile in <https://moodle.adaptland.it>.

¹² V. Corte cost., 31 marzo 1994, n. 115, in MGL, 1995, 523 ss.

¹³ *Ibidem*.

carattere volontario, di qualificazione del rapporto di lavoro. L'adesione al procedimento certificatorio doveva, dunque, essere frutto di una genuina e comune scelta dei protagonisti della relazione di lavoro.

L'esito qualificatorio individuato in sede amministrativa, poi, non poteva essere totalmente sottratto al controllo giurisdizionale, diversamente da quanto era stato immaginato nell'idea originaria di derogabilità assistita generalizzata. Invero, una simile previsione difficilmente avrebbe superato indenne il giudizio di costituzionalità rispetto all'art. 24. Difatti, un conto è affermare che l'autorevolezza della sede in cui viene resa la dichiarazione negoziale sia garanzia della validità e genuinità della pattuizione, altro è escludere che questa possa essere vagliata dall'autorità giurisdizionale. E si badi, non ci si riferisce soltanto alla discrasia che può verificarsi in sede esecutiva in un tipico contratto relazionale di durata, come quello di lavoro, che, invero, era già tenuta in considerazione anche dalla dottrina ideatrice dello strumento della certificazione. Il riferimento è, semmai, alla qualificazione operata nella fase genetica del rapporto, che, sebbene autorevolmente resa, deve poter essere sempre verificata in sede giurisdizionale. La qual cosa porta, sin da subito, a chiedersi quale sia l'efficacia di uno strumento il cui esito può in qualunque momento essere messo in discussione davanti al giudice e che, peraltro, anticipando esiti di cui verrà dato ampiamente conto nel prosieguo, non assume una chiara incidenza nell'ambito del carico probatorio assegnato alle parti, che continua a seguire gli ordinari canoni dettati dall'art. 2697 c.c.

In questo senso, la "bozza Biagi" parlava di un meccanismo "di tipo incentivante", in cui i benefici avrebbero dovuto superare i costi di attivazione della procedura. Quest'ultima, peraltro, per poter raggiungere gli ambiziosi traguardi di certezza del diritto e deflazione del contenzioso, avrebbe dovuto, a mente dei loro ideatori, essere accompagnata da due direttrici di riforma: la derogabilità c.d. relativa delle norme giuslavoristiche e la rimodulazione delle tutele.

Per quanto attiene alla prima, l'idea di fondo è quella per cui, dall'analisi delle norme inderogabili, emerge come non tutte le previsioni manifestino lo stesso grado di inderogabilità. Invero, la "bozza Biagi" distingue l'area dell'inderogabilità assoluta da quella relativa. La prima ricorre solo nell'ambito dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, rispetto ai quali deve affermarsi l'impossibilità di intervenire, in qualsivoglia forma, in termini derogatori. Al di fuori della sfera di questo "nucleo minimo di norme inderogabili"¹⁴, secondo la proposta, era possibile intervenire, in sede collettiva ovvero

¹⁴ § 7 della c.d. "bozza Biagi".

amministrativa, rimodulando le tutele in base alle reciproche esigenze di lavoratori e imprese, a partire dall'individuazione di *standard* comuni minimi.

2.1. (segue) *La rimodulazione delle tutele nella "bozza Biagi"*

Per quanto concerne, invece, la rimodulazione delle tutele, gli assetti c.d. variabili del rapporto di lavoro, ossia le condizioni di lavoro afferenti all'area della derogabilità relativa, a mente dello "Statuto dei lavori", potevano essere definiti a livello territoriale, settoriale o aziendale¹⁵, anche in deroga alle norme di legge, valorizzando altresì, mediante norme promozionali e di sostegno, il ruolo e le funzioni degli organismi bilaterali.

La rimodulazione delle tutele da parte della contrattazione collettiva¹⁶, invece, doveva basarsi, secondo la proposta di legge, su alcuni indicatori dinamici come l'andamento economico dell'impresa, del territorio o del settore di riferimento, con particolare riguardo alle situazioni di crisi aziendale e occupazionale, all'avvio di nuove attività, alla realizzazione di significativi investimenti e ai più generali obiettivi di incremento della competitività e di emersione del lavoro nero e irregolare. In adeguato conto, avrebbero dovuto, poi, tenersi le caratteristiche e la tipologia del datore di lavoro e dello stesso lavoratore con specifico riferimento all'anzianità continuativa di servizio, alla professionalità o all'appartenenza a gruppi svantaggiati ai sensi della regolamentazione comunitaria di riferimento. Specifiche modulazioni delle tutele venivano poi ipotizzate anche per i contratti a contenuto formativo o di inserimento o reinserimento al lavoro, nonché in ragione delle concrete modalità di esecuzione dell'attività lavorativa.

In questa prospettiva, dunque, la certificazione avrebbe rappresentato un benefico effetto collaterale dell'incremento della certezza intorno al modello contrattuale prescelto. Quest'ultimo avrebbe dovuto costruirsi sulla scorta di formulari e schemi, predisposti dal Ministero del Lavoro, avendo riguardo alle indicazioni giurisprudenziali relative a ogni schema contrattuale. L'efficacia del meccanismo di certificazione, dunque, dipendeva molto dalla puntualità con cui tali formulari avrebbero individuato gli indici di subordinazione.

¹⁵ In questo senso anticipando la riforma dell'art. 8, comma 2 *bis*, decreto n. 138/2011, come ricordato da TIRABOSCHI M., *L'art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi*, in *DRI*, 2012, I, 82 ss.

¹⁶ BIAGI M., TIRABOSCHI M., *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato*, cit., 588-589.

2.2. (segue) *Il peculiare tentativo di conciliazione sul contratto certificato previsto nella c.d. “bozza Biagi”*

Come ricordato, secondo l’opinione prevalente, non era possibile attribuire alla certificazione una intrinseca incontrovertibilità che fosse legata alla indiscutibilità, in sede giurisdizionale, della qualificazione raggiunta. Per ovviarvi, la “bozza Biagi” aveva previsto un tentativo di conciliazione presso l’organo che aveva reso la certificazione con il precipuo scopo di avviare un dialogo sulla stessa che finisse per riconoscerle, in qualche modo, una patina di stabilità.

L’organo amministrativo certificante doveva, quindi, svolgere, nel caso di insorgenza di una controversia inerente alla qualificazione del rapporto di lavoro *ex post*, anche il ruolo di “giudice” di prima istanza. In tal senso, il tentativo di conciliazione previsto assumeva, in questa prospettiva, i caratteri di obbligatorietà, ponendosi come condizione di procedibilità della domanda, similmente a quanto previsto dall’art. 410 c.p.c.¹⁷.

Nel caso di fallimento del tentativo di conciliazione, la bozza Biagi prevedeva l’attivazione di un meccanismo arbitrale del tutto simile a quello previsto dall’art. 5, comma 6, della legge n. 108/1990, ovvero il ricorso al Pretore del lavoro (oggi giudice del lavoro).

Si noti che l’ipotesi di uno “Statuto dei lavori”, nel riferirsi allo svolgimento del tentativo di conciliazione, accennava ad una fase “istruttoria”, da esperirsi innanzi alla commissione di certificazione, per l’accertamento dei fatti narrati nel ricorso. Ne deriva che alla commissione di certificazione – in veste di conciliatore – non sarebbe spettato un ruolo meramente passivo, anzi, il tentativo di conciliazione si sarebbe sostanziato, a mente della proposta, in un vero e proprio giudizio d’impugnazione innanzi allo stesso organo amministrativo che aveva provveduto alla qualificazione; da qui l’insorgenza di immediati dubbi in merito all’opportunità di una simile previsione, che si cercheranno di dipanare in seguito¹⁸.

Tale giudizio – si legge nel documento – potrebbe peraltro chiudersi con una mera nota informativa resa all’attore, in cui si ammonisce lo stesso sulla

¹⁷Nella formulazione dell’epoca l’art. 410 c.p.c. prevedeva un tentativo di conciliazione obbligatorio. Come noto, la conciliazione in sede amministrativa ha vissuto vicende alterne rispetto alla sua previsione in termini facoltativi o obbligatori. Per una analisi, v. DE ANGELIS L., *Il tentativo di conciliazione pregiudiziale*, in BORGHESI D., DE ANGELIS L., *Il processo del lavoro e della previdenza*, cit., 2 ss.

¹⁸V. *infra*, cap. IV.

temerarietà dell'impugnazione avanti al giudice dell'atto certificatorio e della conseguente possibilità di subire la condanna alle spese processuali, nonché per responsabilità *ex art.* 96 c.p.c.

Rispetto al valore probatorio della certificazione in giudizio – vero aspetto centrale dell'istituto fin dalla sua introduzione – la bozza Biagi¹⁹ affermava che l'atto certificatorio «potrà avere valore sul piano probatorio, anche verso i terzi», senza, tuttavia, precisare in che termini avrebbe dovuto esplicitarsi siffatta efficacia probatoria. Detta previsione venne, difatti, ritenuta inefficace soprattutto da parte di quella dottrina che propendeva per un intervento compiutamente definitorio dell'area della subordinazione²⁰.

In estrema sintesi, nell'Ipotesi di uno «Statuto dei lavori» la certificazione rappresentava il perno di una riforma che si proponeva di superare la *vexata* distinzione tra lavoro subordinato e autonomo, predisponendo un sistema a geometrie variabili, a partire da uno “zoccolo duro” di tutele da applicare a ogni tipologia contrattuale²¹.

Soluzione che mostra, in tutta evidenza, la sua attualità a partire anche solo dal Pilastro europeo per i diritti sociali²², che prevede, nell'ambito di un'occupazione flessibile e sicura, che, indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro, i lavoratori abbiano diritto a un trattamento equo e paritario per quanto riguarda le condizioni di lavoro e l'accesso alla protezione sociale e alla formazione.

¹⁹ V. lettera g) dell'art. 38.

²⁰ In generale, resistenze rispetto all'opportunità della certificazione erano state palesate da MONTUSCHI M., *Un “nuovo” lavoro da regolare*, in *ADL*, 1998, III, 696; FERRARO G., *Dal lavoro subordinato*, cit., 438-440; MAGNANI M., *Verso uno statuto dei lavori*, cit., 314; PERA G., *Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato*, in *RIDL*, 1998, I, 4, 379; LEONARDI S., *Il lavoro coordinato e continuativo: profili giuridici e aspetti problematici*, in *RGL*, 1999, I, 3, 501 ss.

²¹ Cfr. BIAGI M., *Le ragioni in favore di uno “Statuto dei nuovi lavori”*, in *Impresa & Stato*, 1998, 41.

²² In senso critico, GIUBBONI S., *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Politica del Diritto*, 2018, IV, 557. Per un inquadramento generale ed aggiornato sulla politica sociale europea PIZZO FERRATO A., *La politica sociale europea*, in CARINCI F. (a cura di), PIZZO FERRATO A., *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, cit., 2021, 110 ss.

3. *Il d.d.l. “Smuraglia” e il progetto di legge per uno “Statuto dei lavori” del 1998: un confronto, ancora attuale, sulle metodologie qualificatorie*

Accantonata la bozza Biagi, la problematica della qualificazione dei rapporti di lavoro venne affrontata nel disegno di legge n. 2049-A, comunicato alla Presidenza della Camera il 29 gennaio 1997 (noto come d.d.l. «Smuraglia»)²³, con un importante cambio di approccio metodologico. Siffatto disegno si proponeva di realizzare un’opera certosina di definizione concettuale di ogni fattispecie, per poi procedere all’estensione di alcune tutele tipiche del lavoro subordinato anche ad altre tipologie di lavoro. Appare evidente la diversità di soluzioni offerte rispetto al progetto di uno «Statuto dei lavori», che muoveva, al contrario, dall’assunto dell’impossibilità (e comunque inutilità) di ogni sforzo definitorio e classificatorio delle differenti attività di lavoro.

Non si può non evidenziare come la contrapposizione tra i due diversi metodi di risoluzione delle problematiche qualificatorie mantenga una certa attualità che emerge già solo guardando all’estensione di alcune tutele del lavoro subordinato realizzata nel capo V *bis* del decreto n. 81/2015 per il lavoro autonomo tramite piattaforma digitale.

Nessun riferimento alla certificazione era, tuttavia, contenuto nell’originario testo del disegno di legge Smuraglia, che constava di 13 articoli, atteso che la selezione delle tutele da estendere era rimessa al legislatore.

Questo disegno di legge, approvato in Aula il 23 aprile 1998, venne, su richiesta del Governo, restituito alla 11^a Commissione dalla Presidenza del Senato, nella stessa seduta²⁴. Tra le ragioni del rinvio si menzionava anche l’assenza di una previsione del meccanismo certificatorio.

Il testo definitivo del disegno di legge, denominato poi «Norme per la tutela dei lavori «atipici»», licenziato dal Senato della Repubblica in data 4 febbraio 1999, poteva definirsi come compromesso, invero solo parziale, tra l’originario d.d.l. “Smuraglia” e la c.d. “bozza Biagi” giacché conteneva alcuni principi, definiti dall’art. 17, da osservare per il ricorso alla certificazione. Nello specifico, l’attenzione si era concentrata sull’individuazione dell’organo

²³ Sul sito del Senato sono disponibili sia la versione originaria sia la versione emendata del disegno di legge, con le relative relazioni di accompagnamento, dal cui confronto emerge come la prima versione del disegno di legge 2049 non contenesse alcun riferimento alla certificazione, sebbene oggetto della legge delega. La lacuna è stata colmata nel testo definitivo licenziato nel 1999.

²⁴ V. relazione disponibile in www.senato.it.

preposto alla certificazione²⁵ e sulla definizione delle modalità di organizzazione delle sedi di certificazione e di tenuta della relativa documentazione. In merito, poi, al contenuto della certificazione, occorre far riferimento alla descrizione dei dati di fatto risultanti dal contratto scritto e dalle dichiarazioni dei contraenti in relazione alle modalità di svolgimento della prestazione. Inoltre, in caso di controversia, l'autorità giudiziaria avrebbe potuto tener conto anche del comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione.

Si trattava di una previsione legislativa sicuramente differente rispetto a quella individuata dal Titolo VII del Progetto per uno «Statuto dei lavori», poiché svincolata da un più esteso programma di rimodulazione delle tutele del diritto del lavoro e delle prestazioni previdenziali, che riducesse le ragioni del contenzioso, modificando l'assetto della disciplina sostanziale²⁶.

4. Dal d.d.l. della «Commissione Zamagni» al Libro Bianco

La previsione nel d.d.l. «Smuraglia» dell'istituto della certificazione non aveva, di fatto, avuto seguito²⁷. La stessa ipotesi di introdurre il meccanismo certificatorio nell'ambito della prestazione di lavoro resa in cooperativa era stata espunta dalla bozza elaborata dalla *Commissione di studio per la revisione della legislazione in materia cooperativa con particolare riferimento alla posizione del socio-lavoratore* (c.d. Commissione Zamagni) al momento della approvazione della legge 3 aprile 2001, n. 142²⁸.

²⁵ Individuato nell'organismo bilaterale di settore istituito dai contratti o accordi collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero, in caso di sua mancata costituzione, nella Direzione provinciale del lavoro, con previsione della presenza paritetica delle predette organizzazioni sindacali.

²⁶ TREU T., *Intervento*, in AA.VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione e autonomia*, Cacucci, Bari, 1997, 228; BIAGI M., *Le ragioni in favore di uno "Statuto dei nuovi lavori"*, cit., 41 ss.; TIRABOSCHI M., *La c.d. certificazione dei lavori "atipici" e la sua tenuta giudiziaria*, in *DRI*, 2003, I, 108.

²⁷ Sul disegno di legge Smuraglia e su una ricostruzione dell'iter che ha condotto alla legge delega n. 30/2003, v. TURSI A., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in MAGNANI M., VARESI P.A. (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, 595 ss. In senso critico, v., invece, BIAGI M., TIRABOSCHI M., *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato*, cit., 587 e TIRABOSCHI M., *La c.d. certificazione dei lavori "atipici"*, cit., 101.

²⁸ L'abbandono dell'idea di certificazione è stato commentato con assoluto rammarico da BIAGI M. *La nuova disciplina applicabile al socio lavoratore di cooperativa*, in *Omaggio a*

Parimenti poco incisivo, invero, era lo schema di delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro contenuto nell'art. 9 del disegno di legge n. 848/2001, in quanto rappresentava una riproduzione sostanzialmente fedele della disposizione dell'art. 17 del d.d.l. "Smuraglia"²⁹. Anche in tal caso, si prescindeva, difatti, da una riforma di più ampio respiro delle tutele giuslavoristiche.

L'istituto della certificazione emerge, nuovamente, nel Libro Bianco sul mercato del lavoro del 2001, a partire da una rimodulazione delle tutele tipiche del lavoro subordinato. D'altronde già nella "bozza Biagi" si evidenziava come il meccanismo certificatorio potesse funzionare «solo se al contempo viene reso meno squilibrato il "gioco" delle convenienze (per entrambe le parti) circa la riconduzione del rapporto di lavoro in uno schema negoziale piuttosto che in un altro»³⁰.

Nello specifico, in evidente segno di continuità, quindi, con la "bozza Biagi", il documento proponeva l'individuazione dell'area dei diritti derogabili in senso relativo sia in sede collettiva sia in sede individuale, mediante il ricorso alla certificazione³¹.

Nel Libro Bianco è, dunque, contenuto un invito alle parti sociali a valutare la possibile ridefinizione del rapporto fra momento collettivo e individuale nella regolazione del rapporto di lavoro³², richiamando l'esperienza positiva dei CAE (comitati aziendali europei)³³.

Marco Biagi (Raccolta degli scritti 1997-2002), in GL, fasc. spec., 2003, 16. Contra v. DE ANGELIS L., La delega al governo in materia di certificazione dei rapporti di lavoro, in CARRINCI F., MISCIONE M., Il diritto del lavoro dal «Libro Bianco» al Disegno di legge delega, Ippsoa, Milano, 2002, 97.

²⁹ TIRABOSCHI M. *La c.d. certificazione dei lavori "atipici"*, cit., 114. Cfr. GHERA E., *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *DPL*, 2002, VIII, 529, in cui l'autore critica l'eccessiva indeterminatezza della norma, definendola una norma in bianco che, come tale, espone il fianco a possibili questioni di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost.

³⁰ V. *Ipotesi per la predisposizione di uno Statuto dei Lavori*, cit., 24.

³¹ V. Libro Bianco, § I.3.5.

³² *Ibidem*.

³³ Si strizzava l'occhio all'esperienza applicativa della direttiva comunitaria sui CAE, giacché aveva comportato l'affermazione di un ruolo premiale della contrattazione collettiva in funzione partecipativa, incentivata al punto da poter derogare interamente rispetto a disposizioni minime di legge: altrimenti l'intesa negoziale, secondo la direttiva, era in grado di sostituire interamente il testo normativo, nell'ottica di un ordinamento giuridico «sempre più basato sul *management by objectives* piuttosto che sul *management by regulation*» (Libro bianco, cit.). D'altro canto, si evidenziava il collegamento diretto tra una maggiore "leggerezza" delle norme e una migliore organizzazione del sistema normativo in chiave semplificatrice.

Indice

pag.

Prefazione

XIII

Considerazioni introduttive

La certificazione quale rimedio all'incertezza del diritto del lavoro

- | | | |
|----|--|----|
| 1. | La certezza del diritto e la sua perdurante crisi | 1 |
| 2. | La certezza del diritto del lavoro: una esigenza da recuperare | 13 |
| 3. | Una possibile soluzione di carattere procedurale all'incertezza del diritto del lavoro: la certificazione dei contratti di lavoro e di appalto | 21 |
| 4. | La certificazione (quasi) vent'anni dopo: un istituto dalla <i>vis expansiva</i> | 24 |

Capitolo I

Origine ed evoluzione normativa dell'istituto della certificazione dei contratti di lavoro

- | | | |
|----|---|----|
| 1. | La proposta di una derogabilità assistita generalizzata | 27 |
| 2. | L'ipotesi per la predisposizione di uno "Statuto dei lavori": lo stretto legame tra la certificazione e la rimodulazione delle tutele | 30 |
| | 2.1. (segue) La rimodulazione delle tutele nella "bozza Biagi" | 33 |
| | 2.2. (segue) Il peculiare tentativo di conciliazione sul contratto certificato previsto nella c.d. "bozza Biagi" | 34 |

VII

	<i>pag.</i>
3. Il d.d.l. “Smuraglia” e il progetto di legge per uno “Statuto dei lavori” del 1998: un confronto, ancora attuale, sulle metodologie qualificatorie	36
4. Dal d.d.l. della “Commissione Zamagni” al Libro Bianco	37
5. L’introduzione normativa della certificazione dei contratti di lavoro: il decreto n. 276/2003	39
6. Le novità introdotte dal “Collegato lavoro”: l’allargamento dello spettro delle funzioni delle Commissioni di certificazione	42
7. Il <i>Jobs Act</i> : la certificazione come istituto poliedrico	46
8. La certificazione e le ultime riforme del lavoro	48
9. Il rapporto tra negoziazione assistita e certificazione alla luce della riforma del processo civile	51

Capitolo II

Il procedimento di certificazione

1. Il procedimento di certificazione: il carattere tendenzialmente volontario	55
1.1. (segue) Il carattere volontario in una prospettiva <i>de jure condendo</i>	62
2. Le ipotesi di certificazione obbligatoria: la clausola compromissoria e gli appalti e subappalti in ambienti confinati e sospetti di inquinamento	65
3. Ambito di applicazione della procedura di certificazione	72
4. Le commissioni di certificazione	73
4.1. Gli enti bilaterali	77
4.2. Le direzioni provinciali del lavoro (oggi Itl) e le province	80
4.3. Il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali	82
4.4. I consigli provinciali dei consulenti del lavoro	83
4.5. Le università e le fondazioni universitarie	86
5. La competenza territoriale degli organi certificatori	88
6. L’incompetenza degli organi certificatori (rinvio)	90
7. La natura e la responsabilità delle Commissioni di certificazione	90
8. Il procedimento di certificazione (rinvio)	95
9. I codici di buone pratiche e i moduli qualificatori	97
10. L’avvio della procedura di certificazione e il ruolo degli enti destinatari della comunicazione di avvio del procedimento	102
11. La comunicazione all’Itl e il superamento della “direttiva Sacconi”	106

	<i>pag.</i>
12. L'istruttoria della Commissione di certificazione e le altre norme di procedura	108
13. La conclusione del procedimento di certificazione	110

Capitolo III

La certificazione dei contratti di lavoro: natura ed effetti

1. La certificazione e la sua natura amministrativa	113
1.1. (segue) L'esclusione della natura privatistica	123
2. L'imputabilità dell'atto certificatorio	128
3. Decorrenza ed efficacia retroattiva della certificazione	129
4. L'efficacia dell'atto di certificazione	131
4.1. (segue) L'efficacia inibitoria per le parti	135
4.2. L'efficacia preclusiva della certificazione nei confronti dei terzi	136
4.3. (segue) Gli atti idonei a rimuovere l'efficacia inibitoria della certificazione	141
5. Gli effetti fiscali e previdenziali della certificazione	145
6. L'efficacia penale della certificazione	147

Capitolo IV

L'impugnazione della certificazione

1. Introduzione: il sistema delle impugnazioni della certificazione	153
---	-----

Sezione I

Il tentativo di conciliazione

2. Il tentativo obbligatorio di conciliazione: un'ipotesi di autotutela doverosa?	157
---	-----

	<i>pag.</i>
3. Le conseguenze dell'omissione del tentativo di conciliazione: la tesi della condizione di procedibilità	163
3.1. (segue) La tesi della condizione di proponibilità della domanda	168
3.2. (segue) Residui punti critici della tesi preferibile	170
4. Il tentativo di conciliazione: casi di dubbia obbligatorietà	171
5. Il verbale di conciliazione e l'esecutività: alcuni dubbi interpretativi	173
6. Il comportamento delle parti in fase conciliativa	179

Sezione II

I ricorsi al giudice del lavoro e l'efficacia probatoria della certificazione

7. Il ricorso al giudice del lavoro: la competenza per materia e territoriale	180
8. La legittimazione attiva e passiva e i casi di litisconsorzio	182
9. Atto di certificazione e contratto: i ricorsi <i>ex art.</i> 80 del decreto n. 276/2003	188
10. L'impugnazione per erronea qualificazione del rapporto di lavoro	193
11. L'impugnazione per difformità del programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione	200
12. L'impugnazione per vizi del consenso	201
13. L'efficacia dell'accertamento giudiziale avverso la certificazione	203
14. L'efficacia probatoria della certificazione: tutti i gusti ...	205
14.1. (segue) ... più uno: la certificazione nel prisma della "prova privilegiata"	212
15. La certificazione e le spese giudiziali	216

Sezione III

I ricorsi innanzi al giudice amministrativo

16. I rimedi esperibili avanti al giudice amministrativo	216
17. L'asserita anomalia dell'impugnazione per eccesso di potere	218
18. Il nodo della pregiudiziale amministrativa	222

Capitolo V

Le altre ipotesi di certificazione e nuove prospettive applicative

1. Introduzione	229
-----------------	-----

Sezione I

Disposizione e regolazione assistita

1.1. La disposizione assistita: rinunce e transazioni	232
1.1.1. Una chiara ipotesi di derogabilità assistita: il demansionamento concordato	238
1.2. L'attività di consulenza e assistenza delle parti, quale preludio alla regolazione assistita anche di tipo rimediale	239
1.3. Le ipotesi di regolazione assistita: il contratto a termine	243
1.4. Il regolamento delle cooperative: una ipotesi erroneamente definita di regolazione assistita	245
1.5. Certificazione e clausole generali: la rinegoziazione assistita	246
1.6. Certificazione e licenziamento: tipizzazione giusta causa e giustificato motivo	252
1.7. Lavoro autonomo non imprenditoriale e clausole abusive	254

Sezione II

La qualificazione assistita

2. Ipotesi di qualificazione assistita: la certificazione dei contratti di appalto	256
2.1. Le collaborazioni eterorganizzate e il lavoro tramite piattaforma digitale	264

Sezione III

La certificazione come strumento di *compliance* e promozione della legalità

- | | | |
|------|---|-----|
| 3. | La certificazione come strumento di <i>compliance</i> integrata e di responsabilità sociale | 269 |
| 3.1. | La certificazione come strumento di qualificazione delle imprese: oltre l'art. 27 del decreto n. 81/2008 | 278 |
| 3.2. | La certificazione come strumento di promozione della legalità e di <i>compliance</i> integrata: la prevenzione dei reati, direttamente o indirettamente, connessi all'esecuzione della prestazione lavorativa | 282 |
| 3.3. | La certificazione di <i>gender equality</i> : oltre la parità retributiva salariale | 284 |

Considerazioni conclusive

- | | | |
|--|---|-----|
| | La certificazione come strumento di partecipazione dei lavoratori agli obiettivi ESG? | 287 |
|--|---|-----|

- | | | |
|--|---------------------|-----|
| | <i>Bibliografia</i> | 291 |
|--|---------------------|-----|