

Oggetto del volume è la cosiddetta “indisponibilità del tipo contrattuale” nel diritto del lavoro, una problematica molto articolata e complessa, che da tempo anima il dibattito giuslavoristico italiano. Il presente studio coglie l’occasione per rivisitare numerose ipotesi ricostruttive, finora solo episodicamente esaminate, e per verificare l’attuale tenuta, attraverso un’analisi del grado di disponibilità delle tipologie contrattuali relative al lavoro rispetto alla qualificazione proposta da diversi soggetti: il legislatore, le parti del contratto, i certificatori, l’autonomia collettiva. Ciascuno di tali soggetti, sia pure con intenti e legittimazioni diversi, è indotto a prospettare una determinata natura giuridica del contratto mediante una qualificazione, la cui forza di resistenza al cospetto del peculiare stringente rapporto, coesistente al diritto del lavoro, tra fattispecie ed effetti inderogabili, va analiticamente valutata.

ARIANNA AVONDOLA (Napoli, 1974) è ricercatore di Diritto del lavoro nell’Università degli Studi di Napoli Federico II.

€ 20,00



ARIANNA AVONDOLA

LEGGE, CONTRATTO E CERTIFICAZIONE  
NELLA QUALIFICAZIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO

JOVENE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II  
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DEI RAPPORTI CIVILI ED ECONOMICO-SOCIALI

28

ARIANNA AVONDOLA

# LEGGE, CONTRATTO E CERTIFICAZIONE NELLA QUALIFICAZIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO

JOVENE EDITORE 2013

LEGGE, CONTRATTO E CERTIFICAZIONE  
NELLA QUALIFICAZIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II  
DIPARTIMENTO  
DI DIRITTO DEI RAPPORTI CIVILI ED ECONOMICO-SOCIALI

---

1. D. VALENTINO, *Documenti di legittimazione, titoli impropri e adempimento*, 1988.
2. M. D'ANTONA (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, 1990.
3. R. TREVES - V. FROSINI - G. SPERDUTI - P. BARCELLONA - S. L. PAULSON (a cura di A. Carrino), *Kelsen e il problema della sovranità*, 1990.
4. L. ZOPPOLI, *La corresponsività nel contratto di lavoro*, 1991.
5. F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, 1992.
6. L. GAETA, *Lavoro a distanza e subordinazione*, 1993.
7. E. MINERVINI, *La prescrizione ed i «terzi»*, 1994.
8. B. CARUSO - M. D'ANTONA - S. SCIARRA (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea: Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna*, vol. I. *Licenziamenti individuali, salute e sicurezza negli ambienti di lavoro, rappresentanze dei lavoratori in azienda*, 1995.
9. U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative. Contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, 1995.
10. U. GRASSI, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento*, 1996.
11. A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti di impresa*, 1999.
12. S. NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, 1999.
13. A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, 2000.
14. MARCO ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, 2002.
15. VINCENZO LUCIANI, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, 2002.
16. FABRIZIO DE FALCO, *Diritto di sciopero e interesse dell'impresa*, 2003.
17. AA.VV., *Studi in memoria di Raffaele Cicala*, 2003.

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II  
DIPARTIMENTO  
DI DIRITTO DEI RAPPORTI CIVILI ED ECONOMICO-SOCIALI

---

18. GIULIO QUADRI, *Processi di esternalizzazione. Tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, 2004.
19. SALVATORE BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*. I, 2005.
20. ANNA MARIA GRIECO, *Libertà e azione sindacale dei lavoratori autonomi*, 2005.
21. AA.VV., *Scritti sul processo esecutivo e fallimentare in ricordo di Raimondo Anzecchino*, 2005.
22. ANTONELLO ZOPPOLI, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, 2006.
23. GIUSEPPE CELESTE, *La responsabilità civile del notaio*, 2007.
24. MASSIMILIANO DELFINO, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, 2008.
25. RITA LOMBARDI, *Contributo allo studio del giudizio divisorio. Provvedimenti e regime di impugnazione*, 2009.
26. ARMANDO CALOGERO, *Streaming on line e tutela del diritto d'autore*, 2011.
27. DIEGO ALBERTO D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione. Contributo allo studio dei patti successori istitutivi*, 2012.
28. ARIANNA AVONDOLA, *Legge, contratto e certificazione nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, 2013.

---

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II  
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DEI RAPPORTI CIVILI ED ECONOMICO-SOCIALI

---

28

ARIANNA AVONDOLA

**LEGGE, CONTRATTO  
E CERTIFICAZIONE  
NELLA QUALIFICAZIONE  
DEI RAPPORTI DI LAVORO**

---

JOVENE EDITORE 2013

---

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2013

ISBN 978-88-243-2134-1

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) e-mail: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

*A mio figlio Riccardo*





## INDICE SOMMARIO

<i>Presentazione</i> .....	p. XI
----------------------------	-------

### CAPITOLO PRIMO

#### INDISPONIBILITÀ DEL TIPO E LIMITI AL POTERE LEGISLATIVO

1. Introduzione .....	» 1
2. L'origine della problematica della qualificazione del tipo contrattuale tra diritto privato e diritto pubblico .....	» 3
3. Potere qualificatorio del legislatore nella individuazione del tipo negoziale .....	» 8
4. Limiti costituzionali alla disponibilità del legislatore nella qualificazione del tipo contrattuale .....	» 14
5. Una breccia nel muro invalicabile della indisponibilità qualificatoria nel diritto del lavoro? Un caso italiano .....	» 21
6. La “disponibilità” della Corte di Giustizia Europea .....	» 28
7. Conversione del rapporto di lavoro a progetto e indisponibilità tipologica .....	» 37

### CAPITOLO SECONDO

#### VOLONTÀ NEGOZIALE DELLE PARTI E POTERE DI QUALIFICAZIONE

1. Contratto, volontà delle parti e diritto del lavoro .....	» 57
2. Il <i>nomen iuris</i> tra vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali. Il punto di vista della dottrina .....	» 64
3. Inderogabilità e autonomia individuale .....	» 74
4. Indisponibilità e autonomia negoziale: qualificazione del rapporto e art. 2113 c.c. ....	» 82

## CAPITOLO TERZO

CERTIFICAZIONE: LA NUOVA FRONTIERA  
DELLA QUALIFICAZIONE DEL TIPO CONTRATTUALE

1. Cenni storici dell'*iter* di sviluppo e affermazione dell'istituto della certificazione ..... p. 93
2. Natura e oggetto della "prima" certificazione ..... » 108
3. Soggetti abilitati alla "qualificazione certificata" del rapporto di lavoro ..... » 122
4. Rimedi esperibili contro l'atto certificato e sua efficacia ..... » 138
5. Presunta inutilità della certificazione ..... » 146
6. Il "Collegato lavoro" e la "seconda" certificazione ..... » 157
7. La certificazione nella recente giurisprudenza ..... » 170
8. Le altre certificazioni: il modello tedesco e quello inglese ..... » 173

## CAPITOLO QUARTO

AUTONOMIA COLLETTIVA  
E INDISPONIBILITÀ DEL TIPO

1. La qualificazione del tipo contrattuale nell'epoca della *flexicurity* ..... » 183
  2. La derogabilità della norma prima e dopo l'art. 8 della legge n. 148/2011 ..... » 187
  3. L'art. 8 e l'indisponibilità del tipo contrattuale ..... » 192
- Bibliografia* ..... » 201

## PRESENTAZIONE

Oggetto del presente studio è il grado di disponibilità delle tipologie contrattuali relative al lavoro rispetto alla qualificazione proposta da diversi soggetti: il legislatore, le parti del contratto, i “certificatori”, l’autonomia collettiva.

Sia pur con intenti e legittimazioni diversi, ciascuno di tali soggetti è indotto talvolta a prospettare una determinata natura giuridica del contratto mediante una qualificazione, la cui forza di resistenza al cospetto del peculiare stringente rapporto, coesenziale al diritto del lavoro, tra fattispecie ed effetti inderogabili, va analiticamente saggiata.

L’inderogabilità delle norme del diritto del lavoro, che già incide pesantemente sulla autonomia delle parti del contratto individuale di lavoro – modellandone imperativamente la più parte del contenuto e limitandone la disponibilità dei relativi diritti – sembra, infatti, espropriare altresì la facoltà dei contraenti di scegliere il tipo negoziale più confacente ai propri interessi, precludendo, almeno in presenza di un determinato assetto obbligatorio, la qualificazione del contratto in termini di autonomia.

In realtà, al di là delle apparenze, non è tanto la disponibilità del tipo che viene negata all’autonomia individuale, quanto la possibilità di etichettare formalmente (e fraudolentemente) come autonomo un rapporto che le parti stesse hanno, almeno nella fase esecutiva, strutturato – quanto a poteri, diritti e obblighi – in termini di subordinazione.

Datore e lavoratore, in altre parole, sono liberi di conformare i contenuti del contratto secondo lo schema della subordinazione, dell’autonomia, del lavoro a progetto o della colla-

borazione coordinata e continuativa; ciò che non è loro consentito è di volere nei fatti un determinato assetto di interessi e, poi, tradirlo in sede di qualificazione formale.

La necessaria coincidenza tra profilo obbligatorio del contratto, quanto ai connotati fisionomici elementari e qualificazione del rapporto, già in qualche modo presente nei rapporti civilistici, assume nel diritto del lavoro una particolare pregnanza in ragione della circostanza che quella peculiare relazione intersoggettiva, nella quale si esprime la subordinazione, richiede inderogabilmente l'operatività di un apparato garantistico che le parti non possono da essa sganciare: la qualificazione consensuale in termini di autonomia, in presenza di una fattispecie "subordinata", altro non sarebbe che un surrettizio e insignificante tentativo da parte del contraente forte (il datore di lavoro) di sottrarsi ai costi e alle tutele imposte dalla legislazione del lavoro.

Va, peraltro, segnalato che, sia pure in via di eccezione, talvolta il legislatore si spinge oltre la postulata coincidenza tra la strutturazione effettiva del rapporto e la qualificazione del medesimo, fino al punto da imporre la natura subordinata (e i suoi conseguenti effetti di tutela) a prescindere dalla presenza o meno di una fattispecie connotata dai tratti della subordinazione. È quanto accade, ad esempio, per effetto del comma 1 dell'art. 69 del d.lgs. 276/03 (novellato dalla l. n. 92/2012), che, sia pure a mo' di sanzione, impone la natura subordinata al rapporto collaborativo dichiarato "a progetto", ma in realtà privo di tale requisito, a prescindere da ogni verifica sull'esistenza di un vincolo di dipendenza o subordinazione e, dunque, anche al cospetto di modalità esecutive tipiche dell'autonomia: in tal caso è esatto affermare che alle parti è precluso ogni margine di disposizione del tipo.

Già questi rilievi evidenziano l'opportunità di un approfondimento del tema, il cui interesse viene accresciuto dalla simmetrica problematica circa i limiti di disponibilità in materia, riconosciuti al legislatore e all'autonomia collettiva, anch'essi in qualche misura vincolati dalla peculiare relazione tra

la fattispecie della subordinazione e gli effetti garantistici inderogabilmente previsti.

Per il legislatore il problema si pone sul piano della legittimità costituzionale, dal momento che, come segnalato già in due occasioni dalla Corte Costituzionale, la qualificazione legislativa in termini di autonomia di rapporti caratterizzati da profili di dipendenza ed eterodirezione comporta la elusione di principi costituzionali che a questi ultimi assegnano precise e significative garanzie e diritti.

Per l'autonomia collettiva viene in gioco la possibile invalidità per contrasto con le norme di legge che assistono, con effetti garantistici, la fattispecie della subordinazione.

Un'analoga problematica si prospetta, infine, per quanto concerne i margini di disponibilità del tipo da parte di alcuni soggetti dell'amministrazione pubblica, cui il legislatore ha conferito compiti di certificazione dei contratti di lavoro, ponendosi l'interrogativo circa la tenuta delle qualificazioni da tali organismi proposte.



## CAPITOLO PRIMO

### INDISPONIBILITÀ DEL TIPO E LIMITI AL POTERE LEGISLATIVO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'origine della problematica della qualificazione del tipo contrattuale tra diritto privato e diritto pubblico. – 3. Potere qualificatorio del legislatore nella individuazione del tipo negoziale. – 4. Limiti costituzionali alla disponibilità del legislatore nella qualificazione del tipo contrattuale. – 5. Una breccia nel muro invalicabile della indisponibilità qualificatoria nel diritto del lavoro? Un caso italiano. – 6. La “disponibilità” della Corte di Giustizia Europea. – 7 Conversione del rapporto di lavoro a progetto e indisponibilità tipologica.

1. *Introduzione.* – Le problematiche relative alla qualificazione del tipo contrattuale nel diritto del lavoro sono state affrontate da specialisti e studiosi della materia nella maggior parte dei casi in via incidentale, come accessorio o quale premessa scontata ad altre questioni di maggiore risonanza. Tali questioni hanno riguardato sempre solo indirettamente la disponibilità del tipo contrattuale, avendo ad oggetto di volta in volta: la dubbia esaustività della definizione che distingue la subordinazione dall'autonomia<sup>1</sup>; la discussa configurazione di un *tertium genus*, quale il lavoro coordinato<sup>2</sup>; oppure, ancora, la ripetutamente denunciata “crisi di identità” delle categorie giu-slavoristiche<sup>3</sup>, da sempre sospese in un limbo di derivazione/in-dipendenza dalle categorie civilistiche.

<sup>1</sup> P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989.

<sup>2</sup> AA.VV., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, Utet, Torino, 1998, n. 21.

<sup>3</sup> Cfr. sul punto, M. D'ANTONA, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica*



In realtà, l' "indisponibilità del tipo contrattuale" altro non è che una sintesi semantica dell'impossibilità (anche per il legislatore) di togliere – mediante etichette di autonomia o parasubordinazione – tutele e garanzie a rapporti che secondo la Costituzione necessitano di particolare protezione.

È, infatti, da tempo, unanimemente riconosciuta (da dottrina e giurisprudenza) la rilevanza di taluni diritti "sociali" alla figura del lavoratore subordinato, nella sua condizione sia di soggetto socialmente sottoprotetto, sia di mero cittadino; riconoscimento che trova fondamento in numerosi istituti protettivi, indicati nella Carta Costituzionale, idonei a limitare l'autonomia privata rispetto all'obbligazione di lavoro e a favorire lo sviluppo della personalità del soggetto nell'assetto gerarchico del rapporto di lavoro<sup>4</sup>.

Si tratta di un complesso di norme che trovano nel riferimento alla condizione socio-economica del soggetto lavoratore, definita dall'art. 2094 c.c., il proprio presupposto di applicabilità: tutti quei diritti, cioè, pertinenti all'esercizio di un'attività tipica, che costituiscono il pilastro di un sistema di garanzie giuridiche di cui è destinatario il lavoratore subordinato.

Una tutela irrinunciabile, dunque, offerta a posizioni individuali che siano immediatamente collegate tanto alla personalità dell'uomo quanto alla dignità del lavoro secondo i principi costituzionali, e che spazia dal diritto alla personalità e alla riservatezza (diritto alla *privacy*), alla protezione della libertà morale del prestatore dipendente, dall'integrità fisica dello stesso e sicurezza sul lavoro, alla manifestazione di pensiero nei luoghi di lavoro, fino alla tutela antidiscriminatoria.

Lo scenario che oggi ne viene fuori si presenta, pertanto, molto articolato e complesso, ma al contempo rara occasione per rivisitare le numerose ipotesi ricostruttive, finora solo episodicamente esaminate, e per verificarne l'attuale tenuta.

*per il lavoro che cambia*, in *Lavoro subordinato e dintorni*. Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 43 e ss.

<sup>4</sup> Si veda sul punto, *amplius*, F. SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, Napoli, 1979.

Considerati, quindi, come acquisiti i numerosi studi derivanti dalla annosa disputa interpretativa che negli anni ha contrapposto il metodo tipologico a quello sussuntivo<sup>5</sup>, si presenta come attuale l'esigenza di una ricerca orientata allo scopo di tentare di dare una risposta alla domanda: chi ha la disponibilità del tipo negoziale? Ovverosia, quale soggetto ha il potere/diritto di qualificare in modo vincolante il rapporto di lavoro?

2. *L'origine della problematica della qualificazione del tipo contrattuale tra diritto privato e diritto pubblico.* – Al fine di procedere ad un'analisi più consapevole e specifica della materia in oggetto, lo studio delle suesposte problematiche non sembra poter prescindere da una breve premessa che coinvolga anche l'esegesi delle categorie generali del diritto del lavoro con particolare riferimento alle sue fonti.

La questione della disponibilità del tipo negoziale si è sempre sviluppata su un terreno di antinomie: quella tra qualificazione della fattispecie e suoi effetti, ma soprattutto quella tra codice e leggi<sup>6</sup>; ed essendo essa difficilmente scindibile dalla storia del diritto del lavoro, ha sempre vissuto il contrasto tra quanti hanno connotato tale diritto – segnatamente almeno alle sue origini – come un vero e proprio “sottoregno” del diritto privato<sup>7</sup> e chi, invece, ha sottolineato la capacità del diritto del lavoro di rendersi autosufficiente, non tributario verso regole civilistiche e del diritto comune dei contratti<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> *Ex plurimis*, cfr. L. NOGLER, *Ancora su tipo e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *ADL*, 2002, 1, p. 109.

<sup>6</sup> O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, in *RIDL*, 1991, I, p. 38.

<sup>7</sup> V. G. GHEZZI e U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, Il Mulino, 1967, 2<sup>a</sup> ed., 1.

<sup>8</sup> L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *L.D.*, 1993, 1, p. 24. Sul punto, cfr., in particolare, A. LYON-CAEN, *Actualité du contrat de travail*, in *Dir. soc.*, 1988, p. 540, secondo cui «il diritto del lavoro è nato contro l'imperialismo del contratto».

In realtà, le problematiche relative alla qualificazione del tipo legale hanno dimostrato nel tempo una straordinaria “capacità dinamica di ambientazione”<sup>9</sup>, attraversando con assoluta autonomia le diverse stagioni che hanno caratterizzato il nostro diritto del lavoro, oscillando tra esigenze garantiste e di flessibilità<sup>10</sup>.

In particolare, a partire dal 1948, la presunta originaria vocazione contrattualistica attribuita al diritto del lavoro<sup>11</sup> (fondata sull’evidente illogicità di un assetto nel quale il contratto, da strumento di affermazione della parità formale, era invece utilizzato come veicolo di un rapporto ineliminabilmente diseguale<sup>12</sup>) venne di fatto superata dalla Carta Costituzionale, che ha reso rapidamente obsoleto l’impianto codicistico, opponendo alla prospettiva istituzionalista-comunitaria quella della contrapposizione degli interessi delle parti e all’intelaiatura autoritaria quella della libertà sindacale<sup>13</sup>.

La rottura col diritto comune dei contratti e delle obbligazioni si compie, dunque, nel segno del principio etico della “personalità del lavoro”, il quale fa valere l’immanenza della persona del lavoratore nel contenuto del rapporto contro la concezione patrimoniale ed egualitaria del diritto civile, che

<sup>9</sup> M. GRANDI, *Recensione a M. PEDRAZZOLI, La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 77.

<sup>10</sup> L. MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 30.

<sup>11</sup> Come chiarisce O. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 38, «è Ludovico Barassi a canalizzare nella struttura del diritto privato la nascente questione operaia. Il diritto del lavoro quindi che avrebbe voluto innestare la sua stessa origine, il germe della contestazione nel codice civile borghese viene subito addomesticato e la contraddizione viene risolta nella logica dello scambio. La difficoltà sta naturalmente nel rinvenire uno schema contrattuale che tenga “dentro” il profilo strutturale della disuguaglianza sostanziale fra le parti ed assicuri il governo della prestazione di lavoro. Essa viene agevolmente superata attraverso il ricorso agli schemi della vendita o della locazione e tramite l’attenzione al profilo dell’oggetto della relazione anziché ai suoi soggetti».

<sup>12</sup> O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, in *RIDL*, 1991, I, p. 39.

<sup>13</sup> O. MAZZOTTA, *ibidem*, p. 40.

considera il rapporto di lavoro alla stregua di un rapporto di scambio tra due proprietari.

La Costituzione introduce un insieme di principi essenziali anche sul piano del rapporto individuale di lavoro, rappresentando il primo passo verso una lenta perdita di centralità della disciplina codicistica del libro V<sup>14</sup>.

In sostanza, nel trentennio post-costituzionale, al diritto privato va gradatamente, quanto inesorabilmente, sostituendosi la legislazione speciale, talvolta con insiemi normativi di respiro così ampio da far ipotizzare in qualche modo una rifondazione su nuove basi dell'intero diritto del lavoro: si pensi anche soltanto allo Statuto dei Lavoratori.

Il codice, in questa fase storico-politica del nostro Paese, perde, quindi, non solo buona parte della sua funzione di "condensato" di principi generali di garanzia dei diritti fondamentali dell'individuo<sup>15</sup>, sostituito su questo piano dalla Carta Costituzionale, ma perde anche la peculiarità di dettare regole per la soluzione di specifici conflitti, soppiantato in ciò da discipline peculiari, idonee a regolare nuove classi di rapporti e addirittura classi di rapporti già regolate dallo stesso codice, ma in modo spesso confliggente.

<sup>14</sup> Nella Costituzione si può individuare, infatti, «un "grappolo" di principi concernenti il rapporto di lavoro. In ogni caso, i principi costituzionali hanno natura e significato diversi dai principi generali dell'ordinamento giuridico di cui parla l'art. 12 delle preleggi come referenti dell'attività giudiziaria di riempimento delle lacune» v. L. MENGONI, *op. cit.*, p. 10. Questi concetti espressi o inespressi sono estratti per induzione dalle norme che compongono l'ordinamento, mentre i principi della Costituzione sono posti a priori e hanno una funzione innovativa dell'ordinamento. Inoltre, solo alcuni principi costituzionali relativi ai rapporti di lavoro esprimono regole di comportamento, nella maggior parte dei casi, le norme relative al diritto del lavoro inserite nella Carta Costituzionale contengono semplici disposizioni programmatiche o si limitano a ricalcare i principi generali che si desumono dal vigente sistema legislativo, con un carattere meramente confermativo, o ancora si limitano ad enunciare solo un principio generalissimo, rinviando espressamente ad un'attuale o futura legge formale» v. G. MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, a cura di A. Aranguren, Milano, Giuffrè, 1988, vol. I, pp. 151 e ss.

<sup>15</sup> O. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 50.

Nel diritto del lavoro, dunque, lo sviluppo della disciplina speciale può dirsi avvenuto non “contro” ma “dentro” la struttura del codice<sup>16</sup>.

Invero, la correzione del modello antropologico di matrice codicistica, in coerenza con il postulato personalistico del diritto del lavoro, ha allargato l’attenzione del legislatore civile, tradizionalmente concentrata sulla tutela dei patrimoni degli individui nei rapporti di scambio, sia verso i problemi della giustizia distributiva, sia verso i problemi di tutela della vita materiale e, progressivamente, di tutti i valori della persona. Pertanto, oltre a quelli protetti dall’art. 2087 c.c., la legge n. 300 del 1970 ha esteso la tutela del contratto di lavoro ad altri interessi, inerenti alla sfera più intima della persona del lavoratore e riassunti nel concetto di «libertà e dignità del lavoratore».

Appare innegabile, a tal punto, la naturale inclinazione che assume il diritto del lavoro, con queste norme, a portarsi su un piano più esplicitamente pubblicistico, in quanto si tratta di garanzie generali che lo Stato concede ai singoli, prescindendo dalla struttura e dall’autonomia privata delle imprese e costituendo a carico di queste ultime degli obblighi legali (come ad esempio nel caso della retribuzione direttamente proporzionata al lavoro, della copertura completa di tutti i rischi del lavoro, della garanzia di occupazione o, ancora, dell’obbligo di ammettere i lavoratori alla gestione aziendale), di fronte ai quali si delineano i corrispondenti diritti soggettivi dei lavoratori sia verso lo Stato che verso le imprese private.

La spinta acontrattualistica si concretizza in una chiara tendenza a ridurre la funzione del contratto a quella di mero fatto costitutivo del rapporto, sottraendosi all’autonomia delle parti la determinazione del contenuto del contratto e quindi la disciplina del rapporto<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>17</sup> La dottrina giuslavoristica dell’epoca ha evidenziato «la volontà di correggere la logica tradizionale del contratto, non di rifiutarla. Si scopre così che, mentre sotto il profilo del rapporto di lavoro come rapporto di scambio la vocazione origi-

Nel diritto del lavoro, infatti, il contratto impegna la prestazione di lavoro, crea l'obbligazione di lavoro, ma non la governa: essa è regolata prevalentemente da fonti eteronome, norme legali e norme derivanti da contratto collettivo<sup>18</sup>. Il rapporto di lavoro nasce dal contratto, ma non si identifica col contratto stesso.

In quest'ottica, pur non potendosi completamente escludere la matrice contrattuale del diritto del lavoro (di sicuro non si può prescindere totalmente dalla volontà manifestata dalle parti stipulanti), il contratto sembrerebbe fungere solo da "fonte del rapporto", in senso meramente costitutivo, mentre la disciplina sarebbe interamente dettata dall'esterno, cioè alimentata dai sistemi normativi regolatori<sup>19</sup>.

La scelta del tipo, quindi, risulta caratterizzarsi da una sorta di "libertà vigilata" e in larga parte etero-diretta<sup>20</sup>: se la libertà negoziale è ridotta e l'autonomia del prestatore è per lo più apparente, come è stato sottolineato da alcuni autori, *a fortiori* il "tipo" è sottratto alla disponibilità e all'ingegneria negoziale delle parti<sup>21</sup>.

Il tipo legale (quello che a tutt'oggi si riassume nel modello ancora egemone descritto dall'art. 2094 c.c. e dalle contermini norme codicistiche degli artt. 2104 e 2105 c.c., inte-

naria del diritto del lavoro era orientata in senso contrario al contratto, sotto il profilo del rapporto di lavoro come rapporto di organizzazione occorre invece puntellare la logica del contratto arginando le infiltrazioni della logica antitetica dell'organizzazione», L. MENGONI, *op. cit.*, p. 6; pertanto, «il contratto, posto quale fonte del rapporto, ha ancora una funzione essenziale. Costituisce, infatti, uno strumento di garanzia circa la prestazione, rendendone verificabili i confini e le modalità di esecuzione», O. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 45.

<sup>18</sup> L. MENGONI, *op. cit.*, p. 7.

<sup>19</sup> Cfr. sul punto M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, Relazione al Convegno Aidlass, Udine, 1991.

<sup>20</sup> L. MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 27.

<sup>21</sup> M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 1990, p. 534; R. PESSI, *I rapporti di lavoro cosiddetti atipici tra autonomia e subordinazione nella prospettiva dell'integrazione europea*, in *RIDL*, 1992, I, p. 135.

grate dalla legislazione successiva della l. n. 300/70) non è evidentemente disponibile a causa della sua tassatività; e non potrebbe essere diversamente, in quanto la rigidità del tipo legale è il corollario scontato del prevalere delle fonti sovraordinate, che modellano lo schema di scambio, dettandone poi la disciplina in larga misura inderogabile e indisponibile<sup>22</sup>.

Un'impostazione che, come si vedrà in seguito, resiste a tutt'oggi anche dinanzi alle (più spregiudicate) politiche di flessibilità; le quali, pur tentando di riconoscere maggiore forza contrattuale alle parti nell'ambito della regolamentazione dei propri interessi negoziali, non sono (ancora) riuscite a svincolare la qualificazione del contratto dalla propria caratteristica prerogativa di indisponibilità.

Quanto sin qui dedotto permette, quindi, di identificare il primo soggetto – che, allo stato del presente studio, sembrerebbe anche l'unico – cui risulta ascrivibile un qualche potere di disposizione del tipo: il legislatore.

Infatti, pur essendo normalmente riconosciuta alla legge una connotata facoltà dispositiva, resta da chiarire in quali termini ed entro quali limiti – nell'ambito di tale facoltà – il legislatore possa esercitare un'attività qualificatoria.

3. *Potere qualificatorio del legislatore nella individuazione del tipo negoziale.* – Sul punto in dottrina è stata prospettata una “relativa” facoltà dispositiva da parte della legge (e dell'autonomia collettiva)<sup>23</sup>. Il legislatore, che ha “confezionato” il

<sup>22</sup> L. MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 30. Mentre L. MENGONI, *op. cit.*, p. 12, evidenzia comunque l'importanza del diritto civile, quale “infrastruttura” del diritto del lavoro.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 32, in cui si rammentano anche alcuni casi di opinabile qualificazione operata dalla fonte collettiva, quali ad esempio quelli relativi ai rapporti fra medici e case di cura o la disciplina contenuta nell'art. 3, comma 2, l. 23 marzo 1981, n. 91, in tema di rapporti tra società e sportivi professionisti, ipotesi nelle quali la qualificazione sembra operata *a priori* prescindendo dalla verifica dell'esistenza o meno del vincolo di subordinazione. Sul punto, si veda anche M. PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in *RIDL*, 1984, I, p. 506. In realtà,

tipo, può evidentemente anche disporre, fermo restando che gli atti dispositivi possono essere di diversa estensione e portata, così come le relative, sottostanti, motivazioni di politica del diritto.

È possibile, infatti, che il legislatore disponga del tipo con interventi correttivi e modificativi che toccano (arricchendola) la causa di scambio, ovvero modulano il tempo della prestazione (orario o durata complessiva), ovvero regolano l'adempimento che si colloca programmaticamente al di fuori dell'organizzazione del creditore e presenta per tale ragione qualche specificità in più o in meno<sup>24</sup>.

A livello esemplificativo, pur trattandosi di fattispecie ormai risalenti nel tempo, si può far riferimento all'art. 1, primo comma, della legge 18 dicembre 1973, n. 877, come novellato dalla legge 16 dicembre 1980, che in merito al lavoro a domicilio – al secondo comma – afferma che «la subordinazione, agli effetti della presente legge e in deroga a quanto stabilito dall'art. 2094 c.c., ricorre quando il lavoratore a domicilio è tenuto ad osservare le direttive dell'imprenditore circa le modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere nell'esecuzione parziale, nel completamento o nell'intera lavorazione di prodotti oggetto dell'attività dell'imprenditore committente». Ipotesi, questa, in cui il legislatore accoglie una nozione di subordinazione, diversa da quella comune, sostituendo al dato dell'assoggettamento ai poteri direttivo e gerarchico del datore di lavoro, l'altro delle disposizioni impartite per l'esecuzione del lavoro da effettuarsi presso il domicilio del lavoratore, riguardo alle modalità e ai risultati della presta-

molti autori escludono che il contratto collettivo possa disporre del tipo, in quanto, anche se il procedimento qualificatorio è trasferito ad un livello nel quale i rapporti di forza appaiono meno squilibrati, rigidità e tassatività dello schema legale costituiscono ostacoli insormontabili. Per tutti, cfr. M.V. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *DL*, 1987, p. 41 e ss.; nonché, M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 1990, p. 529 e ss.

<sup>24</sup> L. MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 36.



zione<sup>25</sup>, e dettando, in tal modo, una disciplina parzialmente diversa del rapporto di lavoro, ritenuta soltanto compatibile con le possibilità e le esigenze peculiari di un'attività lavorativa effettuata presso il domicilio del lavoratore<sup>26</sup>.

La medesima tecnica dispositiva è individuabile anche in materia di rapporti di lavoro tra società e sportivi professionisti, allorché, all'art. 3 della legge 203/1981, n. 91, si stabilisce che la prestazione a titolo oneroso dell'atleta costituisce l'oggetto di un contratto di lavoro autonomo, in presenza di alcuni particolari requisiti. In tale ipotesi, infatti, il legislatore si preoccupa di tracciare la linea di confine tra lavoro autonomo e subordinato sulla base di requisiti "quantitativi e qualitativi"<sup>27</sup>.

In questi casi, però, la deviazione non è mai tanto sensibile da comportare l'abbandono del modello legale, del tipo dal quale sono germinate le specie o sottospecie, a seguito degli atti dispositivi posti in essere dal legislatore medesimo.

La forma più incisiva ed estrema, invece, della disponibilità qualificatoria riconosciuta al legislatore è quella che sottrae all'area protetta una fattispecie che alla stessa apparterebbe naturalmente, ove fosse utilizzato l'usuale procedimento qualificatorio per sussunzione.

È il caso rappresentato dalla ormai vetusta normativa sui contratti a tempo parziale e a termine (per un tempo non superiore a dodici mesi) conclusi con giovani da 18 a 29 anni, finalizzati al compimento di un'«attività di utilità collettiva», previsto dall'art. 3, commi 1,7 e 8, della legge finanziaria 11 marzo 1988, n. 67, che definiva testualmente tale ipotesi come

<sup>25</sup> L. GAETA, *Lavoro a distanza e subordinazione*, Esi, Napoli, 1993, p. 109.

<sup>26</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *RIDL*, 2001, I, p. 95, chiarisce anche che «nello stesso quadro può collocarsi anche il nuovo modello del lavoro a distanza a mezzo di apparecchiature telematiche, già previsto e disciplinato nell'area dei rapporti alle dipendenze della pubblica amministrazione (art. 4, terzo comma, l. 166/1998, n. 191) nonché dalla contrattazione collettiva».

<sup>27</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 102.

«non» di lavoro subordinato, pur costituendo una semplice variante del *genus* comprendente l'insieme dei negozi incentivanti l'occupazione giovanile.

Ulteriori esemplificazioni sono quelle regolate dalla legge quadro sul volontariato (l. 11 agosto 1991, n. 266), dalla normativa sulle cooperative sociali (l. 8 novembre 1991, n. 381) e dalla disciplina degli LSU.

In particolare, in queste ultime disposizioni di legge si afferma espressamente che sia le attività del “volontario”, sia quelle del socio volontario impegnato in una cooperativa sociale, che si propone di realizzare gli scopi della «promozione umana» e della «integrazione sociale» a favore delle «persone svantaggiate» (art. 1, l. 381/91), non possono essere inquadrate, nel primo caso, in qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonomo né in ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale (art. 2, l. 266/91), mentre, nella seconda ipotesi, non sono estensibili «i contratti collettivi e le norme di legge in materia di lavoro subordinato ed autonomo»<sup>28</sup>.

Sotto il medesimo segno si inserisce la legge 1 dicembre 1997 n. 468, regolativa della materia attinente ai lavori socialmente utili, che all'art. 8, comma 1, testualmente recita: «L'utilizzazione dei lavoratori nelle attività di cui all'art. 1 non determina l'instaurazione di un rapporto di lavoro (...)».

Anche in questo caso la norma, ripetendo la tradizionale formula già contenuta nella precedente disciplina, esclude la sussistenza di un rapporto di natura subordinata nella fattispecie tipizzata.

La *ratio* sottesa indistintamente a tali normative è evidente: la finalità politico-legislativa è stata considerata talmente essenziale da imporsi su tutti gli ordinari criteri di qualifica-

<sup>28</sup> L. MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 34. In merito, M. MARIANI, *La legge 8 novembre 1991, n. 381, sulle cooperative sociali*, in *RIDL*, 1992, I, p. 209 ss., chiarisce anche che «unica normativa giuslavoristica applicabile alle due specie, sul punto del tutto omogenee, è quella relativa alle norme sull'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (art. 4, comma 1, l. n. 266/91 e art. 2, comma 3, l. n. 381/91)».

zione. Il legislatore ha, infatti, manifestamente disposto del tipo legale, là dove diversamente – cioè in assenza di una esplicita disposizione qualificatoria – il rapporto dei giovani impegnati nell’attuazione di progetti di “utilità collettiva” avrebbe dovuto essere inquadrato senza alcun dubbio nell’ambito del lavoro subordinato.

È chiara, dunque, l’incisività della scelta legislativa, che, al di là delle più concrete finalità politico-speculative perseguite, ha come effetto dirompente quello di sottrarre tutele ad alcune categorie di lavoratori aprioristicamente qualificati come “non subordinati”.

Una simile opzione normativa sembra però richiedere un altrettanto solido sostegno “giustificativo”: la ragion d’essere dell’atto dispositivo sembrerebbe, quindi, potersi individuare nel sicuro spessore costituzionale (art. 2 Cost.) delle rilevanti finalità sociali perseguite; come dire che è possibile limitare o impedire a lavoratori, normalmente considerati subordinati, l’accesso alle tutele, ai medesimi costituzionalmente garantite, solo in forza di diritti paraordinati e che inducano ad una inevitabile esigenza (politica) di contemperamento di interessi.

Invero, escludere aprioristicamente la natura subordinata ad un rapporto di lavoro significa sostanzialmente sottrarre al lavoratore al possibilità (*rectius*, il diritto) di usufruire di tutte le tutele alla medesima collegate. L’atto di disposizione appare, pertanto, particolarmente significativo se si tiene conto del fatto che vengono in tal modo non solo “normalizzati” casi di violazione di regole imperative e indisponibili in materia previdenziale, ma anche omologate prassi elusive di divieti legali posti dallo stesso legislatore<sup>29</sup>.

In più, nei casi richiamati ad esemplificazione, il lavoro del volontario, svolto sia nell’organizzazione di cui alla legge n. 266/91, sia nell’ambito di una cooperativa sociale, non può essere retribuito e non è inseribile, in ragione della gratuità im-

<sup>29</sup> Secondo L. MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 34, si tratterebbe di «una sorta di mini-condono in sanatoria, attuato attraverso la disposizione del tipo negoziale».

posta *ex lege*, né nello schema del lavoro subordinato, né in quello del lavoro autonomo, così come in qualsivoglia altro ambito regolativo tipico, sicché l'unica qualificazione possibile e residuale appare quella che si limita a riconoscere e a tipizzare la specie, come autonoma e separata, in ragione della finalità solidaristica della prestazione eseguita all'interno di una "speciale" organizzazione (sia essa di volontariato ovvero una cooperativa sociale)<sup>30</sup>.

Si tratterebbe, dunque, di specie neutre unificate solo dalla gratuità delle prestazioni, ristrette negli spazi segnati da una normativa che le isola dal generale contesto, dirette a creare una sorta di "zona di rispetto" intorno ad attività caratterizzate dal fine della solidarietà sociale.

Nel richiamo ad ipotesi tipicamente caratterizzate da una qualificazione del tipo "pre-disposta" dal legislatore non può omettersi una specifica attenzione a due disposizioni normative: l'art. 11 della legge 23 giugno 1961, n. 520, che stabilisce che la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministro del Turismo e dello Spettacolo possono avvalersi dell'opera di persone estranee all'Amministrazione «...che non ha[nno] diritto ad alcun trattamento di previdenza e di quiescenza, né ad indennità di licenziamento», e il discusso art. 13, commi 2 e 3, della legge 23 dicembre 1992 n. 498, intitolata "Interventi urgenti in materia di finanza pubblica", così come novellata dal successivo art. 6-*bis* del d.l. 18 gennaio 1993, n. 9, convertito nella legge 18 marzo 1993, n. 67.

Nel disposto di quest'ultima "leggina"<sup>31</sup> testualmente si afferma: «Le province, i comuni e le comunità montane e i loro consorzi non sono soggetti, relativamente ai contratti d'opera o per prestazione professionale a carattere individuale, da essi stipulati, all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti da leggi di previdenza ed assistenza, non ponendo in essere i con-

<sup>30</sup> L. MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 34.

<sup>31</sup> M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, 1, p. 63 ss.

tratti stessi rapporti di subordinazione». Il comma successivo, inoltre, attribuisce valenza retroattiva alla norma derogatoria, affermando che tali disposizioni «...hanno natura interpretativa e si applicano anche ai contratti già stipulati alla data di entrata in vigore della presente legge».

Ancora una volta il legislatore ha disposto del tipo. In questo caso, però, diversamente dalle ipotesi precedentemente esaminate, la *ratio* della disciplina dispositiva è rinvenibile nel fatto che si è inteso sanare situazioni irregolari (si tratta dell'intento di escludere il sorgere di rapporti di pubblico impiego, nel primo caso, e dei contratti di consulenza conclusi dagli enti locali e dai loro consorzi in elusione del blocco totale delle assunzioni, nel secondo). Si è, pertanto, stabilito "per legge", quindi con una sorta di *diktat*, che i rapporti in questione non abbiano natura subordinata, come se si trattasse di un problema di «qualificazione» discrezionale e libera, da operare volta per volta, a seconda degli interessi e delle opzioni contingenti che il legislatore intende soddisfare<sup>32</sup>.

4. *Limiti costituzionali alla disponibilità del legislatore nella qualificazione del tipo contrattuale.* – La disciplina richiamata, creata *ad hoc* tra l'altro allo scopo non dissimulato di incidere sui giudizi promossi da INPS e INAIL per l'accertamento di obblighi retributivi, ha ingenerato non pochi dubbi di legittimità costituzionale.

Infatti, sia l'art. 11, l. n. 520/61, sia il secondo e terzo comma del citato art. 13, l. n. 498/92, sono stati sottoposti al giudizio della Corte Costituzionale, alla quale è stato espressamente chiesto se il legislatore possa sottrarre al giudice il potere di accertare in base alle circostanze di fatto la natura di un rapporto di lavoro.

Può, cioè, il legislatore mediante l'assegnazione di un diverso *nomen iuris* ad una determinata classe di rapporti di la-

<sup>32</sup> L. MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 35.

voro (o peggio ai rapporti stipulati da una determinata classe di datori di lavoro) neutralizzare le conseguenze protettive del diritto del lavoro<sup>33</sup>?

In proposito, i giudici rimettenti avevano denunciato, per entrambe le leggi in parola, la violazione degli artt. 35, 36 e 38 Cost. per la «neutralizzazione delle garanzie costituzionali a favore del lavoro subordinato che in tal modo verrebbe operata rispetto ad alcuni rapporti che hanno di fatto tale natura»; nonché la violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. che, secondo i giudici *a quibus*, sarebbe lesa «dalla ingiustificata discriminazione che in tal modo verrebbe attuata, nell'ambito dei lavoratori subordinati, a danno di alcuni di essi, ma anche per l'effetto dell'ingiustificato privilegio che verrebbe in tal modo accordato ad una categoria di datori di lavoro rispetto alla generalità di questi ultimi. Infine, sarebbero incisi il principio della soggezione del giudice alla legge e ad essa soltanto, nonché il principio dell'indipendente esercizio della funzione giurisdizionale (artt. 101 e 104 Cost.), perché la norma, così intesa, sottrarrebbe al giudice il potere di interpretare autonomamente non già le disposizioni di legge, ma gli stessi fatti rilevanti per la qualificazione del rapporto (*Omissis*)»<sup>34</sup>.

Con due diverse sentenze<sup>35</sup>, il giudice delle leggi, si è pronunciato, per entrambe le ipotesi di illegittimità sottoposte alla sua attenzione, in maniera sostanzialmente univoca.

Con la prima sentenza (n. 121/1993), la Corte Costituzionale ha affermato l'illegittimità per contrasto con l'art. 36, comma 1, Cost. della norma denunciata nella parte in cui sottrae le tutele tipiche del lavoro subordinato a prestazioni che in concreto vengono espletate in regime di dipendenza, ancorché con carattere di saltuarietà, «non essendo tale carattere di per sé incompatibile con la configurabilità del rapporto di lavoro

<sup>33</sup> M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali...*, cit., p. 64.

<sup>34</sup> Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2656.

<sup>35</sup> Corte Cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, p. 2432; e Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, cit.

subordinato, allorquando tra una prestazione e l'altra permanga il vincolo della disponibilità per il lavoratore e vi sia, comunque, l'inserimento di quest'ultimo nell'organizzazione del datore di lavoro»<sup>36</sup>.

Sulla base dei medesimi presupposti, testualmente ribaditi e sviluppati, la seconda sentenza (n. 115/1994) perviene, invece, ad una pronunzia interpretativa di rigetto, salvando la disposizione in esame a condizione di una lettura restrittiva, che circoscrive l'esclusione degli obblighi previdenziali e assistenziali prevista dalla legge "sospettata" ai soli contratti d'opera e di prestazione professionale stipulati dai soggetti indicati nella legge e non ai contratti aventi sostanziale natura di lavoro subordinato.

Con un evidente artificio retorico, dunque, la Corte ha salvato la normativa in oggetto, manifestamente viziata da incostituzionalità, richiamandosi a generali canoni interpretativi, diretti ad escludere, a fronte di una pluralità di interpretazioni possibili, quella che dava alla disposizione un significato normativo in contrasto con il dettato costituzionale.

Non solo. La sentenza richiamata, per un verso, ha superato la stridente violazione del canone dell'uguaglianza di fronte alla legge, in cui rischiava di incorrere la disposizione, allorché con la stessa si fosse inteso fissare autoritativamente la qualificazione di una classe chiusa di rapporti di lavoro, escludendosi a priori la subordinazione in tali rapporti indipendentemente dalla loro natura; e, per altro verso, ha indicato, altrettanto chiaramente, l'esistenza di un limite costituzionale alla discrezionalità legislativa<sup>37</sup>.

Infatti, richiamando la citata precedente pronuncia, si è ritenuto che «non sarebbe comunque consentito al legislatore

<sup>36</sup> In cui si è affermato che non è consentito al legislatore di negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato, che tale natura in effetti posseggono, ove ne derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste nell'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti sanciti dalla Carta Costituzionale

<sup>37</sup> M. D'ANTONA, *op. cit.*, p. 64.

negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato. A maggior ragione non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere direttamente e 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»<sup>38</sup>.

Pertanto, secondo il disposto della medesima sentenza, i principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato devono trovare attuazione ogni qual volta vi sia, nei fatti, quel rapporto economico-sociale al quale la Costituzione riferisce tali principi, tali garanzie e tali diritti.

La sentenza, dunque, ha sollevato una questione di evidente spessore teorico, laddove ha indicato nella «natura obiettivamente subordinata del rapporto di lavoro» un limite costituzionale alla discrezionalità legislativa e di riflesso alla rilevanza giuridica dell'autonomia privata<sup>39</sup>.

Per i giudici delle leggi, infatti, assumono rilevanza diretta, ai fini qualificatori, sia “i caratteri oggettivi propri del lavoro subordinato” e “le modalità di svolgimento concreto proprie del lavoro subordinato”, sia i connotati economico-sociali del rapporto che “effettivamente” si instaura tra le parti, quali che siano il titolo o la disciplina deliberati in astratto dal legislatore o prescelti dalle parti con la dichiarazione negoziale; come a dire che l'insieme degli effetti normativi, nei quali sul piano dell'ordinamento positivo sono tradotte le garanzie costituzionali del lavoro subordinato, debbano trovare applicazione ogni

<sup>38</sup> Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, cit.

<sup>39</sup> M. D'ANTONA, *op. cit.*, p. 66.



qual volta vi sia nei fatti quel rapporto economico sociale al quale la Costituzione riferisce quelle garanzie<sup>40</sup>.

Che il lavoro “obbiettivamente” subordinato non possa essere separato né per legge né per accordo dal suo sistema di garanzie e, quindi, che né al legislatore né alle parti sia consentito escludere direttamente o indirettamente l’applicabilità della disciplina inderogabile a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri di quello subordinato<sup>41</sup>, sembra essere stato confermato anche dalla giurisprudenza, che, ad esempio, in riferimento alla qualificazione dei cosiddetti rapporti di accudienza (art. 26, primo comma, l. n. 1236/1959) ha dichiarato che una disposizione, che disciplina in astratto una ipotesi di lavoro autonomo, non vincola il giudice riguardo alla qualificazione giuridica del rapporto, quando dalle concrete modalità del suo svolgimento si possa desumere la ricorrenza del vincolo della subordinazione, e che a tale stregua il giudice deve verificare le concrete modalità di effettuazione della prestazione lavorativa, non potendo discendere dal disposto della norma una qualificazione vincolante del rapporto, come di lavoro autonomo, in contrasto con i principi costituzionali<sup>42</sup>.

Tali interpretazioni, però, evidenziano come nel pensiero della Corte Costituzionale, così come in quello della Corte di legittimità, si annidi un equivoco di fondo che getta una luce ambigua sulle richiamate deduzioni<sup>43</sup>. Si afferma, a sostegno della ritenuta quasi indisponibilità della natura del rapporto di lavoro, che la qualificazione voluta dalle parti non possa prevalere sulle modalità effettive del suo svolgimento e che tanto meno la legge possa autorizzare le parti a volere qualcosa di diverso dalla natura subordinata che, nell’effettività della vicenda, le stesse abbiano impresso al rapporto. Queste conside-

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> A. AVIO, *La subordinazione ex lege non è costituzionale*, in *RIDL*, 1995, II, p. 277.

<sup>42</sup> Cfr., Cass. 20 novembre 1998, n. 11756, in *RIDL*, 1999, II, p. 488; nonché, Cass. 7 ottobre 1997, n. 9722, in *ivi*, 1998, II, p. 659.

<sup>43</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 107.

razioni, di carattere quasi incidentale, fanno da corollario al fondamentale problema controverso, che, come si è avuto modo di osservare, consiste nello stabilire se alla legge sia consentito di attrarre nell'area del lavoro autonomo prestazioni lavorative che altrimenti potrebbero rientrare in quella del lavoro subordinato, con la conseguente applicazione della disciplina a questo destinata<sup>44</sup>.

In verità, alcuni Autori hanno ritenuto impensabile che la Carta Costituzionale abbia inteso attribuire la preminenza, anche rispetto ai suoi principi ed alle sue norme, ad una nozione fondata esclusivamente sui dati di fatto derivanti dalla esperienza storica, quasi rinnegando il ruolo decisionale del legislatore nella definizione dei fenomeni giuridici<sup>45</sup>.

Secondo tale tesi, risulterebbe arduo escludere che al legislatore sia consentito di disporre di un tipo o di un modello normativo, ritenendo che la Carta Costituzionale, nell'attribuire diritti e garanzie irrinunciabili ai lavoratori, abbia eretto una barriera insuperabile anche per lo stesso legislatore<sup>46</sup>.

Pertanto, sulla base di questo orientamento interpretativo, pur dovendo la legge ordinaria osservare i criteri di uguaglianza e razionalità, garantiti dal principio di effettività (attuato dalla Corte Costituzionale, sempre pronta a sanzionare ogni norma contraria all'ordinamento costituito, esponendola al rischio della non effettività), non sarebbe possibile disconoscere il potere del legislatore di apportare deroghe a disposizioni di contenuto generale, in presenza e tenuto conto di elementi e connotati di diversità dalla fattispecie regolata<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> *Idem.*

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>46</sup> Secondo, G. PERA, *Diritto del Lavoro*, 6<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2000, p. 301, «il legislatore non può fare da padrone stravolgendo i principi elementari, costituzionalmente imposti, del diritto del lavoro; di guisa che il giudice deve disattendere la previsione ove accerti che in realtà si tratta di autentico rapporto di lavoro».

<sup>47</sup> Resta in ogni caso indiscutibile che il legislatore possa legittimamente aver interesse a qualificare aprioristicamente dei rapporti di lavoro allorché lo ritenga necessario per il "bene comune", fermo restando il fatto che il singolo rapporto possa

Diversamente dai sostenitori delle opzioni ermeneutiche testé richiamate, chi scrive non si sente di considerare con altrettanta severità l'interpretazione fornita dalla Consulta, plaudendo, al contrario, ad una limitazione della disponibilità qualificatoria del legislatore se giustificata dalla più alta esigenza di assicurare l'effettività delle regole costituzionalmente garantite.

Se è vero, quindi, che il legislatore non può liberamente qualificare rapporti “sostanzialmente” subordinati, non è altrettanto vero che allo stesso sia vietata la facoltà di procedere ad ulteriori articolazioni tipologiche dei rapporti lavorativi o di modulare flessibilmente la disciplina dei rapporti di lavoro.

Si vuol dire che la Corte Costituzionale, nel postulare l'aderenza della qualificazione del rapporto (e della relativa disciplina) alla reale ristrutturazione della fattispecie concreta, non preclude, ad esempio, la creazione legislativa di un ipotetico *tertium genus*, accanto al lavoro subordinato e a quello autonomo, per il semplice motivo che tale figura non andrebbe ad intaccare il prototipo normativo costituzionalmente rilevante di lavoro subordinato o la storica subordinazione delineata dall'art. 2094 c.c., ma andrebbe a tipizzare e governare figure intermedie tra autonomia e subordinazione emergenti dai nuovi modelli della produzione, con l'effetto di non togliere alcuna garanzia alla fattispecie presupposta dal Costituente.

Analogamente non si porrebbe in contraddizione con il *dictum* della Corte una modulazione delle tutele, crescente in relazione alla intensificazione del profilo della subordinazione, che salvaguardasse il nucleo duro dei diritti fondamentali inderogabilmente spettanti a chi presta lavoro nei termini della più tradizionale e stringente subordinazione.

Entrambe le operazioni – la ristrutturazione delle fattispecie poste a base del diritto del lavoro e la modulazione “degli effetti” – dovrebbero, però, pur sempre fare i conti con le coordinate e i limiti evidenziati dalla Consulta, cioè a dire con

essere svolto in maniera diversa ed essere pertanto valutato dal giudice in base alle modalità effettive di attuazione dello stesso.

il divieto di sottrarre diritti garantiti a livello costituzionale a figure che il Costituente ha ritenuto meritevoli di particolare e incisiva tutela<sup>48</sup>.

5. *Una breccia nel muro invalicabile della indisponibilità qualificatoria nel diritto del lavoro? Un caso italiano.* – Questa ineludibile esigenza di attuazione delle tutele costituzionali, e di conseguente estensione delle stesse al maggior numero possibile di rapporti di lavoro, sembra essere stata accolta in tempi più recenti dalla Corte di Cassazione<sup>49</sup>, che, confermando ancora una volta la propria attitudine a recepire in anticipo rispetto al legislatore le nuove tendenze interpretative, determinate dal mutamento dei fattori socio-economici della società reale, si è pronunciata in apparente controtendenza rispetto al rigoroso principio di indisponibilità del tipo contrattuale da parte del legislatore in materia di rapporti di lavoro, così come sancito a chiare lettere dalla Corte Costituzionale<sup>50</sup>.

All'assunto secondo cui la qualificazione del rapporto cui si perviene sulla base delle concrete modalità di svolgimento non può essere alterata (non soltanto dalla diversa opinione della parte, ma) neanche da una qualificazione d'imperio fornita dal legislatore, la richiamata sentenza ha replicato con l'affermazione che, a certe condizioni, ben può il legislatore attribuire al rapporto la natura subordinata, a prescindere da ogni riferimento e verifica dei consueti dati tipologici, né può il giudice contrapporre a tale qualificazione una diversa ricostruzione del rapporto fondata sulla rilevazione dei fatti oggettivamente verificatisi.

Tale asserzione ha preso spunto dall'annosa questione relativa alla qualificazione dei rapporti di lavoro sorti tra Università e lettori di madre lingua straniera.

<sup>48</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *op. ult. cit., passim*.

<sup>49</sup> Cass. 5 settembre 2005, n. 17759, in *RIDL*, 2006, II, p. 552.

<sup>50</sup> Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, cit. *supra*.

La problematica vive da anni alterne vicende, segnata da una lunga evoluzione attuata dapprima *ope iudicis*, attraverso il combinato disposto di sentenze nazionali e sopranazionali e, quindi, *ope legis*. Infatti, per un verso, l'intervento giudiziale, con le sentenze n. 55/89 della Corte Costituzionale e n. 33/88 della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ha inciso notevolmente sullo schema contrattuale originariamente predisposto dal legislatore nazionale (art. 28 D.p.r. 382/80), che attribuiva ai rettori delle Università la facoltà di stipulare contratti a tempo determinato, con scadenza annuale, rinnovabili per non più di cinque anni; per l'altro, l'abrogazione dell'art. 28 e l'intervento della l. n. 236/95 hanno ridisegnato la figura professionale in questione, aprendo le porte ad una profonda trasformazione.

Nella scia di tale processo evolutivo si pone la sentenza in esame, la quale ha cassato con rinvio la pronuncia di merito che aveva negato la natura di lavoro subordinato a tempo indeterminato a contratti di dottorato stipulati nel periodo dal 1983 al 1990.

In particolare, alcuni lettori di lingua straniera avevano chiesto il riconoscimento della natura subordinata del rapporto di lavoro intercorso con l'Università – in contrasto con il *nomen iuris* dato al contratto dagli stessi contraenti –, sostenendo l'equiparazione ai fini retributivi del proprio contratto a quello del ricercatore confermato a tempo definito.

Rigettato nei primi due gradi di giudizio, il ricorso è stato ritenuto fondato dalla Cassazione, la quale ha dichiarato la natura subordinata a tempo indeterminato dei contratti stipulati dai cosiddetti “ex lettori di madre lingua” ricorrenti (oggi denominati “collaboratori linguistici”), in considerazione della recente pronuncia della Corte di Giustizia CE (C-212/99 del 26 giugno 2001), già espressasi in tal senso, e del disposto del d.l. n. 2 del 2004, che all'art. 1 ha riconosciuto ai lettori «un trattamento economico corrispondente a quello del ricercatore confermato a tempo definito (...)».

Secondo la stessa Suprema Corte, infatti, lo *ius superveniens* invocato dai ricorrenti risulta certamente applicabile al caso di specie dal momento che «...a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia n. 212/99 del 26 giugno 2001, sono stati rimossi tutti gli elementi di discriminazione in danno ai suddetti lavoratori derivanti dalla disciplina previgente, con la conseguenza che i rapporti di lavoro instaurati con le Università dai lettori di lingua straniera devono essere considerati come rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato con decorrenza sin dall'inizio del primo contratto da ciascuno di essi stipulato...».

Pertanto, all'esito di tale percorso argomentativo, i Giudici della Suprema Corte hanno concluso che: «In riferimento ai contratti di lavoro dei lettori di lingua straniera presso le Università – stipulati ai sensi dell'art. 28 del d.P.R. n. 382 del 1980 – dalla sentenza della Corte di Giustizia n. 212/99 del 26 giugno 2001 e dal d.l. n. 2 del 2004, conv. con modificazioni dalla legge n. 63 del 2004, che a tale sentenza ha dato attuazione, risulta imposta la qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato a tempo indeterminato, essendo questa presupposto indefettibile del trattamento economico riconosciuto ai suddetti lavoratori, e la stessa qualificazione non può essere negata dall'autonomia delle parti contraenti».

Non è certo la prima volta che la giurisprudenza si trova a decidere su un rapporto di lavoro la cui natura giuridica è stata qualificata *ope legis*<sup>51</sup>.

Ciò che, però, rende originale la pronuncia in oggetto è il fatto che la Suprema Corte, distaccandosi inesorabilmente dall'orientamento seguito in precedenza, afferma che nel caso di specie «non rilevano (...) i limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale in materia di lavoro subordinato...».

I giudici della Suprema Corte sembrano prendere, così, le distanze dalle due note sentenze (n. 121/93 e n. 115/94) con cui la Corte Costituzionale aveva, per un verso, sancito l'indi-

<sup>51</sup> Cfr. *supra* cap. I, par. 3.

sponibilità del tipo contrattuale da parte dell'autonomia privata e, per l'altro, posto dei limiti ben precisi al potere qualificatorio del legislatore, destinato a cedere dinanzi all'accertamento giudiziale della natura "oggettivamente" subordinata del rapporto<sup>52</sup>.

Mentre l'esclusione del potere dispositivo delle parti viene ribadita anche nella pronuncia *de qua*, a conferma di copiosa dottrina e giurisprudenza<sup>53</sup>, da tempo concordi nel ritenere irrilevante ai fini qualificatori il cosiddetto *nomen iuris* che le parti attribuiscono al rapporto<sup>54</sup>, una qualche discrezionalità qualificatoria, sganciata da ogni verifica sulla presenza o meno degli indici tipologici, è, invece, qui riconosciuta al legislatore<sup>55</sup>.

Come chiarito in precedenza, già in passato si erano verificate ipotesi di disposizione *ope legis* della qualificazione di alcuni rapporti di lavoro, ad esempio in materia di lavoro a domicilio (l. n. 877/73) o di rapporti di lavoro tra società e sportivi professionisti (l. 203/1981).

In questi casi, però, la deviazione dal tipo legale non era mai stata tanto sensibile da comportare l'abbandono del modello normativo, limitandosi il legislatore a delineare specie o sottospecie.

In altri casi, invece, una forma più incisiva ed estrema della disponibilità qualificatoria riconosciuta al legislatore ha finito per sottrarre all'area protetta della subordinazione fattispecie che alla stessa sarebbero appartenute naturalmente ove fosse stato utilizzato l'usuale procedimento qualificatorio per sussunzione.

<sup>52</sup> M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, p. 63 e ss.

<sup>53</sup> Cfr., tra gli altri, L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *RIDL*, 1990, p. 211.

<sup>54</sup> Sul punto, v. Cass. 11 settembre 2003, n. 13375, in *FI*, 2003, I, 3321, secondo cui il *nomen iuris* è un indice cui può farsi ricorso solo sussidiariamente, ovvero quando la volontà cartolare non risulti contraddetta dalle modalità di effettivo svolgimento del rapporto.

<sup>55</sup> Per tutti, cfr. P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989.

Ciò come verificatosi con i già citati art. 11 della legge 23 giugno 1961, n. 520, o con la risalente normativa sui contratti a tempo parziale e a termine all'art. 3, commi 1, 7 e 8, della legge finanziaria 11 marzo 1988, n. 67, o, ancora con l'art. 13, commi 2 e 3, della l. 23 dicembre 1992 n. 498.

In tutte queste ipotesi, precedentemente esaminate, il legislatore ha sostanzialmente posto in essere un intervento dispositivo del tipo, stabilendo "per legge" l'esclusione della natura subordinata dei rapporti in questione a prescindere dalle reali modalità di svolgimento del rapporto.

Allo scopo di evitare che siffatta qualificazione legislativa potesse espropriare i lavoratori di diritti costituzionalmente sanciti, la Corte Costituzionale ha ritenuto di sanare una situazione manifestamente irregolare, stabilendo, in definitiva, la rilevanza ai fini qualificatori dei connotati economico-sociali del rapporto che "effettivamente" viene instaurato tra le parti, quali che siano il titolo o la disciplina deliberati in astratto dal legislatore o prescelti dalle parti con la dichiarazione negoziale.

Come a dire che l'insieme degli effetti normativi, nei quali sul piano dell'ordinamento positivo sono tradotte le garanzie costituzionali del lavoro subordinato, debbono trovare applicazione ogni qual volta sussista in concreto quel rapporto al quale la Costituzione attribuisce specifiche garanzie.

La sentenza in esame della Corte di Cassazione capovolge in qualche misura l'impostazione della Corte Costituzionale, anche se in nome della medesima finalità di estensione delle tutele di chi presta lavoro in favore di un'impresa, ed esclude categoricamente i limiti posti dalla Consulta al potere dispositivo del legislatore, dichiarando «l'inapplicabilità dello stesso principio [sancito da C. Cost. nn. 121/93 e 115/94, *n.d.a.*] alla qualificazione *ope legis*, come subordinato, di rapporti che oggettivamente abbiano natura di lavoro autonomo».

L'opzione qualificatoria del legislatore torna, cioè, a vincolare il giudice (libero viceversa – nella impostazione della Corte Costituzionale – di contestare l'indicazione normativa) anche se a determinate condizioni.



Perché si possa disporre del tipo, infatti, è necessario, secondo la Cassazione, *a*) che a qualificare il rapporto di lavoro sia il legislatore e non le parti (anche se nel caso di specie si tratta di una legge che si limita «a dare attuazione ad una interpretazione adeguatrice proveniente da fonte parimenti sovraordinata, ...quale, appunto, la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee...»); *b*) che la natura giuridica “pre-disposta” del rapporto sia quella di tipo subordinato.

Le ragioni che muovono la Cassazione sono evidenti e in qualche modo condivisibili.

Allorquando dall'intervento “coattivo” del legislatore derivi «soltanto la estensione dei più favorevoli “principi, garanzie e diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoratore subordinato”»; se cioè si afferma preventivamente la natura subordinata di un rapporto di lavoro, in tali casi, e solo in essi, il legislatore avrà pieno diritto a disporre illimitatamente del tipo. Diversamente (cioè nell'ipotesi in cui il rapporto di lavoro dovesse essere aprioristicamente qualificato come autonomo), lo stesso legislatore sarà tenuto a sottostare ai limiti impostigli dalla Corte Costituzionale.

Dunque, se – a prescindere dalla presenza degli indici tipologici della “dipendenza” – si estendono *ope legis* le tutele tipiche della subordinazione, il tipo contrattuale è disponibile; viceversa, se tali garanzie dalla stessa legge vengono comprese, il tipo resta indisponibile.

Pur comprensibile quanto alla *ratio* di tutela del lavoratore, una simile conclusione lascia, però, spazio a qualche dubbio, ancora una volta, in punto di legittimità costituzionale.

Infatti, la pretesa della Suprema Corte di impedire alle parti la possibilità di strutturare in concreto il rapporto secondo moduli di lavoro autonomo delinea un possibile contrasto con l'art. 41, primo comma, Cost., che, sulla base del principio di libertà di iniziativa economica, presuppone anche quello della libertà contrattuale.

Pertanto, negare ai contraenti la possibilità di strutturare il proprio rapporto di lavoro diversamente da quanto statuito per

legge, ancorché tale difformità sia giustificata da consapevoli esigenze soggettive e personali delle parti, ugualmente meritevoli di tutela, certamente andrebbe a inficiare la libertà di iniziativa economica privata costituzionalmente garantita<sup>56</sup>.

Resta il fatto, però, che la Cassazione, nel qualificare aprioristicamente come subordinato il rapporto di lavoro degli ex lettori di lingua straniera, ha di fatto concesso a questi una serie di vantaggi e tutele, negati a tanti altri rapporti che pure presentano analoghe modalità di svolgimento del rapporto, con il rischio di violare il principio di uguaglianza formale disposto dall'art. 3 Cost.

Tale scelta, per quanto apparentemente ardita, non è però in grado di realizzare una vera e propria “breccia” nel muro invalicabile della indisponibilità qualificatoria nel diritto del lavoro.

Nel caso di specie, infatti, l'intento interpretativo non è ascrivibile ad una “disponibilità del tipo”, si tratta, piuttosto, di riconoscere al legislatore la (legittima) capacità di procedere ad una elargizione di tutele e garanzie a specifici rapporti, i quali, pur non essendo subordinati secondo i classici indici giurisprudenziali, sono apparsi (come nella fattispecie in oggetto) meritevoli delle tutele costituzionalmente previste.

I Giudici della Suprema Corte, infatti, non hanno fatto altro che dar voce a richieste di maggiore elasticità ed autonomia qualificatoria, che da tempo si elevano dal mondo scientifico come da quello reale delle imprese, cercando di trovare una soluzione interpretativa che fosse realisticamente più al passo con i tempi.

Ciò che emerge chiaramente tra le righe della sentenza, quindi, è che la Cassazione ha inteso cogliere alcuni latenti segni di inquietezza che già da tempo manifestava il legislatore, sentendosi ormai troppo stretto dalle briglie della rigida inter-

<sup>56</sup> Sul punto, cfr. *amplius* A. VALLEBONA, *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *ADL*, 2004, 1, p. 293.

pretazione della Corte Costituzionale rivolta alla sua assoluta esclusione dalla qualificazione contrattuale.

Tali richieste di “aggiornamento” interpretativo non avallano, certamente, una dissennata liberalizzazione in materia.

I principi su cui da decenni si fonda la tutela della regolamentazione eteronoma sono certamente a tutt’oggi validi.

Infrangere tali principi, senza alcun discernimento o razionalità, potrebbe far incorrere nel maggior rischio di incamminarsi sulla strada di un vetero-liberismo pericoloso, via, questa, molto più accidentata rispetto ai sicuri percorsi tracciati dal nostrano vetero-garantismo, certamente più confacente alla realtà storico-politica del nostro Paese.

6. *La “disponibilità” della Corte di Giustizia Europea.* – A margine del presente studio appare opportuno sottolineare la distanza dalla sensibilità culturale della nostra Corte Costituzionale di quella mostrata in diverse occasioni dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea, in tema di indisponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro e di limiti riconoscitivi imposti al legislatore o alle parti contrattuali in sede di qualificazione della natura del rapporto di lavoro costituito o costituendo.

Con la sentenza 15 giugno 2006, nella causa C. 255/04, i giudici europei si sono pronunciati sulla legittimità della pre-sunzione di lavoro subordinato imposta dalla legislazione francese alla prestazione in territorio francese di un artista “riconosciuto come prestatore di servizi stabilito nel suo Stato membro di origine nel quale fornisce abitualmente servizi analoghi”.

Secondo la normativa francese che regola l’attività dell’artista (art. L. 762-1 del *Code du Travail*) «Ogni contratto ai sensi del quale una persona fisica o giuridica si garantisce, a fronte di una remunerazione, la partecipazione di un artista dello spettacolo in vista della sua esibizione, si presume essere un contratto di lavoro [subordinato, *n.d.a.*], qualora detto artista non eserciti l’attività, oggetto del contratto in questione, in condizioni

tali da implicare la sua iscrizione presso il registro delle imprese».

La Commissione della Comunità Europea, sentite le osservazioni presentate dalla Repubblica francese, ha inviato alla Corte di Giustizia un parere motivato, rilevando l'incompatibilità di tale presunzione con la previsione dell'art. 49 CE.

Secondo la Commissione, infatti, «la presunzione di lavoro subordinato in questione, d'altronde difficilmente sovvertibile, costituisce un ostacolo alla libera prestazione di servizi in quanto, per evitare che il loro contratto sia qualificato come contratto di lavoro [subordinato, *n.d.a.*], la qual cosa implicherebbe la subordinazione al regime di sicurezza sociale dei lavoratori dipendenti, nonché a quello delle ferie retribuite, gli artisti stabiliti in un altro Stato membro sono tenuti a provare che non esercitano un'attività lavorativa subordinata, ma, al contrario, un'attività di lavoro autonomo. Tale ostacolo sarebbe sproporzionato rispetto ai fini perseguiti».

Rispetto a tali censure, il Governo francese ha replicato rilevando che la presunzione di lavoro subordinato in questione, giustificata da motivi di interesse generale connessi alla tutela sociale degli artisti e alla lotta contro la simulazione di attività autonoma, sarebbe facilmente sovvertibile, previa la compilazione "liberatoria" del modulo E-101, predisposto allo scopo<sup>57</sup>.

La Corte ha dichiarato la contrarietà della citata presunzione all'art. 49 CE – che garantisce la libera circolazione dei servizi in ambito comunitario – sul rilievo che essa produce l'effetto di "dissuadere, da un lato, gli artisti di cui trattasi dal

<sup>57</sup> Tale formulario è stato introdotto in tutti i Paesi UE in applicazione del regolamento comunitario sulla sicurezza sociale n. 1408/71. Le Autorità Sanitarie di questi Paesi rilasciano il formulario occorrente per la copertura sanitaria di lavoratori comunitari che si spostano all'interno dell'Unione. Il formulario E 101, emesso dalla competente istituzione previdenziale, attesta l'iscrizione al regime obbligatorio del Paese di invio, la sussistenza del rapporto organico tra impresa e lavoratore (quindi, la natura del rapporto costituito), nonché la località e l'azienda dove viene svolta l'attività.

fornire i propri servizi in Francia e, dall'altro, gli organizzatori di spettacoli francesi dall'ingaggiare siffatti artisti”.

Secondo la Corte di Giustizia «la presunzione di lavoro subordinato in questione nel caso di specie non è intesa a garantire diritti spettanti in forza delle norme di diritto comunitario, ma al contrario si oppone a siffatti diritti».

Il cuore del problema affrontato dalla Corte è, dunque, rappresentato dalla nozione di subordinazione, alla quale va dedicata qualche previa considerazione.

Mentre nell'ordinamento italiano la subordinazione costituisce la chiave di accesso alle garanzie del diritto del lavoro ed è al centro di un ininterrotto dibattito dottrinale e giurisprudenziale, sul piano comunitario la stessa è lasciata alla competenza dei singoli ordinamenti nazionali in forza del principio di sussidiarietà<sup>58</sup>.

Non a caso in Europa è assente un significativo dibattito sulla nozione di lavoratore subordinato, se si eccettua quello sviluppatosi al fine di delineare l'ambito di applicazione del principio di libera circolazione dei lavoratori (art. 48 ora 39 del Trattato istitutivo). Si può anzi dubitare della stessa esistenza di una nozione di lavoratore subordinato a livello europeo<sup>59</sup>.

La prudenza del legislatore comunitario ha provocato un'opera di supplenza della Corte di giustizia europea, chia-

<sup>58</sup> Secondo M. ROCCELLA e T. TREU, *Il diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 1992, p. 25, il principio di sussidiarietà, nella sua accezione consolidata, «significa che gli interventi comunitari devono mantenersi nell'ambito delle competenze specifiche attribuite dai trattati, essendo il resto di competenza statale, e che devono essere sufficientemente flessibili da tener conto delle differenze nazionali e quindi da vincolare i diversi ordinamenti solo nei risultati». I medesimi autori, *ibidem*, precisano, altresì, che «nelle elaborazioni recenti tale principio ha conosciuto un'accentuazione ulteriore: quella secondo cui l'intervento della Comunità deve attuarsi solo quando gli obiettivi perseguiti possono raggiungersi più efficacemente al suo livello, che non è quello degli stati membri. Ciò significa che motivi di opportunità e di effettività possono suggerire alla Comunità di non intervenire anche in aree di sua competenza istituzionale».

<sup>59</sup> P. TOSI e F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro. L'ordinamento europeo*, Roma-Bari, 2005, p. 92.

mata ad affrontare il tema, sia pure in un'ottica frammentaria e casistica.

Una lettura ampia del concetto di subordinazione è stata così fornita da alcune emblematiche pronunzie che, oltre a precisare che «le nozioni di lavoratore e di attività subordinata [...] non possono essere interpretate restrittivamente...», hanno anche chiarito che, per trattarsi di attività subordinata, questa deve essere «esercitata realmente ed effettivamente»<sup>60</sup>.

Tale impostazione estensiva e legata a profili di effettività è stata ulteriormente confermata da sentenze successive, nelle quali la Corte di Giustizia ha delineato una nozione di lavoro subordinato più affine a quella del nostro ordinamento, dichiarando che: «la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca prestazioni di indiscusso valore economico ad un'altra persona e sotto la direzione della stessa, ricevendo come contropartita una retribuzione»<sup>61</sup>.

A ben vedere, tuttavia, l'approccio “estensivo” della Corte alla nozione di subordinazione prende le mosse da un'esigenza definitoria molto diversa da quella che ha caratterizzato l'*iter* qualificatorio della nostra giurisprudenza.

Mentre quest'ultima è stata, almeno per un lungo tratto del suo percorso, influenzata dalla ritenuta opportunità di estendere l'ambito applicativo delle tutele del diritto del lavoro, in un'ottica in cui la *vis* espansiva si sposava con una preoccupazione garantistica, la giurisprudenza comunitaria era giunta al medesimo risultato dalla necessità di abbattere ogni tipo di ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori in ambito

<sup>60</sup> Si v., per tutte, la causa *Levin*, C. Giust. Europea 23 marzo 1982, C-53/81, in *Racc.*, 1982, p. 1048.

<sup>61</sup> Causa *Lawrie-Blum*, C. Giust. Europea, 3 luglio 1986, C-66/85, in *Racc.*, 1986, p. 2144; nonché v. caso *Bernini*, C. Giust. Europea, 26 febbraio 1992, C-3/90, in *Racc.*, 1992, p. 1071, ove la Corte si spinge sino a riconoscere la qualifica di lavoratore subordinato anche a colui che abbia volontariamente lasciato il posto di lavoro per dedicarsi agli studi, «purché sussista una relazione tra la sua precedente attività lavorativa e gli studi di cui trattasi».

comunitario: dilatando la nozione di lavoro subordinato, ne usciva ampliata l'area e l'effettività del principio di libera circolazione. Da questo principio, peraltro, i giudici europei fanno discendere il diritto all'abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità tra i lavoratori degli Stati membri, sia con riguardo all'accesso all'impiego, sia alle condizioni di lavoro, nonché il diritto all'ingresso nel territorio di ciascuno Stato membro al fine di rispondere ad un'offerta di lavoro, il diritto di soggiorno in detto territorio e il diritto a mantenervi la propria residenza dopo aver occupato un impiego<sup>62</sup>.

Una filosofia interpretativa, dunque, improntata sui principi economici del libero mercato, piuttosto che sulle politiche garantiste volte alla tutela del lavoratore, tutele che assumono l'aspetto di regole a carattere meramente derivato.

La conferma di tale finalizzazione dell'operato della Corte emerge proprio dalla sentenza in questione, in cui l'ampliamento dell'area della subordinazione non è più "servente", ma anzi, allorquando viene a porsi in contrasto con gli imperativi della libera circolazione, determina nella Corte la volontà di censurare l'uso "dilatato" della subordinazione (da parte del legislatore), consistente nel caso di specie nella (ritenuta) indebita presunzione di subordinazione. Una scelta interpretativa che rievoca teorie liberiste assertrici della sostanziale parità di forza contrattuale tra le parti, a tutto discapito di opzioni propense alla salvaguardia dell'uguaglianza sostanziale dei contraenti.

La Corte di Giustizia sembra, insomma, più interessata a garantire a datori di lavoro e a lavoratori la possibilità di costituire rapporti liberi da qualsiasi vincolo che possa, direttamente o indirettamente, comprimere la loro autonomia contrattuale, e la loro libertà di circolazione, piuttosto che a garantire una tutela forte e "sovra-ordinata" a soggetti considerati storicamente più deboli.

<sup>62</sup> P. TOSI e F. LUNARDON, *op. cit.*, p. 102.

E tale preoccupazione, nel caso di specie, si spinge sino a comprimere la disponibilità del tipo contrattuale da parte del legislatore francese.

La censura, accolta dalla Corte, si fonda, infatti, sulla constatazione che «...la presunzione di lavoro subordinato in questione costituisce, indipendentemente dalla sua più o meno difficile contestabilità, un ostacolo alla libera prestazione di servizi ai sensi dell'art. 49 CE. Infatti (...), onde evitare che il loro [degli artisti, *n.d.a.*] contratto venga qualificato come contratto di lavoro, la qual cosa implicherebbe costi supplementari a causa dell'obbligo di versare in Francia contributi o indennità dovuti a motivo dell'iscrizione al regime di sicurezza sociale dei lavoratori subordinati, nonché l'assoggettamento al regime delle ferie retribuite, tali soggetti devono dimostrare che essi non agiscono nell'ambito di un lavoro subordinato, ma che, al contrario, operano in forma autonoma»; dal che discenderebbe una inevitabile limitazione della libertà nella prestazione di servizi.

Dunque, nell'ottica comunitaria, la presunzione di lavoro subordinato, lungi dall'esser visualizzata come una garanzia per il lavoratore, si risolve in un "ostacolo" e, per questo motivo, viene censurato il legislatore che ha "pre-disposto" il tipo contrattuale in questione.

È appena il caso di rilevare che l'impostazione fatta propria dalla Corte europea appare diametralmente opposta rispetto a quella portata avanti dalla nostra Corte Costituzionale in occasione delle due note pronunzie, già più volte richiamate, aventi ad oggetto i limiti di disponibilità del tipo da parte del legislatore<sup>63</sup>: entrambe le Corti appaiono orientate a limitare tale disponibilità, ma i risultati cui in concreto pervengono, quale espressione di una ben diversa sensibilità culturale e di una diversa opzione di politica del diritto, sono assolutamente antitetici.

<sup>63</sup> Corte Cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.* 1993, I, p. 2432; e Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, in *Foro it.* 1994, I, p. 2656.



Come già più volte chiarito, la Consulta italiana, chiamata a valutare se il legislatore possa escludere la natura subordinata di una certa classe di rapporti, privandoli, così, aprioristicamente, delle conseguenze protettive previste dal diritto del lavoro, ha fornito una risposta negativa.

È noto, infatti, come il giudice delle leggi abbia ritenuto che «non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato. A maggior ragione non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere direttamente e 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»<sup>64</sup>.

L'assunto di fondo che sorregge la tesi della Consulta è che, se è vero che il legislatore, in via di principio, ben può ordinare tipologicamente i rapporti privati, è altrettanto chiaro che, allorquando dalla qualificazione legislativa scaturisce la negazione dei diritti costituzionalmente sanciti in ordine ad una determinata relazione fattuale, è la qualificazione stessa a porsi in contrasto con i precetti costituzionali, configurando una surrettizia modalità di aggiramento e di elusione.

Ciò che vale, dunque, ai fini qualificatori, sono i connotati economico-sociali del rapporto che si è "effettivamente" svolto tra le parti, come a dire che l'insieme degli effetti normativi, nei quali sul piano dell'ordinamento positivo sono tradotte le garanzie costituzionali del lavoro subordinato, deve trovare applicazione ogni qual volta vi sia nei fatti quel rapporto al quale la Costituzione riferisce quelle garanzie<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, 1, p. 63 ss.

Sembra innegabile, pertanto, che il lavoro “obbiettivamente” subordinato non possa essere separato né per legge né per accordo dal suo sistema di garanzie e, quindi, che né al legislatore né alle parti sia consentito escludere direttamente o indirettamente l’applicabilità della disciplina inderogabile a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri di quello subordinato<sup>66</sup>.

La Corte europea, viceversa, perviene al risultato di sottrarre al legislatore (nella specie: francese) la facoltà di qualificare come subordinato una determinata tipologia di rapporto – e quindi di estendere ad essa una serie di tutele – perché antepone all’istanza garantistica la libertà di circolazione di lavoratori e servizi (certamente più funzionale ad una politica diretta ad agevolare il libero mercato e a sollecitare l’autonomia contrattuale delle parti costituenti un rapporto di lavoro).

Mentre la giurisprudenza italiana censura ogni intervento legislativo di qualificazione capace di “espropriare” profili garantistici del lavoratore sostanzialmente subordinato e avalla l’intervento “coattivo”, solo nel caso in cui questi intenda estendere i principi, le garanzie e i diritti dettati dalla Costituzione anche oltre i confini del lavoratore subordinato<sup>67</sup>, la giurisprudenza europea considera la presunzione di subordinazione come un “ostacolo” da dover rimuovere.

Sebbene così evidente e risoluto risulti l’intento censorio della Corte di Giustizia, la pronuncia, oggetto di approfondimento, non appare, però, altrettanto solida e convincente in merito alle motivazioni addotte a sostegno delle conclusioni, sì da indurre a pensare che essa sia largamente influenzata dall’intento politico di onorare ad ogni costo principi mercantili e di perseguire obiettivi di abbattimento di ogni sia pur

<sup>66</sup> A. AVIO, *La subordinazione ex lege non è costituzionale*, in RIDL, 1995, II, p. 277.

<sup>67</sup> Si consenta, sul punto, il rinvio ad A. AVONDOLA, *Una breccia nel muro invalicabile della indisponibilità qualificatoria nel diritto del lavoro?*, in RIDL, 2006, 3, pp. 552 e ss.

minima barriera alla circolazione di persone, merci e servizi tra gli Stati dell'Unione.

In effetti, non è chiaro perché una qualificazione in termini di subordinazione dell'attività dell'artista dovrebbe produrre una significativa remora alla prestazione in un Paese diverso da quello di origine, se non negli stessi termini – giuridicamente irrilevanti – in cui tale qualificazione (con i suoi costi garantistici) ostacola l'assunzione nel Paese d'origine.

È vero che il riconoscimento della libertà di circolazione dei servizi viene declinato nel Trattato in modo ampio e incisivo, assumendo la veste del diritto di stabilimento, del divieto di misure restrittive della prestazione di servizi intra-comunitaria e della possibilità di esercizio temporaneo dell'attività in uno Stato membro diverso da quello di origine; ma è altrettanto vero che nessuna di tali espressioni può dirsi seriamente ostacolata dalla presunzione “relativa” di subordinazione contenuta nella legge francese.

Inoltre, difetta nella motivazione della Corte di giustizia il ricorso al criterio di valutazione comparativa tra gli interessi in gioco ovvero al calcolo del rapporto costi-benefici delle possibili soluzioni. Una simile operazione, cui peraltro la Corte ha sovente fatto ricorso in altri casi, avrebbe indotto a rilevare come, a fronte di un modestissimo ed ipotetico ostacolo alla circolazione di servizi, la presunzione di subordinazione avrebbe consentito di evitare il rischio di fittizie qualificazioni in termini di lavoro autonomo.

È pur vero che in alternativa alla presunzione in parola il legislatore avrebbe potuto limitarsi a «introdurre un regime di controllo a posteriori presidiato da sanzioni dissuasive per evitare ed identificare casi specifici di ricorso a falsi *status* di dilettante o di volontario al fine di lottare in modo efficace contro l'attività lavorativa dissimulata» (così la sentenza *de qua*), non si comprende, però, perché debba ritenersi eccessiva la tecnica di tutela fondata sulla “preventiva” presunzione a fini antielusivi, certo ancora più efficace.

La Corte di Giustizia, appellandosi ai principi di effettività e di proporzionalità, ha ritenuto che «la libera prestazione di servizi può essere limitata dalle legislazioni nazionali che si giustificano ai sensi dell'art. 46 CE [cioè per motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, *n.d.a.*] ...o per ragioni imperative di interesse generale, purché non esistano misure comunitarie di armonizzazione che dispongano i provvedimenti necessari a garantire la tutela di tali interessi».

7. *Conversione del rapporto di lavoro a progetto e indisponibilità tipologica.* – In una realtà giuridica ancora caratterizzata dall'imprescindibile dicotomia subordinazione/autonomia, il diritto del lavoro resta a tutt'oggi ancorato alle direttive garantiste di una eteronormazione, a volte esasperata e spesso anacronistica, che continua a rappresentare, però, un “paracadute” certo per il lavoratore-contraente debole, al quale viene inibita qualsivoglia attitudine a disporre autonomamente del tipo contrattuale.

Da tale letargica convenzione regolativa non sembra essersi discostato neanche il legislatore del 2003, quello della cosiddetta Legge Biagi, il quale, diversamente dalle dichiarazioni di intenti, che avevano lungamente preceduto la normativa, ostentatamente rivolte ad agevolare una filosofia sottesa alla valorizzazione dell'autonomia individuale, ha introdotto l'istituto del lavoro a progetto, aggrappandosi a logiche vetero-garantistiche, che lo hanno indotto, ben presto, a “pentirsi”<sup>68</sup> anche del timido tentativo, perpetrato, di attribuirsi un blando potere di qualificazione tipologica.

La scelta del legislatore di delineare una nuova tipologia contrattuale è stata accolta da buona parte della dottrina con favore<sup>69</sup>, soprattutto tra quanti auspicavano già da tempo la

<sup>68</sup> Parla espressamente di “pentimento” A. VALLEBONA, *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *ADL*, 2004, 1, pp. 293 e ss.

<sup>69</sup> Cfr., per tutti, R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del lavoro coordinato*, in *ADL*, 1997, p. 41;

formalizzazione legislativa di una nuova figura capace di accogliere rapporti che, solo a costo di grandi forzature, potevano essere ancora inquadrati all'interno della classica dicotomia autonomia/subordinazione<sup>70</sup>.

I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa hanno a lungo costituito un fenomeno che, col passare del tempo, ha raggiunto proporzioni sempre più rilevanti e ha acquisito una tipicità sociale tale da costringere l'ordinamento ad interessarsene<sup>71</sup>.

L'esplosione di tali rapporti di lavoro si è consumata soprattutto a partire dal 1995, con la legge n. 335, che in un certo senso li ha legittimati, per arrivare alla ragguardevole cifra di più di due milioni<sup>72</sup>.

In effetti, procedendo ad un rapidissimo *excursus* storico, è possibile affermare che, come tra la fine dell'800 e i primi del '900 dalla figura dell'artigiano, archetipo del "produttore" dell'epoca, gemmarono i nuovi prototipi sociali identificati da spe-

nonché, dello stesso Autore, *L'ipotesi di un tertium genus e il disegno di legge n. 5651 sui cd. lavori atipici*, in *DL*, 2000, 4, p. 263; ma anche A. PERULLI, *Locatio operis e lavoro "sans phrase" nella prospettiva di un nuovo statuto giuridico dei lavori*, in *QDLRI*, 1998, 21, p. 73; v., *contra*, A. VALLEBONA, *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *ADL*, 2004, 1, p. 293.

<sup>70</sup>R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro "a progetto"*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2003, 9, p. 2, ricorda (*ibidem*, p. 13), in ogni caso, che «il 1° comma dell'art. 61 è strutturato secondo un modello "a sommatoria" di requisiti: la nuova figura postula la presenza di tutti i caratteri delle già colaudate collaborazioni coordinate e continuative, ma anche la riconducibilità dell'attività a "progetti specifici o programmi di lavoro determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato...indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa". In altri termini, il legislatore prima provvede ad estrapolare dall'area della *locatio operis* il lavoro parasubordinato di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. e poi all'interno di quest'ultimo enuclea, mediante l'introduzione di ulteriori requisiti selettivi (progetti, programmi di lavoro...), il lavoro a progetto».

<sup>71</sup>D. MEZZACAPO, *La fattispecie "lavoro a progetto"*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2004, 25, p. 2.

<sup>72</sup>M. MAGNANI e S. SPATARO, *Il lavoro a progetto*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2004, 11, p. 2.

cifiche caratteristiche socio-economiche, da una peculiare relazione con gli strumenti della produzione e da peculiari modalità dell'operare, così alla fine del ventesimo secolo sono emerse sul palcoscenico della storia industriale inedite figure, figlie degli scenari post-industriali, dall'identità fuggevole e in evoluzione, ma che presentano un minimo comune denominatore. Si tratta di lavori privi di strumenti di produzione tradizionali, carenti di un significativo assetto proprietario e della possibilità di operare su un mercato più ampio e che, pertanto, devono coordinarsi in modo stabile e continuativo con un'impresa altrui, realizzando un'elevata interdipendenza o connessione funzionale con l'organizzazione imprenditoriale. Essi, tuttavia, appaiono in grado di autodeterminare le modalità della prestazione, in quanto forniti di un patrimonio di conoscenze, di *know how*, di specializzazione professionale che li rende capaci di fornire un risultato, un servizio, un programma a prescindere da quella rigorosa eterodirezione che tipizza la posizione del lavoratore subordinato<sup>73</sup>.

Figure emergenti, che operavano in condizioni di notevole autonomia decisionale e che avevano la possibilità di intervento sul processo produttivo e che, pertanto, reclamavano un riconoscimento giuridico, previa la tipizzazione di una nuova fattispecie o almeno di una nuova area di riferimento.

Questa esplosione di nuovi lavoratori ha alimentato un intenso dibattito circa la reale natura del fenomeno: se e in che misura, cioè, esso fosse da imputare ad una genuina scelta per l'autonomia, ovvero al tentativo di eludere la normativa sul lavoro subordinato. Un dibattito non conclusivo, anche per la mai sciolta controversia in ordine ai criteri identificativi della subordinazione e, per converso, della autonomia: una controversia probabilmente "ontologicamente" insolubile se a questi criteri vuole essere attribuito l'arduo compito di attivare ovvero di escludere l'intero statuto protettivo del diritto del lavoro<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato...*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>74</sup> M. MAGNANI e S. SPATARO, *op. cit.*, p. 2.

Con la formalizzazione della nuova figura del lavoro a progetto il legislatore prende, quindi, posizione in ordine a tale dibattito, sviluppatosi in maniera sempre crescente fino all'ultimo decennio, tra i sostenitori della necessità di dare piena cittadinanza giuridica ad un *tertium genus* capace di attenuare le tensioni che in tema di qualificazione dei rapporti si erano addensate ai confini della subordinazione e coloro che, viceversa, rifiutavano ogni revisione della tradizionale classificazione delle attività lavorative, ritenendo sufficiente una modulazione delle tutele atta a realizzare una più equilibrata distribuzione delle risorse garantistiche.

La proposta, all'epoca considerata quasi provocatoria rispetto alla consolidata tradizione sistematica, minimamente scalfita dall'art. 409 n. 3 c.p.c., sembra aver trovato l'avallo del legislatore del 2003, indotto a prendere posizione in materia anche a causa del palese disagio patito dalla giurisprudenza, costretta, dall'emersione di queste nuove fattispecie promiscue, a "classificare figure che vengono dal futuro avvalendosi di categorie giuridiche costruite su ben altre tipologie socio-economiche e su diversi paradigmi di svolgimento della prestazione lavorativa"<sup>75</sup>.

La giurisprudenza ha, infatti, tentato di reagire (sia con l'adeguamento e l'affinamento della nozione di subordinazione, sia mediante l'estensione, in via interpretativa, di un segmento minimo di tutela ai rapporti di collaborazione parasubordinata<sup>76</sup>) all'ampia diffusione di tali rapporti, spesso agevolata da una "situazione di illegittimità diffusa e di massa, di difficile quantificazione, che ha creato nei fatti una fattispecie sostanziale intesa come generatrice di un rapporto funzionalmente equivalente al lavoro subordinato, ma senza costi e senza diritti"<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *op. ult. cit.*, p. 5.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> M. NAPOLI, Relazione per le giornate di studio Aidlass, Padova, 21-22 maggio 2004, sul tema "Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme", p. 21.

Proprio per arginare questa emorragia frodatória, la finalità del nuovo regime, introdotto agli artt. 61 e ss. del d.lgs. 276/03, sembra essere stata quella di limitare i fenomeni simulatori ampiamente caratterizzanti il ricorso al paradigma contrattuale dell'autonomia, restringendo l'utilizzo delle collaborazioni coordinate e continuative ai soli casi in cui realmente la prestazione venga presa in considerazione in funzione del risultato prodotto, secondo modalità esecutive predefinite e con notevole libertà di realizzazione da parte del prestatore, sottoposto ai soli limiti derivanti dal collegamento funzionale dell'attività svolta con l'organizzazione d'impresa, ma non soggetto al potere unilaterale di conformazione datoriale. Nello stesso tempo il legislatore ha inteso ridurre il *gap* regolativo esistente fra subordinazione e parasubordinazione, incrementando, sul piano sostanziale, gli standard protettivi della seconda e mitigando il divario rappresentato dagli oneri contributivi sull'attività lavorativa, anche per garantire l'equilibrio dei conti previdenziali pubblici<sup>78</sup>.

Gli strumenti utilizzati a tali fini sono stati, innanzitutto, l'adozione di una nozione più rigorosa di lavoro coordinato e continuativo, con l'esplicito riferimento a contratti stipulati sulla base di un "progetto, programma o fase di esso", che ha finito per restringere enormemente l'area di intervento delle co.co.co., nonché la previsione di una forte sanzione, in caso di mancanza di tale programma negoziale, regolata sulla base di una presunzione assoluta<sup>79</sup> di ricorrenza di un rapporto subordinato.

<sup>78</sup> A. PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusiva ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *Italian Labour Law e Journal*, in [www.labourlawjournal.it](http://www.labourlawjournal.it), p. 2.

<sup>79</sup> Secondo numerosi Autori, (cfr., tra gli altri, R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, pp. 2 e ss., A. PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusiva ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *Italian Labour Law e Journal*, in [www.labourlawjournal.it](http://www.labourlawjournal.it), A. PERULLI, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *Lav. e dir.*, 2004,1, pp. 87 e ss., M. PEDRAZZOLI, *Tipologie contrattuali, a progetto e occasionali. Commento al titolo VII del d.lgs. 276/2003*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*,



Il primo comma dell'art. 69, d.lgs. 276/03, prevedeva, infatti, che *“I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, pro-*

2004, 13; P. ICHINO, *L'anima laburista della Legge Biagi. Subordinazione e dipendenza nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, in *Giust. civ.*, 2005, II, p. 145) il dato testuale dell'art. 69, comma 1, «appare di assoluta chiarezza: il lavoro autonomo prestato in modo coordinato e continuativo in favore dell'impresa qualora non sia rispondente ai caratteri sostanziali e formali del lavoro a progetto deve considerarsi come un rapporto di lavoro subordinato e quindi soggetto alla medesima disciplina legale dettata dall'ordinamento per quest'ultimo. Secondo una tecnica già da lungo tempo conosciuta dal diritto del lavoro italiano, la norma detta in questo modo una presunzione assoluta», v. M. PALLINI, *Il lavoro a progetto: ritorno al... futuro?*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 2005, 32, p. 34. Infatti, cfr. V. PINTO, *Le collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. Curzio, Bari, 2004, pp. 328 e ss., «la conversione del contratto di lavoro a progetto in contratto di lavoro a tempo subordinato non potrebbe essere evitata dal committente-datore di lavoro neppure provando che la prestazione lavorativa sia caratterizzata da una piena autonomia organizzativa ed esecutiva». In realtà, tali Autori fondano il proprio convincimento sulla lettera della disposizione normativa, il cui dettato mal si concilierebbe con una presunzione legale relativa. Soluzione quest'ultima che non sembra potersi accogliere «per ragioni sia testuali che sistematiche; ma prima ancora essa non sarebbe coerente con la chiara finalità anti-elusiva che permea la riforma», come chiarisce N. MARONGIU, *La trasformazione del lavoro a progetto in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato*, in *RIDL*; 2006, 2, p. 438, il quale precisa anche che «se il legislatore avesse voluto istituire una presunzione vincibile da prova contraria avrebbe potuto specificarlo» senza utilizzare, come invece si è verificato, una terminologia tipicamente applicata alla presunzione *iuris et de iure*, come è puntualmente accaduto nei casi tipici della legge sull'interposizione di manodopera o per il divieto di licenziamento della lavoratrice madre. In ogni caso, l'interpretazione della disposizione sanzionatoria in termini di presunzione assoluta risulta, però, di fatto, alquanto «destabilizzante», in riferimento ai potenziali rischi di illegittimità costituzionale, cui si andrebbe incontro, al punto da aver indotto lo stesso Governo a proporre una interpretazione correttiva della norma. Attraverso la circolare del Ministero del lavoro n. 1 del 2004, infatti, è stata accolta una lettura più ampia del dettato normativo, aprendosi la strada ad una presunzione legale relativa, che dà al committente la possibilità di dimostrare in giudizio che il rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, anche se instaurato senza progetto, è stato in concreto caratterizzato dalle prerogative del lavoro autonomo e non da quelle del lavoro subordinato. Nonostante l'intervento del Governo, tale interpretazione appare difficilmente assimilabile al dettato normativo (quanto meno anomala risulterebbe, in tal caso, la voluta differenziazione tra primo e secondo comma dell'art. 69, se entrambe

*gramma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'art. 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto”.*

La conversione prospettata si configurava, quindi, non come un'azione di simulazione, ma come una vera e propria sanzione<sup>80</sup>.

Una sanzione, quella della trasformazione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, che, pur sotto l'egida dell'emersione dal rapporto simulato, a tutt'oggi si rivela eccessiva, allorché il rapporto instaurato, sebbene privo del requisito tipizzante del progetto o programma di lavoro, presenti tutti i caratteri della collaborazione autonoma o parasubordinata o sia sin dall'origine assistito dall'apposizione di un termine.

In questi casi, infatti, la conversione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato produce un eccessivo sacrificio della volontà dei contraenti, obbligati ad accettare una tipologia contrattuale che non solo non vollero inizialmente, ma che nemmeno trova conferma nelle concrete modalità di svolgimento del rapporto<sup>81</sup>.

I condivisibili imperativi anti-elusivi, figli della pregressa esperienza delle collaborazioni parasubordinate, sembravano,

le ipotesi sanzionatorie – quella del 1° come quella del 2° comma dell'art. 69 – dovessero ritenersi superabili con prova contraria), inoltre, si evidenzerebbe una manifesta violazione dell'art. 76 Cost. per mancata attuazione dei criteri direttivi della legge delega, posto che fra questi ultimi, compare la pretesa di “previsione di un adeguato sistema sanzionatorio per i casi di inosservanza delle disposizioni di legge”. È evidente, per A. PIZZO FERRATO, *op. cit.*, che «un meccanismo presuntivo vincibile dalla prova contraria dell'esistenza di un rapporto di lavoro autonomo, non è di sicuro adeguato allo scopo repressivo, ma soprattutto non potrebbe neanche qualificarsi come strumento sanzionatorio, poiché rientrerebbe nel normale gioco probatorio».

<sup>80</sup> Sono concordi nell'attribuire alla norma una funzione sanzionatoria, tra gli altri, M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. giur.*, 2003, 9, p. 821; R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, v. *supra*; A. PIZZO FERRATO, *op. cit.*, p. 9; nonché, più scettico appare sul punto, G. GRAMICCIA, *Prime osservazioni sul contratto di lavoro a progetto*, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, p. 27.

<sup>81</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro...*, *op. cit.*, p. 20.

pertanto, aver prodotto un evidente irrigidimento della nuova disciplina, evocativa delle vecchie teorie secondo cui il diritto del lavoro deve essere inteso come disciplina autonoma rispetto al diritto comune, soprattutto in ordine alle operazioni di classificazione dei contratti in base ai tipi regolati.

Dall'infrazione della regola, nel caso di specie, non dipende, infatti, l'irrogazione della misura sanzionatoria consentita dall'ordinamento (che prevederebbe, in caso di contrasto tra la qualificazione operata dalle parti e la realtà del rapporto realizzato, l'emersione del negozio dissimulato: si tratti di un rapporto che si sia svolto in forma di lavoro autonomo o subordinato), ma, piuttosto, l'attuazione di una vasta regolamentazione eteronoma, che riflette interessi superiori rispetto a quelli delle parti, quali risultano, in primo luogo, quelli dedotti dal sistema delle garanzie e dei diritti costituzionali del lavoro subordinato.

Tale rigurgito di garantismo, che sancisce un ineluttabile sacrificio della volontà dei contraenti, ingiustificatamente svilita, si concretizzava, dunque, in un vero e proprio effetto punitivo per il committente, costretto a divenire parte di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, sin dall'instaurazione del rapporto, attraverso una qualificazione coattiva, operata *a priori* dal legislatore, in termini di subordinazione di rapporti che non presentano affatto tale carattere.

Questa anomalia (*rectius*, velleità) ha richiamato l'attenzione del presente studio, in quanto ha sollevato non pochi dubbi di legittimità costituzionale in tema di disponibilità qualificatoria del tipo.

Sebbene in piena coerenza con la finalità antifraudolenta che caratterizza il dettato normativo, la ricostruzione ermeneutica che determina l'automatica qualificazione della collaborazione a progetto in termini di lavoro subordinato, indipendentemente da ogni prova contraria, sembrerebbe imporre una "violenta e inutile invasione dell'autonomia privata", attraverso l'intervento del legislatore che si pone in netto contrasto con il divieto imposto dalla Corte Costituzionale di ricondurre d'im-

perio ad un tipo contrattuale rapporti effettivamente corrispondenti ad altro tipo<sup>82</sup>.

Come più volte chiarito, già negli anni settanta del secolo scorso, un certo dirigismo legislativo, tendente ad una “relativa” disponibilità del tipo “lavoro subordinato”, si era spinto sino a determinare, rispetto a rapporti di lavoro in atto, una qualificazione di lavoro autonomo, anche in contrasto con dati che emergevano a conferma, secondo il procedimento di qualificazione consueta, che si trattasse di lavoro subordinato<sup>83</sup>.

A tale operazione si è sonoramente opposta la Corte Costituzionale con le note sentenze nn. 121/93 e 115/94.

Mai, però, si era verificato che nella costellazione del lavoro autonomo fosse stabilito che le collaborazioni personali, dotate di una certa durata e/o continuità, dovessero essere qualificate esclusivamente, in mancanza di un “requisito estrinseco” (quale il progetto o programma)<sup>84</sup>, come lavoro subordi-

<sup>82</sup> A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 294, ricorda che, per il principio di inderogabilità del tipo, «come non può essere qualificato per legge autonomo un rapporto di lavoro in concreto subordinato, così il legislatore non può qualificare subordinato un rapporto in effetti autonomo seppur a tempo indeterminato e sganciato da un progetto o programma. Neppure la finalità antifraudolenta, diretta ad evitare il mascheramento di rapporti di lavoro subordinato sotto apparenti rapporti di lavoro autonomo parasubordinato, può giustificare il travolgimento e la sostituzione *ex lege* di questi ultimi rapporti quando sono non apparenti, ma veri».

<sup>83</sup> M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, p. 142.

<sup>84</sup> Secondo R. DE LUCA TAMAJO, *L'impatto del lavoro a progetto sulla sistemica qualificatoria del diritto del lavoro*, in L. MARIUCCI, *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Bologna, 2006, p. 111, «la previsione normativa in questione avrebbe prodotto l'irrigidimento in rigorosi connotati essenziali della fattispecie (mediante capovolgimento) di quelli che erano meri elementi di presunzione dell'abuso: l'indeterminatezza temporale della collaborazione, la sia pur generica indicazione di durata della esecuzione dell'attività da parte del committente, una disponibilità protratta non programmata negli esiti finali. Con il risultato di far assurgere ad elementi di differenziazione requisiti del tutto “estrinseci” rispetto alle modalità di svolgimento dell'attività e di integrazione di essa con l'organizzazione aziendale, quali, appunto, il carattere temporaneo dell'apporto lavorativo, la riconducibilità ad un progetto o programma, l'assoluta discrezionalità del collaboratore quanto alla durata oraria dell'attività».

nato, determinandosi, di tal guisa, una coercizione mai vista al tipo negoziale<sup>85</sup>.

La scelta del legislatore è apparsa, di primo acchito, paradossale, a causa della pretesa di imporre un solo tipo a copertura coercitiva di ogni forma di lavoro autonomo, al di fuori della Costituzione<sup>86</sup>.

Secondo alcuni autori<sup>87</sup>, invece, ai rilievi di incostituzionalità si potrebbe agevolmente controbattere che la disposizione del tipo legale ad opera del legislatore è stata giudicata illegittima dal giudice delle leggi con riguardo alle ipotesi di imposizione di un modello di lavoro autonomo a rapporti che, nello svolgimento concreto, potessero presentare i connotati tipici della subordinazione, con ciò determinandosi una indiretta violazione dei principi costituzionali fondamentali di tutela del lavoro subordinato (artt. 36, 37, 38, 39 e 46 Cost.).

Secondo altri, invece, nel caso di specie, non solo la situazione è invertita, perché si dovrebbe estendere anche ad aree “grigie” e indefinite la copertura offerta dal paradigma contrattuale dominante, ma soprattutto perché si assegna convenzionalmente un certo involucro negoziale senza il rispetto dei relativi requisiti essenziali, condensati, come visto, nell’elemento del progetto o programma. In tal caso, si realizza una deliberata censura fra tipo legale e *nomen iuris* attribuito dalle parti (se il progetto non è individuabile dall’inizio), ovvero tra quest’ultimo e l’effettiva esplicazione fattuale del rapporto (se il progetto non trova attuazione concreta o il lavoratore è adibito a compiti ultronei rispetto a quelli propri del progetto); tale censura viene riconosciuta dalla legge come indice invalidabile di uno scopo elusivo dei contraenti rispetto al modello della subordinazione, cui deve automaticamente conseguire la

<sup>85</sup> M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, p. 143.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>87</sup> A. PIZZOFRERATO, *op. cit.*, p. 7; nonché, v. *infra*, D. MEZZACAPO, *La fattispecie “lavoro a progetto*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2004, 25, p. 26.

trasformazione del rapporto e la riconduzione verso il tipo indebitamente “*bypassato*”<sup>88</sup>.

Pertanto, con riferimento alla indisponibilità del tipo legale da parte del legislatore, la situazione stigmatizzata dalla Corte Costituzionale si rivelerebbe esattamente antitetica alla fattispecie sanzionatoria disciplinata dal primo comma dell’art. 69, il quale non mira ad escludere l’applicazione della disciplina protettiva del lavoro subordinato a rapporti che effettivamente presentano i requisiti della subordinazione, ma comporta un effetto del tutto opposto, applicando quella disciplina a rapporti non subordinati<sup>89</sup>.

Alla base di tale orientamento interpretativo vi è l’idea che, in realtà, il Giudice costituzionale, nelle richiamate sentenze, non ha affatto affermato l’immodificabilità dei tipi contrattuali da parte del legislatore ordinario, né tantomeno ha sancito una “costituzionalizzazione” del lavoro subordinato esclusivamente nelle forme dall’art. 2094 c.c.

La Corte avrebbe, invece, affermato che una volta che il legislatore abbia disciplinato il tipo contrattuale del lavoro subordinato, cui la Carta Costituzionale destina una particolare tutela, non può *ab imperio* stabilire che una categoria di rapporti contraddistinti soltanto per i soggetti che li hanno stipu-

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> D. MEZZACAPO, *op. cit.*, p. 26, chiarisce, altresì, che «è vero che la qualificazione legale in termini di rapporti di lavoro subordinato evidenzia una valutazione negativa dell’ordinamento che, nell’area di applicazione della nuova normativa, impedisce all’autonomia privata di dare ulteriormente ricorso a collaborazioni coordinate e continuative prive di determinati requisiti sostanziali, ma la limitazione dell’autonomia privata non comporta automaticamente la violazione degli artt. 35 e 41 Cost. La libertà di ricorrere a contratti atipici è condizionata, infatti, dalla realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico. In quest’ottica la mancata individuazione del progetto può essere ritenuta un elemento fortemente compromettente la genuinità dell’assetto di interessi perseguito dalle parti e idoneo a far presumere un’utilizzazione fraudolenta dello schema contrattuale a danno del lavoratore. A fronte di tale considerazione, la limitazione dell’autonomia privata può apparire dunque ragionevole.»; nonché G. SANTORO PASSARELLI, *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, in *ADL*, 2004, 1, p. 41.

lati, ma in tutto corrispondenti agli elementi di fatto caratterizzanti quello stesso tipo contrattuale, sia sottratta dall'ambito di applicazione del regime giuridico (di rango costituzionale e ordinario) corrispondente, qualificandola nominalisticamente in altro modo<sup>90</sup>.

Corollario di tale opzione interpretativa è che il legislatore ben potrebbe, quindi, ridisegnare, in sintonia con le nuove esigenze di protezione del lavoro, che si registrano nella realtà sociale, le diverse fattispecie, tanto più se – come nel caso del lavoro a progetto – si è operato un ampliamento dell'ambito di applicazione del regime del lavoro subordinato e non certo una sua riduzione<sup>91</sup>; ipotesi questa cui sembra potersi cautamente aderire anche se limitatamente ai casi in cui si verifichi effettivamente una estensione delle tutele costituzionali.

Se, infatti, al giudice è consentito valutare *ex post* l'inopportunità di tutelare giuridicamente un determinato assetto di interessi dedotto in un contratto atipico, in quanto non meritevole di tale tutela secondo l'ordinamento giuridico, a maggior ragione una simile valutazione può essere operata, *ex ante*, dal legislatore, per salvaguardare valori preminenti, altrimenti posti in pericolo<sup>92</sup>.

Il legislatore del 2003, in tal modo, sembrerebbe essersi trasformato in un involontario pioniere, scopritore di una nuova via interpretativa, ancora inesplorata, in materia di indisponibilità tipologica.

Una scelta ermeneutica che rappresenta un'argomentazione certamente condivisibile, ai fini del presente studio, ma

<sup>90</sup> M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali...*, cit., pp. 63-90; PEDRAZZOLI, *Dai lavoratori autonomi ai lavoratori subordinati*, in *GDLRI*, 1998, pp. 509 e ss.

<sup>91</sup> M. PALLINI, *Il lavoro a progetto: ritorno al... futuro?*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2005, 32, p. 46.

<sup>92</sup> D. MEZZACAPO, *op. cit.*, p. 27. Sul punto, A. BELLAVISTA, *Divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di E. Gragnoli e A. Perulli, Padova, 2004, p. 789, ritiene che «nulla esclude la discrezionalità del legislatore nell'imporre determinati vincoli per evitare fenomeni di aggiramento della disciplina del lavoro subordinato».

che, al contrario, risulta certamente non voluta, anzi, sicuramente temuta, dal Governo dell'epoca, al punto da indurre quest'ultimo a fare una precipitosa marcia indietro (con la circolare del Ministero del Lavoro n. 1/2004), al fine di agevolare, invece, un'applicazione più blanda del disposto normativo e confacente alle interpretazioni più rigide delle pronunce della Corte Costituzionale; così si è optato per una lettura della sanzione *de quo* in termini di presunzione relativa, volta all'inversione dell'onere probatorio, per assicurare una più corretta qualificazione del rapporto effettivamente realizzato dalle parti, al di là di qualsiasi schermo formale, previo accertamento giurisdizionale, escludendosi, in tal modo, i paventati rischi di incostituzionalità dovuti alla riconduzione d'imperio al tipo lavoro subordinato anche di veri rapporti di lavoro autonomo.

Pertanto, sembra quanto meno anomalo che quel Governo (per quanto cauto – *rectius*, pavido – nell'esercizio del proprio potere legislativo) non abbia valutato la opportunità di accogliere un'opzione regolativa intermedia (rispetto ai due estremi prefigurati), volta a limitare la capacità dispositiva del legislatore, a cui potrebbe attribuirsi un potere qualificatorio esclusivo solo per i casi in cui lo stesso si adoperi per estendere (e non per negare) le tutele costituzionali.

In ogni caso, per tali ipotesi, mai un potere dispositivo di tal fatta dovrebbe poter intaccare il ruolo decisivo del giudice, a cui è comunque sempre ascrivibile l'autorità costituzionale di qualificare il rapporto effettivamente instaurato tra le parti.

Rispetto a tali conclusioni, l'attuale riforma del mercato del lavoro si pone in un'equivoca posizione di continuità/di discontinuità con la precedente normativa, senza peraltro riuscire a dirimere i dubbi e le perplessità già sollevati con la disciplina del 2003, in alcuni casi addirittura aggravandoli.

La legge n. 92 del 28 giugno 2012, intendendo introdurre criteri più restrittivi nell'uso di talune tipologie contrattuali per evitarne o renderne più difficile l'uso fraudolento (ribadendo così la *ratio* che aveva mosso già il legislatore del 2003), ha pro-



dotto una serie di modifiche alla disciplina del lavoro a progetto, sostanzialmente tentando di tradurre in disposizioni normative le numerose precisazioni fornite – nell’arco di un decennio – dalla dottrina e dalla giurisprudenza su alcuni nodi problematici che hanno caratterizzato il dibattito interpretativo sulla materia.

Deciso a contenere l’ambito di applicazione dell’istituto<sup>93</sup>, il nuovo legislatore ha innanzitutto limitato l’uso del contratto di collaborazione ai soli casi in cui si richiami espressamente un progetto (e non più anche un programma o una fase di esso), ed è – quindi – intervenuto sul regime sanzionatorio disposto dall’art. 69, imponendo una duplice presunzione di subordinazione: “assoluta” al comma 1 e “relativa” al comma 2.

In particolare, al primo comma dell’art. 69, la novella stabilisce con un’interpretazione autentica che l’individuazione di uno specifico progetto costituisce *elemento essenziale di validità* per il contratto, la cui mancanza determina la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con effetto retroattivo.

L’interpretazione del nuovo legislatore impone, quindi, una presunzione assoluta di subordinazione, facendo conseguentemente cadere la tesi della presunzione relativa, caldeggiata e promossa tanto da una larga parte della dottrina<sup>94</sup>, quanto dalla richiamata circolare ministeriale del 2004<sup>95</sup>, accogliendo la tesi – ormai maggioritaria – della giurisprudenza

<sup>93</sup> Critici sulle scelte legislative appaiono con ogni evidenza G. BUBOLA e F. PASQUINI, *Collaborazioni a progetto: la riforma cambia le regole*, in *I Supplementi di Guida al Lavoro*, Gruppo 24 ore, 2012, 3, p. 20 e ss.

<sup>94</sup> Sul dibattito si veda *retro* in questo paragrafo.

<sup>95</sup> Secondo G. BUBOLA e F. PASQUINI, *op. cit.*, p. 21, «Tale scelta riflette, in sostanza, uno dei due orientamenti giurisprudenziali che finora si erano contrapposti in tema di interpretazione della summenzionata presunzione, contrastando però con il noto insegnamento della Cassazione secondo il quale qualsiasi attività può essere oggetto tanto di un rapporto di lavoro subordinato quanto di un rapporto di lavoro autonomo o parasubordinato, a seconda delle modalità di esecuzione (cfr. Cass. 3594/2011)».

che, dopo qualche iniziale oscillazione, ha preferito propendere per la tesi della presunzione assoluta, insuscettibile di prova contraria, confortata da un'interpretazione letterale, sistematica e logica dell'originario articolo 69, co. 1<sup>96</sup>.

Pertanto, secondo la nuova disciplina, ritenuta in giudizio la mancanza di progettualità, la parte committente non potrà mai provare la sussistenza di altri elementi o indici volti a confermare la non riconducibilità del rapporto nell'alveo del lavoro subordinato.

Il legislatore, in questo caso, si è limitato a intervenire con una norma di interpretazione autentica che, purtroppo, però, non ha affatto risolto i dilemmi in cui si erano finora dibattute dottrina e giurisprudenza, al contrario rafforzando e rendendo ancor più palesi i dubbi di legittimità costituzionale già espressi in precedenza<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> Per dottrina e giurisprudenza sul punto cfr. *amplius* G. PELLACANI, *Lavoro a progetto nella legge di riforma*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 29, p. 1822.

<sup>97</sup> V. PINTO, *Prime chiose sulla nuova disciplina del lavoro a progetto*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. IT-151/2012, p. 14, secondo il quale «Gli estensori della norma, dimostrando scarsa consapevolezza dei problemi in gioco, hanno inteso in questo modo risolvere la *querelle* circa la natura assoluta o relativa della presunzione in discorso. Il punto cruciale è che entrambe le previsioni, interpretata ed interpretante, confondono due piani che sono logicamente – prima che giuridicamente – distinti: il piano del contratto di lavoro a progetto e quello della natura giuridica della prestazione resa (ossia, delle modalità esecutive dell'attività). La circostanza che il progetto non sia stato correttamente individuato, o, al limite, manchi del tutto è certamente un fatto rilevante sul piano del contratto /rapporto e che ben può essere sanzionato sul medesimo piano (ad esempio, prevedendo l'invalidità del contratto *sub specie* di nullità; o imponendo una sanzione amministrativa). La medesima circostanza, però, non può avere alcun riflesso sulla qualificazione della prestazione resa, in esecuzione di quel contratto poiché essa, con tutta evidenza *continuerà a dipendere da un fatto diverso*: ossia, dall'essere stata posta in essere alle dipendenze e sotto la direzione altrui. Tra i due fatti, vale a dire tra l'assenza di un elemento anche essenziale del contratto e l'assoggettamento ad eterodirezione, non vi è né vi può essere alcuna relazione necessaria ed indefettibile. Proprio per questa ragione, è possibile che vi siano contratti in cui il progetto è correttamente individuato, ma che ciò nonostante, dissimolino prestazioni di lavoro subordinato e d'altra parte possono darsi ipotesi di contratti in cui il progetto manchi del tutto ma la prestazione eseguita sia genuinamente autonoma».

È evidente, infatti, che la norma interpretativa, disponendo l'instaurazione coattiva di un rapporto di lavoro subordinato e precludendo l'accertamento della natura giuridica della prestazione eseguita, si presenti come incostituzionale, in quanto, se è vero che il legislatore ha piena discrezionalità nella formulazione tanto dei meccanismi sanzionatori quanto dei dispositivi presuntivi, è anche vero che essa non può mai sconfinare nella formulazione di dispositivi "manifestamente irragionevoli"<sup>98</sup>, come rischia di verificarsi per il caso di specie.

Il "*dictat*" del legislatore, quindi, ripropone in maniera invariata le perplessità interpretative che il suo predecessore aveva paventato – a seguito delle numerose critiche rivoltegli – e che aveva tentato di risolvere in maniera opposta, attraverso, cioè, l'apertura ad una presunzione relativa.

La qualificazione aprioristica di un rapporto di lavoro, che prescinde dall'intervento di una opportuna indagine giudiziaria rivolta all'individuazione delle effettive modalità di svolgimento dello stesso, rischia così di generare «una sanzione irragionevole perché sproporzionata, in quanto determina un effetto permanente (l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato e l'applicazione della relativa disciplina, appunto) in capo ad un soggetto che non versa nella specifica condizione che è presupposta e che giustifica l'applicazione delle "tutele" proprie del lavoro subordinato»<sup>99</sup>.

L'art. 69 comma 2, pur confermando la sanzione di conversione del rapporto in lavoro subordinato *ex tunc*, ammette la prova contraria a carico del committente, quando le parti hanno dichiarato e concordato lo svolgimento di un lavoro a progetto e poi in concreto l'attività del collaboratore si è svolta con modalità "analoghe" a quelle svolte dai dipendenti dell'impresa committente<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> Così, V. PINTO, *op. cit.*, p. 15.

<sup>100</sup> In questo caso, ovviamente, la prova documentale potrebbe risultare più agevole per il committente, perché già nel documento il contratto viene qualificato

In questo caso, insomma, la qualificazione formale data dalle parti al momento dell'instaurazione del rapporto può essere superata soltanto qualora ricorrano gli elementi sintomatici della subordinazione<sup>101</sup>.

In ogni caso, la presunzione (relativa) di subordinazione non vale per le prestazioni di elevata professionalità: che possono essere individuate dai contratti collettivi<sup>102</sup>.

In questa seconda ipotesi, il legislatore sembrerebbe aver scelto una via interpretativa più prudente, cercando di evitare i richiamati rischi di incostituzionalità.

Ciò nonostante, trattandosi di una norma aperta, l'uso di un termine vago ed impreciso quale "analogia", lascia comunque spazio a non poche perplessità, in quanto amplia di fatto a dismisura il margine di discrezionalità qualificatoria del giu-

come autonomo, mentre la prova per testimoni non sempre può essere di ausilio al collaboratore, dal momento che difficilmente i lavoratori dipendenti si presteranno a testimoniare contro il loro datore di lavoro.

<sup>101</sup> La precisazione è di V. PINTO, *op. cit.*, p. 11.

<sup>102</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *Le novità normative sul lavoro a progetto e sulle prestazioni di lavoro autonomo rese dalle partite IVA nella l. n. 92/2012 (Art. 1, commi 23-27)*, in F. CARINCI e M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012)*, Ipsoa, 2012, p. 139.

Rispetto a tale esclusione, il legislatore sembra aver recepito la crescente richiesta del mercato di professionalità di lavoratori specializzati, che ha, di fatto, aperto la via ad un diverso approccio contrattuale tra le parti.

La consapevolezza di alcuni lavoratori di poter fornire una prestazione di eccellenza, talvolta addirittura un *unicum* nel proprio ambito di esercizio, può determinare una diversa consapevolezza in chi si espone alla negoziazione delle modalità contrattuali al sorgere del rapporto di lavoro.

A questi nuovi prestatori di lavoro, infatti, non può non riconoscersi una diversa forza contrattuale, lontana da quella storicamente attribuita ai vecchi lavoratori/contraenti deboli dell'ottica post-fordista, al punto da porli in una situazione di parità con il datore di lavoro.

Secondo V. PINTO, *op. cit.*, p. 11, invece, «se l'eccezione all'operare della presunzione è chiara, molto meno lo è la sua ragion d'essere. Forse anche in questo caso la scelta legislativa ha alla base quella doppia equivalenza tra lavoro professionalizzato e lavoro autonomo, da un lato, e tra lavoro dequalificato e lavoro subordinato, dall'altro, che non soltanto non è sempre vera in fatto, ma è certamente infondata in diritto».

dice, il quale dovrà procedere ad una difficile comparazione fra attività diverse, potendosi collocare tra sostanziale identità e mera somiglianza di situazioni<sup>103</sup>.

Rispetto alle nuove scelte legislative testé descritte, resta certamente sospesa la questione dell'opportunità della tecnica normativa prescelta: l'alternanza di presunzioni relative ed assolute seguite da conversioni *iussu iudicis* risulta discutibile dal duplice punto di vista tecnico-giuridico della coerenza e politico-economico dell'efficacia. Sicché andrebbe usata con grande prudenza e non certo abusata<sup>104</sup> (soprattutto in tema di indisponibilità qualificatoria).

Ciò che risulta evidente, in ogni caso, è – ancora una volta – l'indiscutibile egemonia e centralità del «tipo» legale: punto di riferimento obbligato per giudici, legislatore e parti.

Il legislatore, infatti, pur restando “sovrano”, discrezionalmente sovrano, cioè, di ridislocare secondo ragionevolezza le tutele costituzionalmente attribuite al lavoro (artt. 35-38 Cost.) sui diversi rapporti di lavoro, ridefinendone se del caso pure le situazioni tipiche che li configurano<sup>105</sup>, deve sempre fare i conti

<sup>103</sup> G. PELLACANI, *op. cit.*, p. 1821. Anche per V. PINTO, *op. cit.*, p. 11, in assenza di clausole collettive spetterà al giudice stabilire quale sia in concreto il livello minimo di conoscenze e competenze a partire dal quale si può discorrere di una “elevata professionalità”. Pertanto, come chiariscono G. BUBOLE e F. PASQUINI, *op. cit.*, p. 22, «ove i contratti collettivi nulla dispongano, o nelle more di un accordo sul punto, il contenzioso tra le parti, che con queste stesse norme si mira a ridurre, potrebbe assumere dimensioni rilevanti».

<sup>104</sup> F. CARINCI, *Complimenti Dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in W.P. Massimo D'Antona: *il dibattito sulla riforma italiana di diritto del lavoro*, in [www.csdle.lex.unict.it](http://www.csdle.lex.unict.it).

<sup>105</sup> M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in *QDLRI*, Torino, 1998, n. 21, p. 27-28, chiarisce, altresì, che escludere il potere dispositivo del legislatore e delle parti è «di continuo smentito, almeno parzialmente, negli innumerevoli disposti che devolvono alla contrattazione collettiva poteri di deroga *in peius* o autorizzano le parti ad altrettanto seppure con una volontà assistita. In qualche modo le conciliazioni di cui all'art. 2113 c.c., comma 4, che contengono sempre un negozio di rinuncia o transazione, stanno a dimostrare proprio quanto la Corte esclude, e cioè che al legislatore è consentito autorizzare le parti [ad escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiara-

con il monito della Corte Costituzionale, nelle pronunce richiamate, che è chiaro, pena la messa in discussione delle ragioni su cui si fonda l'autonomia stessa del diritto del lavoro dal diritto civile<sup>106</sup>: l'esito del procedimento di qualificazione del rapporto nel diritto del lavoro non è direttamente destinato a realizzare l'effetto voluto dagli stipulanti nella misura consentita dall'ordinamento, bensì l'attuazione di una vasta regolamentazione eteronoma che riflette interessi a questi decisamente superiori<sup>107</sup>.

zione 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, *nda*]. Questo è consentito, anzi, addirittura con riguardo ai rapporti di lavoro non esauriti e quindi in un certo senso retroattivamente».

<sup>106</sup> L. ANGELINI, *Sulla rilevanza del nomen iuris nel processo di qualificazione del rapporto di lavoro*, in *RIGL*, 1999, 3, p. 670.

<sup>107</sup> M. D'ANTONA, *op. cit.*, p. 67. Ma cfr. anche P. ICHINO, *La rilevanza della volontà negoziale ai fini della qualificazione del contratto di lavoro*, in *RIDL*, 1989, p. 47; nonché M. TIRABOSCHI, *Autonomia e subordinazione nelle tecniche di interpretazione dei precedenti giudiziari*, in *RIGL*, 1994, II, p. 364.



## CAPITOLO SECONDO

### VOLONTÀ NEGOZIALE DELLE PARTI E POTERE DI QUALIFICAZIONE

SOMMARIO: 1. Contratto, volontà delle parti e diritto del lavoro. – 2. Il *nomen iuris* tra vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali. Il punto di vista della dottrina. – 3. Inderogabilità e autonomia individuale. – 4. Indisponibilità e autonomia negoziale: qualificazione del rapporto di lavoro e art. 2113 c.c.

1. *Contratto, volontà delle parti e diritto del lavoro.* – Il descritto limite costituzionale, (im)posto al legislatore dai giudici di legittimità, invita all'esame del ruolo attribuibile alle parti in tema di potestà dispositiva del tipo, ampliando a questi nuovi "attori" lo scenario ricostruttivo oggetto del presente studio.

La Consulta, infatti, tiene a precisare che: «...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.

I principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia, infatti, sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti...»<sup>1</sup>.

Da tale affermazione sembrerebbe inevitabile dedurre un'assoluta incapacità dispositiva delle parti, totalmente asser-

<sup>1</sup> Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115, cit. *supra*.



vite all'inderogabilità della norma, prima, e all'interpretazione del giudice, poi<sup>2</sup>.

Uguualmente certo, punto sul quale il consenso può dirsi unanime e diffuso nella dottrina, è che non si può negare l'origine contrattuale del rapporto di lavoro subordinato, così come, di conseguenza, l'impossibilità di prescindere dalla volontà manifestata dalle parti stipulanti<sup>3</sup>.

Si tratta, però, di una volontà "controllata", in quanto, pur appartenendo il contratto di lavoro sempre all'area negoziale, questa risulta caratterizzata da una libertà «vigilata» e in larga parte etero-diretta<sup>4</sup>, a causa dell'inevitabile squilibrio di forza contrattuale esistente tra le parti stipulanti.

Proprio la storica debolezza del lavoratore ha indotto il legislatore, almeno fino ai primi anni '90 del secolo scorso, a garantirlo e tutelarlo mediante le tecniche dell'inderogabilità delle norme e dell'indisponibilità dei diritti, impermeabili all'autonomia individuale.

Tale scelta di politica del diritto si deve far risalire al primo approccio alla conoscenza del lavoro subordinato, avvenuto nel solco dell'antica distinzione tra *locatio operis* e *locatio operarum*.

Partendo, dunque, dalle fattispecie contrattuali tipiche individuate nel codice civile, la dottrina è pervenuta alla costruzione del lavoro subordinato sotto lo schema di un distinto tipo contrattuale, non potendo ignorare il carattere forzato, se non innaturale, dell'accoppiamento tra i fenomeni del contratto e del lavoro subordinato<sup>5</sup>.

Da una parte, infatti, il contratto affonda le sue radici nelle

<sup>2</sup> Cfr., *amplius*, sulla tassatività del tipo e ruolo della volontà delle parti, PEL-LACANI G., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro. La divergenza tra il programma contrattuale ed il concreto atteggiarsi del rapporto*, Torino, 2002, p. 14 e ss.

<sup>3</sup> L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *LD*, 1993, 1, p. 24.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>5</sup> L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico critici*, Napoli, 1967.

relazioni economiche della vita, diventando lo strumento generale ed essenziale di realizzazione della libertà ed eguaglianza dei singoli e dei gruppi, il mezzo, cioè, con il quale ogni individuo può provvedere alla autoregolamentazione dei propri interessi patrimoniali; dall'altra, la realtà socio-economica induce numerosi individui a porsi al servizio dell'altrui organizzazione aziendale, pur potendosi liberamente determinare<sup>6</sup>.

È qui che, storicamente, il contratto e il lavoro subordinato si incontrano, ma nell'incontro, che si potrebbe più realisticamente definire uno scontro, con il contratto, il lavoro subordinato appare destinato a soccombere. Alla sua stregua, infatti, il datore di lavoro, soggetto socio-economico forte, può imporre la sua volontà riguardo al trattamento economico e alle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa senza che il lavoratore, pure formalmente libero ed uguale, possa apporre una valida resistenza<sup>7</sup>.

Da ciò si è imposta, nel tempo, la prepotente esigenza di realizzare un soddisfacente apparato protettivo, cosicché gli spazi riservati all'autonomia privata, specie quelli fruibili *au pair* dal lavoratore, sono sempre risultati particolarmente esigui e spesso più apparenti che reali.

La *ratio* di tale politica garantista è da rinvenirsi – come premesso – nel fatto che l'autonomia individuale è sempre stata identificata con una sorta di libertà contrattuale unilaterale esercitata dal datore di lavoro, a riprova della verità storica secondo la quale l'autonomia non è comunque fruibile nella stessa maniera e misura da ambedue i contraenti.

<sup>6</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in RIDL, 2001, I, p. 109 e ss.

<sup>7</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 110. In particolare sul punto, G. PERA, *Sul valore della volontà cartolare per la qualificazione del rapporto di lavoro*, in RIDL, 1997, II, p. 702, precisa che: «Non dovrebbe dimenticarsi che di norma il documento [*rectius*, contratto, *nda*] è fabbricato negli uffici padronali, raccogliendosi poi la firma del collaboratore in mera adesione; cioè di massima resta di fatto la "dittatura contrattuale" datoriale, seppure oggi largamente condizionata dalla normativa inderogabile di legge e dalla contrattazione collettiva».

Se, dunque, la libertà contrattuale è ridotta e l'autonomia del prestatore è per lo più apparente, *a fortiori* il tipo non può che essere sottratto alla disponibilità e all'ingegneria negoziale delle parti (meglio sarebbe dire di una sola parte, come sostengono alcuni autori<sup>8</sup>), che non sono abilitate a creare fattispecie atipiche<sup>9</sup> o a introdurre "variazioni sul tema", rimanendo vincolate, di massima, all'obbligo di rispettare le regole ordinatrici e conformatrici imposte dal legislatore.

Infatti, anche se l'autonomia privata non può sottrarsi all'applicazione della legge nella configurazione e nella disciplina, in linea di massima inderogabile, del rapporto di lavoro subordinato, tuttavia le parti, nell'esercizio del potere di autoregolamentazione dei propri interessi, ben possono ricondurre, agli effetti della disciplina giuridica, prestazioni lavorative di contenuto analogo nell'ambito del lavoro subordinato o di quello autonomo<sup>10</sup>.

Esito di tale opzione interpretativa è che la facoltà di scelta delle parti è solo apparente: la libertà si manifesta e si esaurisce nell'individuazione del modello tipico (generale o speciale), che meglio si adatta agli interessi contingenti delle parti stipulanti<sup>11</sup>.

Se si volesse abbracciare questa tesi alla lettera, si rischierebbe, però, di rinnegare la fattispecie "contratto", mortificando la volontà delle parti, revocandone in dubbio il ruolo essenziale nella costituzione del vincolo obbligatorio e relegando il consenso entro i confini segnati dalla tassatività del tipo legale e dalla conseguente indisponibilità dei suoi tratti fisionomici, predeterminati dalla legge e, a volte, ridefiniti dalla contrattazione collettiva<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Per tutti, cfr. L. MONTUSCHI, *op. ult. cit.*, p. 30.

<sup>9</sup> M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 1990, p. 534.

<sup>10</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità...*, cit., p. 97.

<sup>11</sup> L. MONTUSCHI, *Il contratto*, cit., p. 30.

<sup>12</sup> Cfr. *amplius* sul punto M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva...*, cit., p. 537.

In realtà, le parti, pur non avendo poteri di scelta rispetto a un tipo piuttosto che a un altro, hanno, per contro, certamente il potere di dare un assetto ai loro interessi che corrisponda agli scopi che intendono perseguire<sup>13</sup>.

Il contratto, infatti, funge, in ogni caso, da “fonte del rapporto”, in senso meramente costitutivo, pur rimanendo la disciplina interamente dettata dall'esterno, cioè alimentata dai sistemi normativi regolatori<sup>14</sup>.

Infatti, «dove vi è non libertà e disponibilità, ma tassatività e inderogabilità del tipo, è inevitabile che la *lex voluntatis* concorra con la *voluntas legis* e che, nel processo interpretativo, l'intento soggettivo delle parti del contratto debba essere coordinato con l'immagine oggettiva della figura sociale protetta dalle norme che regolano il rapporto»<sup>15</sup>.

È nell'ambito di tale processo logico che acquisisce, via via nel tempo, sempre maggiore rilievo la valutazione interpretativa del regolamento di interessi realizzato dai privati, ovvero sia il ruolo giocato dalla volontà dei contraenti ai fini della identificazione del contratto, sulla scorta delle indicazioni fornite dai principi codicistici.

Allorché le parti decidono di costituire un rapporto di lavoro subordinato, *nulla quaestio*; ma nel caso in cui le stesse manifestino la volontà di discostarsi dal tipo o di costituire un rapporto di lavoro autonomo, questa scelta, esplicitamente espressa, assume l'innegabile valore di un dato a cui fare innanzitutto riferimento per la qualificazione del rapporto, restando tuttavia da verificare se la prestazione lavorativa non sia svolta sotto il vincolo della subordinazione<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro* (Atti del X Congresso Aidlass di Udine del 1991), in *GDLRI*, 1991, n. 51, 3, p. 495, sul punto, precisa, altresì, che «Il procedimento di riconduzione all'assetto degli interessi così determinato ad una specifica tipologia contrattuale esistente è al contrario opera del giudice cui è affidato il procedimento di qualificazione dell'attività dei privati».

<sup>14</sup> L. MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 25.

<sup>15</sup> M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, Relazione introduttiva al X Congresso Aidlass, Udine 1991.

<sup>16</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 98.

A voler, pertanto, ragionare nei termini astratti di una ipotetica disponibilità del tipo contrattuale, bisogna tener conto della “interferenza fra libertà di determinazione del tipo e libertà di determinazione del contenuto del contratto”<sup>17</sup>.

Infatti, l’abilitazione alla scelta del tipo presuppone una tendenziale libertà di determinazione del contenuto, ovvero una sostanziale disponibilità degli effetti scaturenti da un dato assetto di interessi contenuti nel regolamento contrattuale.

Si torna così al problema cruciale dell’interpretazione del rapporto tra autonomia privata ed effetti del contratto, ove la determinazione del tipo appare null’altro che il risultato della combinazione/composizione non tanto tra ciò che le parti hanno voluto, quanto fra ciò che le parti hanno “potuto volere”<sup>18</sup>.

La volontà dei contraenti nel contratto di lavoro, infatti, deve pur sempre fare i conti con la particolare attenzione che l’interprete pone nei confronti della volontà manifestata, una volontà accentuata da termini di disvalore e che l’ordinamento *in primis* considera il più delle volte elusiva e diretta all’aggiramento o alla violazione della disciplina cogente.

In tal modo, l’esecuzione del contratto (più che le dichiarazioni delle parti)<sup>19</sup> diviene il perno dell’approfondimento dell’interprete, che è deputato a stabilire quando, ad onta della volontà manifestata dalle parti (di porre in essere una forma autonoma di collaborazione), può ritenersi che si sia costituito invece un rapporto di natura subordinata.

<sup>17</sup> O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale...*, cit., p. 495, precisa altresì che: «Non è casuale che sulla base di classici orientamenti della dottrina d’Oltralpe l’*Inhaltsfreiheit* è quasi considerata sinonimo della *Typenfreiheit*».

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 496. Secondo C. TIMELLINI, *Qualificazione del rapporto: subordinazione e onere della prova*, in *MGL*, 2002, 8-9, p. 543, in nota n. 82, «La volontà negoziale che rileva non concerne tanto la qualificazione o l’identificazione del rapporto, quanto l’assetto strutturale effettivo dello stesso, e precisamente l’assoggettamento pieno del lavoratore al potere direttivo del creditore».

<sup>19</sup> Secondo O. MAZZOTTA, *op. ult. cit.*, p. 496, la volontà manifestata dalle parti «si presenta come incorporata nel comportamento di fatto. Il privato, ricordava Salvatore Romano molti anni fa, “agisce molto più di quanto regoli”: e tale considerazione non può che valere anzitutto per il contratto di lavoro».

La giurisprudenza, infatti, pone in essere un procedimento che oscilla fra l'interpretazione e integrazione del contratto e l'integrazione del diritto dispositivo<sup>20</sup>.

Il giudice, da una parte, si trova di fronte a controversie che le parti hanno già impostato come un'alternativa tra qualificazioni concorrenti, mirando ciascuna a far valere il *nomen iuris* che comporta l'applicazione della disciplina a sé più favorevole<sup>21</sup>, dall'altra, tende a realizzare un'operazione di riconduzione al tipo, assecondando – nella maggior parte dei casi – l'impostazione delle parti stesse e scegliendo una delle due qualificazioni, raramente elaborandone una propria<sup>22</sup>.

Questo lavoro, in cui l'interprete è disposto a tollerare più o meno larghe deviazioni dallo schema legislativo, è giustificato dalla precipua caratteristica del processo del lavoro, imperniato sul contemperamento del principio dispositivo con le esigenze della ricerca della verità materiale<sup>23</sup>.

La ragione di tale differenza deve, infatti, essere colta nella tensione che nel campo di applicazione del diritto del lavoro, e in particolare nel procedimento giudiziale di classificazione, si crea tra l'interpretazione – avente ad oggetto l'accordo risultante dalla dichiarazione, non divergente dall'intenzione comune – e la qualificazione – intesa come attribuzione all'accordo degli effetti previsti dall'ordinamento –, procedimento il cui esito è vincolato all'assetto di interessi che le parti hanno obiettivamente realizzato, con conseguente emancipazione non soltanto dall'interpretazione della volontà dichia-

<sup>20</sup> G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974, p. 14.

<sup>21</sup> M. CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione*, Milano, 1961, p. 62.

<sup>22</sup> G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 15.

<sup>23</sup> Numerose sentenze hanno, infatti, più volte chiarito come con l'art. 421 c.p.c. il legislatore abbia inteso attribuire particolari poteri al giudice, il quale, «alorché le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, ove reputi insufficienti le prove già acquisite, non può limitarsi ad una meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, ma deve, di ufficio, procedere all'acquisizione delle prove ritenute utili.», Cass. 12 marzo 2004, n. 5152, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, f. 3.

rata, ma anche da quella del regolamento sostanziale concordato<sup>24</sup>.

La volontà diviene, così, uno degli elementi da porre a base del procedimento di interpretazione dell'attività privata, al punto che la giurisprudenza, seppur da sempre e rispetto ai più vari tipi negoziali abbia disconosciuto ogni significato vincolante ai *nomina* assegnati dai contraenti alle loro pattuizioni, sembra già da qualche tempo volta ad una inversione di tendenza, diretta ad una elasticizzazione del procedimento di qualificazione e alla riscoperta – in situazioni che presentino tratti di particolare ambiguità – di un'efficacia discretiva del *nomen iuris* adoperato proprio dalle parti del contratto di lavoro.

2. *Il nomen iuris tra vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali. Il punto di vista della dottrina.* – Com'è noto, per lungo tempo la giurisprudenza ha negato qualsiasi valore vincolante alla qualificazione giuridica del rapporto effettuata dalle parti.

La qualificazione spettava, pertanto, al giudice, il quale era chiamato a verificare solo le effettive modalità di svolgimento della prestazione, indipendentemente dal diverso *nomen iuris* assegnato dagli stipulanti<sup>25</sup>.

In tempi più recenti, l'innovazione tecnologica e la progressiva terziarizzazione del mondo del lavoro hanno determinato, con un aumento dei casi *in limine* tra l'area della subordinazione e quella dell'autonomia, un'accentuazione delle tensioni disgregative interne alla fattispecie tipica.

Di conseguenza, per un verso, hanno ricevuto ulteriore conferma la difficoltà di costruire una nozione generale ed unitaria di subordinazione e l'utilità del metodo cosiddetto tipologico quale bussola delle operazioni giurisprudenziali di qualifi-

<sup>24</sup> M. D'ANTONA, *op. cit.*, p. 75.

<sup>25</sup> Cfr. per tutte, Cass. 1980, n. 2730; Cass. 1982, n. 6507; Cass. 1982, n. 6025; Cass. 1983, n. 38, in [www.jurisdata.com](http://www.jurisdata.com).

cazione; per altro verso, è andato mostrandosi sempre più evidente quel «pragmatismo di compensazione» cui la giurisprudenza si vede spesso obbligata a causa dell'assenza di mezzi tecnici, neutri ed oggettivi, di distinzione<sup>26</sup>.

Proprio le crescenti difficoltà di qualificazione del rapporto hanno, quindi, favorito l'assunzione tra gli indici di elaborazione giurisprudenziale del cosiddetto *nomen iuris*, spingendo, conseguentemente, i giudici di merito, così come le più alte Corti, a dare rilievo alla ricerca della volontà contrattuale manifestata dalle parti<sup>27</sup>.

Quale strumento di espressione di questa nuova esigenza, a partire dalla seconda metà degli anni ottanta del secolo scorso, la Cassazione si è incamminata verso percorsi interpretativi sino ad allora inesplorati, affermando che «ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come autonomo o subordinato, non si può prescindere dalla preventiva ricerca della volontà delle parti, giacché il principio secondo cui ai fini della distinzione in questione è necessario avere riguardo all'effettivo contenuto del rapporto stesso, indipendentemente dal *nomen iuris* usato dalle parti, non implica che la dichiarazione di volontà di queste in ordine alla fissazione di tale contenuto, o di un elemento di esso qualificante ai fini della distinzione medesima, debba essere stralciato nell'interpretazione del precetto contrattuale e che non debba tenersi conto del relativo reciproco affidamento delle parti stesse e della concreta disciplina giuridica del rapporto quale voluta dalle medesime nell'esercizio della loro autonomia contrattuale: pertanto, quando le parti, nel regolare i loro reciproci interessi, abbiano dichiarato di voler escludere l'elemento della subordinazione, non è possibile, specie nei casi caratterizzati dalla presenza di elementi compatibili con l'uno o con l'altro tipo di rapporto, pervenire

<sup>26</sup> F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2005, p. 24.

<sup>27</sup> F. LUNARDON, *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, in *DLRI*, 1990, 1, p. 419.



ad una diversa qualificazione se non si dimostra che in concreto il detto elemento della subordinazione si sia di fatto realizzato nello svolgimento del medesimo rapporto»<sup>28</sup>.

Dunque, proprio le situazioni in cui le indicazioni derivanti dal concreto momento attuativo del rapporto non portano a risultati univoci nel senso dell'autonomia o della subordinazione fanno acquisire alle dichiarazioni rese dalle parti una forte valenza qualificatoria<sup>29</sup>.

Più specificamente, seguendo questa linea interpretativa, la Suprema Corte ha ritenuto che, quando non sia possibile sciogliere con sicurezza il dilemma tra autonomia e subordinazione in base al criterio dell'eterodirezione, nel senso che non è sicuro che dalla prova dei fatti concernenti lo svolgimento del rapporto possa trarsi la convinzione che la volontà delle parti implicita nel loro comportamento vada nel senso della subordinazione o dell'autonomia, il rapporto debba essere qualificato in conformità delle dichiarazioni espresse dalle parti, le quali per tale via assumono carattere decisivo<sup>30</sup>. Non solo. Pur continuando ad attribuire rilievo, in linea di principio, agli indici sussidiari della subordinazione, in alcune pronunce la Casazione ha negato la loro utilizzabilità ai fini qualificatori in contrapposizione alle risultanze provenienti dalle esplicite dichiarazioni di volontà delle parti, ogni qual volta le indicazioni nel senso della subordinazione o dell'autonomia provenienti

<sup>28</sup> Cass. 16 luglio 1987, n. 5438, in *Giust. civ. Mass.*, 1987; nonché, Cass., 10 luglio 1991, n. 7609, in *Giust. civ.*, 1992, p. 103. In dottrina, sul punto, L. NOGLER *Osservazioni su accertamento e qualificazione del rapporto*, in *Giust. civ.*, 1992, p. 108, ha chiarito che «in assenza di valide prove su elementi del rapporto, il giudice può senz'altro fondare il proprio convincimento sugli elementi del contratto, mentre non pare si possa affermare che questo orientamento si risolva in una "elasticizzazione" del procedimento di qualificazione in situazioni che presentano tratti di particolare ambiguità, se non nel senso, appunto, di dare ingresso, in via per così dire subordinata, ad elementi di fatto che provengono dal contratto».

<sup>29</sup> L. ANGELINI, *Sulla rilevanza del nomen iuris nel processo di qualificazione del rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 1999, 3, p. 672-673.

<sup>30</sup> Cass. 8.3.1995, n. 2690, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 540.

dalle concrete modalità di svolgimento del rapporto e ricavabili con l'utilizzo dei criteri sussidiari non siano chiare<sup>31</sup>.

A tale risultato la giurisprudenza è giunta talvolta richiamando anche i criteri interpretativi della contrattualistica civile, tant'è che «qualora siano carenti gli elementi da cui desumere in concreto il vincolo della subordinazione, anche in materia di lavoro può tenersi conto, per l'interpretazione del contratto, delle dichiarazioni di volontà delle parti e del loro reciproco affidamento, in applicazione del criterio generale di cui all'art. 1362 c.c.»<sup>32</sup>.

Dunque, quanto più manca la prova degli elementi di fatto da cui dedurre la subordinazione, intesa come sottoposizione alle direttive datoriali, tanto più vale l'autoqualificazione del rapporto effettuata dalle parti<sup>33</sup>.

Ne consegue l'affidamento anche su tutto quanto espressamente dichiarato dalle parti al momento della stipulazione del contratto, attraverso l'utile integrazione degli elementi oggettivo e soggettivo del rapporto, essenziale per l'esatta individuazione del tipo<sup>34</sup>.

Non si tratta di sostenere che il *nomen iuris* debba assumere a carattere di manifestazione diretta della volontà ai fini della suddetta qualificazione, qualificazione rientrante nell'esclusiva competenza del giudice<sup>35</sup>; ben più realisticamente si ritiene che nessuno dovrebbe sentirsi legittimato a disconoscere il suo essenziale valore quale indice dell'intendimento delle

<sup>31</sup> L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in *QDLRI*, 1998, p. 167.

<sup>32</sup> Cass. 20.4.1983, n. 2728, in *OGL*, 1983, p. 825.

<sup>33</sup> Cass. 7.2.1992, n. 4220, in *RIDL*, 1993, II, p. 258.

<sup>34</sup> M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali...*, cit., p. 76.

<sup>35</sup> Sul punto, cfr. *amplius* P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Milano, 2000, p. 290, secondo il quale: «Riferirsi alla volontà negoziale delle parti non significa affatto riferirsi alla qualificazione del contratto operata dalle parti stesse, cioè al cosiddetto *nomen iuris* da esse attribuitegli, ovvero alla sua classificazione da esse voluta: le parti non hanno la facoltà di scegliere liberamente il tipo legale cui ascrivere il contratto posto in essere poiché la qualificazione spetta esclusivamente al giudice».

parti circa la struttura effettiva dell'obbligazione contrattuale assunta<sup>36</sup>.

Infatti, la natura giuridica attribuita dalle parti al rapporto, pur non vincolante ai fini della decisione, rappresenta l'insopprimibile punto di partenza dell'indagine giudiziale, tanto da richiedere un'adeguata motivazione per essere svalutata nel suo significato<sup>37</sup>.

L'interprete, quindi, non potrà mai esimersi dal valutare la genuinità della dichiarazione congiunta delle parti, costitutiva del rapporto: verifica che non potrà che basarsi soprattutto sull'osservazione del comportamento attuativo dell'accordo negoziale *ex art.* 1362 c.c., onde evitare qualsiasi rischio di simulazione, tipico della materia lavoristica<sup>38</sup>.

Tale assetto, fortemente orientato ad una rivalutazione del *nomen iuris*, prediligendo una lettura "cartolare" dell'accordo tra le parti, pur avendo dato una vera scossa alle posizioni interpretative precedenti, è stato più di recente sottoposto a numerose rivisitazioni, che hanno ammorbidito una impostazione che rischiava di apparire volta a favorire eccessivamente i criteri sinallagmatici civilistici, dimenticando le storiche esigenze di tutela che permeano il contratto di lavoro.

Infatti, l'imprescindibilità della sintesi d'indagine tra la volontà negoziale manifestata e il contenuto effettivo che le parti hanno poi dato al rapporto<sup>39</sup> risulta comunque necessario laddove più gravi sono i motivi di dubitare della coincidenza della dichiarazione (cd. volontà cartolare) con la volontà effettiva delle parti<sup>40</sup>.

Pertanto, non volendosi relegare il contratto a rappresen-

<sup>36</sup> L. ANGELINI, *op. cit.*, p. 673.

<sup>37</sup> Cass. 15.2.97, n. 1427, in *DPL*, 1997, p. 1726.

<sup>38</sup> P. ICHINO, *Il contratto...*, cit., p. 292.

<sup>39</sup> A. MANNA, *Subordinazione e autonomia della prestazione di lavoro nella più recente giurisprudenza*, in *D&L*, 1996, p. 874.

<sup>40</sup> G. PERA, *Sul valore della volontà cartolare...*, cit., p. 702, esprime numerose «riserve in ordine alla corrispondenza del documento alla reale volontà delle due parti».

tare solo il momento genetico del rapporto, è possibile ritenere che, in presenza di evidenti dubbi sulla qualificazione concreta, l'opera del giudice debba essere volta innanzitutto a ricercare l'accordo contrattuale stipulato tra le parti e all'interno di questo ricercare gli elementi essenziali dell'accordo stesso<sup>41</sup>.

Ciò comporta il compito di continuare a individuare innanzitutto il ruolo che le parti possono aver assegnato alle circostanze di fatto da loro prese in considerazione, che, però, potrebbero anche essere contraddittorie e incomplete<sup>42</sup>.

Tanto vuol dire, ben inteso, non un ritorno incondizionato alla valorizzazione del rapporto di fatto ai fini della qualificazione: il comportamento delle parti, al contrario, può assumere rilievo soltanto nel caso in cui esso sia significativo della loro comune volontà negoziale circa gli elementi essenziali riconducibili all'uno o all'altro tipo legale di contratto<sup>43</sup>.

Infatti, «tutte le volte in cui non sia agevole l'apprezzamento diretto [della natura subordinata del rapporto] a causa della peculiarità delle mansioni che incidano sul rapporto, non è idoneo a surrogare il criterio della subordinazione nei precisati termini neanche il *nomen iuris* che al rapporto di lavoro sia dato dalle sue stesse parti (cosiddetta "autoqualificazione"), il quale, pur costituendo un elemento dal quale non si può in generale prescindere, assume rilievo decisivo ove l'autoqualificazione non risulti in contrasto con le concrete modalità del rapporto medesimo»<sup>44</sup>.

Del resto, «ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro, la volontà che esso esprime ed il *nomen iuris* che utilizza non costituiscono fattori assorbenti (...) rispetto a una nuova eventuale volontà espressa dalle parti che, in quanto poste-

<sup>41</sup> L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 1990, I, p. 215.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 218.

<sup>43</sup> P. ICHINO, *op. ult. cit.*, p. 293.

<sup>44</sup> Cass. 27.4.2007, n. 4500; nonché v. in conformità Cass. 14.12.2009, n. 26160, entrambe in *www.jurisdata.com*.

riore, modifica la volontà iniziale conferendo al rapporto un nuovo assetto negoziale»<sup>45</sup>.

Quel che emerge da tale orientamento giurisprudenziale è il decisivo abbandono della tradizionale propensione (lungamente caldeggiata dalla pregressa giurisprudenza) a far operare nei casi ambigui una sorta di presunzione di ricorrenza della subordinazione anche in contrasto con le eventuali dichiarazioni di volontà delle parti.

Nel dubbio, la presunzione tende, invece, ora, ad essere nel senso della corrispondenza tra la qualificazione operata dalle parti e l'assetto definitivo degli interessi dedotti nel rapporto da qualificare<sup>46</sup>.

Tali operazioni ricostruttive, dunque, evidenziano una evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale, che sembrerebbe volersi discostare da quella passata, in particolare manifestando l'intenzione di attribuire rilievo alla volontà delle parti, seppure in un'ottica surrogatoria, puntando a distinguere tra la mera autoqualificazione del rapporto e la precisa indicazione nell'atto scritto della struttura dell'obbligazione lavorativa<sup>47</sup>.

L'argomento non è certo di secondaria importanza, perché questi due elementi sono molto diversi e non possono che avere un peso diverso, al punto che in dottrina all'attribuzione ad opera delle parti di un determinato *nomen iuris* al contratto da esse stipulato viene spesso attribuito un ruolo molto limitato, sottolineandosi l'esigenza di tenere distinta l'autoqualifi-

<sup>45</sup> Cass. 5.7.2006, n. 15327, in *www.jurisdata.com*.

<sup>46</sup> Cass. 20.1.2000, n. 608, in *Info. Prev.*, 2000, p. 570; Cass. 28.7.1997, n. 8187, in *RIDL*, 2000, II, p. 280. L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 1990, I, p. 216, ritiene che «pertanto, il giudice non potrà più ricavare “ciò che avrebbe dovuto essere” da “ciò che è stato realizzato in concreto, cioè dedurre l'accordo contrattuale dallo svolgimento del rapporto che concretamente lega tra loro le parti; al contrario, dovrà indagare l'effettiva volontà negoziale manifestata dalle parti stesse».

<sup>47</sup> L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni...*, cit., p. 169, evidenzia, con particolare enfasi, Trib. Milano, 22.4.1995, in *RIDL*, 1996, II, p. 28.

cazione del rapporto dalle enunciazioni contenute nel contratto circa la struttura dell'obbligazione lavorativa<sup>48</sup>.

Per volontà delle parti, dunque, non si deve intendere solo il mero *nomen iuris* assegnato espressamente da queste ultime nella qualificazione del rapporto, bensì anche la determinazione (pure per fatti concludenti) della struttura della prestazione lavorativa dedotta in obbligazione, e cioè tanto la volontà cartolare, quanto la volontà risultante dal comportamento complessivo individuato alla conclusione del contratto<sup>49</sup>. Con la precisazione che la verifica del comportamento complessivo delle parti (anche successivo) è ritenuta comunque necessaria per determinarne la comune intenzione quanto meno nelle ipotesi in cui il dettato contrattuale sia lacunoso, ambiguo o polysenso.

Ciò che assume rilievo ai fini della qualificazione non è, quindi, solo la scelta del *nomen* (lavoro autonomo o subordinato), ma è la volontà negoziale relativa ai singoli elementi essenziali dell'uno o dell'altro tipo legale; in altre parole, alle parti è dato scegliere gli elementi strutturali delle reciproche obbligazioni (ad esempio: l'assoggettamento o meno della prestazione lavorativa al potere direttivo del creditore, alla collocazione sull'una o sull'altra parte del rischio di gestione dell'organizzazione mediante la quale il lavoro deve essere gestito), essendo poi riservato all'interprete il giudizio circa la riconducibilità dell'assetto contrattuale voluto dalle parti all'un tipo legale o all'altro<sup>50</sup>.

Vi è, dunque, un'innegabile differenza tra *nomen iuris* meramente qualificatorio e *nomen iuris* esplicativo delle modalità di attuazione del rapporto di lavoro.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> Cass., 25.5.98, n. 5214, in *Giur. it.*, 1999, p. 1406 secondo cui: «Al fine di valutare la natura subordinata o autonoma di un rapporto di lavoro, è necessario indagare l'effettiva volontà negoziale delle parti emergente oltre che dal *nomen iuris* dalla valutazione globale degli elementi che caratterizzano le concrete modalità di svolgimento del rapporto».

<sup>50</sup> P. ICHINO, *Il contratto...*, cit., p. 290.

Il giudice, infatti, è legittimato a ricostruire razionalmente l'assetto dei reciproci interessi che di fatto è stato concordemente perseguito dalle parti, nonostante vi si nascondano intendimenti e motivazioni diverse<sup>51</sup>.

Proprio questo assetto dottrinario sembra essere stato accolto dalla giurisprudenza più recente, la quale, distaccandosi comunque dalle rigide impostazioni degli anni '80 dello scorso secolo (che si fondavano su una presunzione di subordinazione divenuta quasi assiomatica), ha di recente "declassato" il *nomen iuris* attribuendogli carattere sussidiario e funzione indiziaria<sup>52</sup>.

Si è ritenuto, infatti, che «...il *nomen iuris* attribuito dalle parti, al pari di altri elementi, quali l'osservanza di un determinato orario di lavoro, la cadenza e la misura fissa della retribuzione, l'assenza di rischio, la continuità della prestazione lavorativa ed altri, ha carattere sussidiario, essendo elemento distintivo del rapporto l'eterodirezione»<sup>53</sup>.

Più specificamente, «ai fini della distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, non si può comunque prescindere dalla volontà delle parti contraenti e sotto questo profilo va tenuto presente il *nomen iuris* utilizzato, il quale però non ha mai un rilievo assorbente...»<sup>54</sup>.

«Per la qualificazione del contratto di lavoro, infatti, (...) il *nomen iuris* attribuito dalle parti al rapporto di lavoro può rilevare solo in concorso con altri validi elementi differenziali o in caso di non concludenza degli altri elementi di valutazione...»<sup>55</sup>; pur avendo carattere sussidiario, «tuttavia, il riferimento al *nomen iuris* dato dalle parti al negozio, risulta di maggiore utilità rispetto agli altri elementi, in tutte quelle fattispe-

<sup>51</sup> L. NOGLER, *Metodo...*, cit., p. 218.

<sup>52</sup> Cass, 23.3.2012, in *Guida al lav.*, 2012, p. 52.

<sup>53</sup> Cass. 17.6.2009, n. 14054, in *Guida al lav.*, 2009, 38, p. 30; nonché, Cass. 23.1.2009, n. 1717, in *www.jurisdata.com*.

<sup>54</sup> Cass. 22.4.2008, n. 10345, in *D&G*, 2008.

<sup>55</sup> Cass. 23.1.2009, n. 1717, in *Giuda al dir.*, 2010, p. 32.

cie in cui i caratteri differenziali tra due o più figure negoziali, appaiono non agevolmente tracciabili»<sup>56</sup>.

Appare evidente, a tal punto, come quest'ultimo più cauto orientamento tenga conto di una duplice esigenza, tendendo a valorizzare gli spazi di libertà individuale in un contesto caratterizzato dalla preminenza dell'imperatività delle norme, senza la pretesa di scalfire la fondatezza dell'orientamento tradizionale costruito intorno agli assetti imposti dalla Corte Costituzionale<sup>57</sup>.

La risposta dell'attuale giurisprudenza non ha ignorato, infatti, la sempre crescente domanda di autonomia delle parti contraenti.

D'altro canto, sarebbe stato a dir poco anacronistico escludere completamente i soggetti stipulanti un contratto di lavoro dal potere di dare un assetto "autonomo" ai propri interessi, se (*rectius*, purché) corrispondente agli scopi che essi intendono perseguire.

Per altro, scegliere una tipologia contrattuale tra quelle già esistenti non vuol dire necessariamente qualificare il tipo, capacità che resta ad esclusivo appannaggio del giudice.

È nell'ambito di tale procedimento di qualificazione che naturalmente ha rilievo la valutazione interpretativa del regolamento di interessi realizzato dai privati, sulla scorta delle indicazioni fornite dai criteri civilistici. In questa chiave di lettura il problema del ruolo giocato dalla volontà dei contraenti non è altro che il problema della valutazione del ruolo della volontà ai fini della identificazione della nozione di contratto<sup>58</sup>.

Sarebbe, pertanto, davvero paradossale che la volontà individuale, che da tempo la dottrina civilistica ha considerato solo come una delle fonti di integrazione del contratto, fosse valorizzata al punto da divenire determinante proprio sul ter-

<sup>56</sup> Cass. 18.4.2007 n. 9264, in *www.jurisdata.com*.

<sup>57</sup> Sul punto cfr. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, IV, 2011, p. 65.

<sup>58</sup> O. MAZZOTTA, *cit.*, p. 66.



reno di una relazione giuridica caratterizzata dalla prevalenza delle norme inderogabili su quelle dispositive<sup>59</sup>.

L'utilità delle recenti interpretazioni giurisprudenziali (indiscutibilmente apprezzabili sotto questo profilo) appare evidente, essendo basate su una elasticizzazione ammodernatrice del procedimento di qualificazione in situazioni che presentino tratti di particolare ambiguità.

Resta, dunque, l'inderogabilità della norma il baluardo invalicabile posto anche all'autonomia privata.

Un vincolo che, pur risolvendosi in un sostanziale limite per l'autonoma volontà contrattuale, costituisce sempre e comunque uno strumento di garanzia regolativa, la cui indisponibilità appare a tutt'oggi necessitata dall'opportunità di assicurare alle stesse parti contraenti la tutela di diritti costituzionali superindividuali.

3. *Inderogabilità e autonomia individuale.* – Nonostante l'innegabile utilità sociale attribuibile all'indisponibilità tipologica sancita dalla Corte Costituzionale, uno dei frutti più ridondanti del contributo fornito dalla giurisprudenza degli anni '80-'90 del secolo scorso è certamente quello di avere instillato il dubbio che non sempre la tecnica normativa ideale nel diritto del lavoro è quella che determina la massima compressione dell'autonomia negoziale individuale.

Al contrario, un'autonomia individuale adeguatamente sorretta e corredata da limiti, e quindi espressione di genuina volontà delle parti, potrebbe aiutare a ridurre le situazioni in cui l'inderogabilità si traduce in protezione non gradita da parte del destinatario<sup>60</sup>.

In effetti, l'inderogabilità non è un attributo "naturale" della norma di legge lavoristica, né un principio fondamentale

<sup>59</sup> *Ibidem.*

<sup>60</sup> M. NOVELLA, Atti del Convegno Aidlass su *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004, p. 329.

di rango costituzionale, bensì una mera tecnica di tutela (condivisibile): cosicché il legislatore, nel momento in cui predispone delle garanzie per i lavoratori, teoricamente ben potrebbe renderle derogabili dalle parti<sup>61</sup>.

L'espressione norma inderogabile indica, infatti, la condizione dei poteri dell'autonomia privata rispetto ad un precetto legislativo che non può essere violato, tant'è che nel diritto privato la derogabilità della norma è la regola, poiché il legislatore presume che i contraenti siano dotati di un medesimo potere contrattuale; viceversa nel diritto del lavoro prevale l'intervento della norma eteronoma che priva le parti della libertà contrattuale, vuoi nella fase di definizione dell'assetto negoziale, vuoi nella disponibilità dei diritti che ne discendono<sup>62</sup>.

L'inderogabilità, che è tratto qualificante della norma, preclude ogni diversa pattuizione delle parti contraenti, mentre l'indisponibilità del diritto, che attiene all'atto dispositivo ovvero impedisce alle parti di disporre dell'interesse protetto dalla norma, è elemento caratterizzante del diritto discendente da quella norma<sup>63</sup>.

Ciò posto, non sempre è agevole per l'interprete comprendere se le parti possono diversamente disporre l'assetto del rapporto rispetto al dettato legislativo. Si è soliti fare riferimento, in particolare nel diritto del lavoro, alla *ratio* perseguita dalla norma, cosicché, laddove lo scopo si identifica nella tutela minima del contraente debole, la norma dovrebbe avere il carattere della inderogabilità<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in Atti del Convegno Aidlass su *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004.

<sup>62</sup> V. BRINO, *La derogabilità assistita nel lavoro a progetto: potenzialità e limiti*, in Atti del Convegno Aidlass su *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004, p. 290.

<sup>63</sup> Sul punto, si consenta il rinvio *infra* al paragrafo 4.

<sup>64</sup> O. MAZZOTTA, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT-2003/4.

L'inderogabilità può, altresì, discendere da un'espressa disposizione di legge, la quale esclude una diversa pattuizione delle parti, prevedendo sanzioni applicabili in caso di inosservanza della norma.

Pur in un sistema che limita l'autonomia individuale, ove la norma derogabile rappresenta l'eccezione, la tradizionale funzione di ordinamento protettivo, svolta dal diritto del lavoro attraverso il dominio della eteronomia sull'autonomia e attraverso la subordinazione dell'individuale al collettivo, si troverebbe, oggi, a subire una lenta inversione di tendenza, diretta a costituire un diritto del lavoro meno intriso della tradizionale logica eteronoma e più vicino all'impianto consensualistico del contratto, che dovrebbe restituire al lavoratore una libertà della quale è spesso espropriato dall'eteronomia e dalla collettivizzazione, libertà che appare, invece, insopprimibile quando è in gioco la scelta individuale in ordine al se, al come e al quando del lavoratore (come, ad esempio, nelle materie del tempo di lavoro, del tipo di contratto o delle forme variabili di retribuzione)<sup>65</sup>.

Non si tratta, si badi bene, di un ritorno incondizionato al contratto, o di una trasformazione (ovvero, *rectius*, di una regressione) del lavoratore da cittadino diseguale a mero contraente negoziale, ma piuttosto della possibilità di *riconsiderare* l'impostazione di un diritto del lavoro esclusivamente votato alla tutela di un lavoratore medio e astratto, il cui paniere di diritti viene riempito di beni massificati e autonomi, al quale il singolo si sente spesso indifferente.

Recependo tali nuove tesi, alcuni autori hanno, infatti, evidenziato come il diritto del lavoro eteronomo e collettivizzato rischi di contrapporsi alle autentiche aspirazioni e ai bisogni del lavoratore in carne ed ossa, inducendo conformismo di comportamenti ed estraniamento del singolo rispetto alle proprie fondamentali istanze di vita<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> M. D'ANTONA, *L'Autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1991, 3, p. 457.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 458.

Pertanto, è innegabile, secondo queste opzioni ermeneutiche, come tutte le volte che si realizzi di fatto una discrepanza tra precetto della norma inderogabile ed effettive preferenze del destinatario si produca un “costo” (ossia una inefficienza del sistema), valutabile in termini di “sacrificio” delle preferenze di alcuni per assecondare le preferenze di altri (preferibilmente della maggioranza dei destinatari), ovvero per assicurare il perseguimento di interessi diversi da quelli delle parti, ma considerati dallo Stato superiori o prevalenti.

Vero è che qualsiasi regola imposta ha un “costo” derivante dal fatto che ogni norma è fondata su una “generalizzazione” o astrazione, e ogni generalizzazione realizza inevitabilmente una situazione di sovra-inclusione o di sotto-inclusione di fattispecie concrete rispetto alla *ratio* che ha guidato il legislatore nella delimitazione della fattispecie astratta della norma<sup>67</sup>.

Ciò nonostante, chi scrive conviene con quanti hanno ritenuto che questa sorta di “compromesso socialdemocratico”, al quale è legato buona parte del diritto del lavoro, non può di per sé determinare la restituzione del lavoratore alla condizione di individuo universale, di astratto contraente, alla logica paritaria del contratto, all’eguaglianza unicamente formale. La riscoperta dell’individuo nel diritto del lavoro – e in ciò sta il limite culturale degli approcci neovolontaristi – non implica che la «forza lavoro», questa singolarissima merce inseparabile dalla biografia delle donne e degli uomini concreti che la erogano, sia destinata a tornare sul libero mercato<sup>68</sup>.

Si tratta, dunque, piuttosto, di approfondire la capacità di autodeterminazione dell’individuo-lavoratore, ove per autodeterminazione si voglia intendere essenzialmente la libertà di scegliere la propria differenza, senza che altri, sia pure a fini protettivi e benefici, sovrappongano una loro valutazione delle nostre convenienze e senza esserne impediti da una uniformità imposta per ragioni estranee a noi.

<sup>67</sup> M. NOVELLA, *op. cit.*, p. 330.

<sup>68</sup> M. D’ANTONA, *L’autonomia individuale...*, cit., p. 458.

Una libertà che comincia a partire dall'eguaglianza sostanziale, un'eguaglianza che il diritto del lavoro ha storicamente costruito smascherando l'inganno di applicare la regola dell'uguale potere della volontà al più diseguale dei rapporti di forza nelle società capitalistiche<sup>69</sup>.

Evidenziare il ruolo dell'autonomia negoziale individuale significa, quindi, non mettere in dubbio il fondamento contrattuale del rapporto di lavoro subordinato, ma non solo questo: non si dubita, infatti, che il rapporto di lavoro nasca da una manifestazione di autonomia privata, ossia da un contratto, ciò non toglie, però, che, come già chiarito, il rapporto che nasce dal contratto non si risolve in esso<sup>70</sup>.

Il contratto, infatti, secondo le peculiarità del diritto positivo, non spiega e non contiene interamente le dinamiche normative che si registrano sul piano del rapporto di lavoro. L'orizzonte del contratto è pur sempre limitato dalla patrimonialità; e l'autonomia negoziale ha una sfera di competenza circoscritta ai privati interessi dei contraenti. Al contrario, sul piano del rapporto di lavoro, si articolano anche numerosi interessi non patrimoniali.

Proprio intorno a tali ultimi interessi il legislatore ha costruito (e giustificato) la nota rete di inderogabilità posta a garanzia del lavoratore-contraente debole, derivata da quella "emergenza del rapporto dal contratto"<sup>71</sup>, che ha originato il cosiddetto fenomeno della oggettivazione della disciplina del rapporto, dinamicamente prodotta da fonti o sistemi normativi

<sup>69</sup> Sempre M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale...*, cit., p. 463, sottolinea la necessità di «conciliare uguaglianza e libertà in un mondo del lavoro nel quale hanno fatto irruzione le differenze. (...) Il punto cruciale è che la tensione tra uguaglianza e libertà dipende dal moltiplicarsi delle differenze (di genere, di razza, di età, di programma di vita, di status, di forme di organizzazione e di identità collettiva) che chiedono la libertà di esprimersi e di essere riconosciute, ma che non possono esserlo senza un costante controllo dell'uguaglianza delle condizioni di partenza».

<sup>70</sup> L. MENGONI, *Contratto...*, cit., p. 674.

<sup>71</sup> Cfr. *amplius*, M. D'ANTONA, *op. ult. cit.*, p. 466.

sovrastanti e indipendenti dall'accordo fra le parti<sup>72</sup> (quali la legge o, talvolta, la contrattazione collettiva).

L'oggettivazione della disciplina del rapporto di lavoro si contrappone, dunque, al soggettivismo proprio del contratto e ne costituisce il consapevole superamento.

Di tal guisa, la disciplina del rapporto di lavoro diviene il risultato finale del concorso di materiali normativi diversi: norme obiettive prodotte dalle fonti eteronome e precetti soggettivi dell'autonomia negoziale individuale.

Seguendo la storia delle fonti, la recente rivalutazione della volontà delle parti non può andare nel senso di una "deregolazione" della materia giuslavoristica, quanto, piuttosto, verso una "reregolazione"<sup>73</sup> complessa, volta ad attenuare la rigidità del diritto del lavoro eteronomo attraverso il recupero del principio consensualistico.

Secondo questa ipotesi (autorevolmente argomentata<sup>74</sup>), si tratterebbe di procedere ad una sorta di "ripensamento" delle ragioni storiche che hanno portato, in tanta parte del diritto del lavoro, alla espropriazione della libertà negoziale ed alla sostituzione forzosa di una astratta *voluntas legis* alla effettiva volontà delle parti.

È tempo, dunque, che il lavoratore dismetta i panni di un moderno *capite deminutus*, propri di un mercato del lavoro caratterizzato dalla logica espropriativa della volontà individuale, per assumere, piuttosto, quelli propri di un contraente consa-

<sup>72</sup> O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratti di lavoro*, Milano, 1979, pp. 201 e ss.

<sup>73</sup> Secondo M. D'ANTONA, *L'autonomia...*, cit., pp. 456-457, «L'attenuazione dei vincoli legali rigidi ha prodotto una sostituzione di vincoli diretti alla libertà contrattuale, con vincoli indiretti e preventivi generati da forme di controllo amministrativo e soprattutto sindacale...». In ogni caso, sebbene non sia consentito «parlare, con riferimento all'esperienza italiana, di un ritorno al contratto individuale di lavoro, quale conseguenza di politiche legislative neoliberiste o di strategie *no-union* nelle relazioni industriali, vi è però da registrare una tendenza, percepibile più nella giurisprudenza scientifica che in quella giudiziaria, a rivalutare in sede interpretativa la libertà contrattuale e il principio consensualistico».

<sup>74</sup> M. D'ANTONA, *L'autonomia...*, cit., p. 473 e ss.

pevole, perno di valori centrali quali volontà, consenso e libertà<sup>75</sup>.

Rivalutare il principio consensualistico non vuol dire, però, manipolare l'equilibrio tra le fonti, imponendo il dominio della *lex voluntatis* laddove è sovrana la *voluntas legis*. Nulla di tutto questo.

Diversamente dai contratti regolati dal codice civile, ove sussistono modelli di disciplina desunti dalla prassi degli affari ed offerti ai privati per il conseguimento dell'effetto giuridico desiderato, ferma restando la possibilità di costituire contratti diversi dai tipi regolati, la tipizzazione legale del contratto di lavoro subordinato riflette tutt'altro fenomeno e tutt'altra funzione giuridica<sup>76</sup>.

Il tipo è tassativo e inderogabile, perché la disciplina non è al servizio della volontà delle parti, ma ne costituisce la consapevole correzione, ai fini protettivi o dirigistici che sono tipici del diritto del lavoro.

Dunque, le parti non dispongono del contenuto del contratto, perché il contratto, dal quale nasce il rapporto, non regola quest'ultimo se non nei limiti in cui l'autonomia negoziale individuale è ammessa a concorrere con le fonti eteronome.

L'intenzione delle parti, quindi, non è decisiva, in quanto le parti non dispongono del contenuto del contratto, né sono libere di "volere" un qualsiasi modello di disciplina.

Le medesime parti, per contro, possono "volere" un certo assetto di interessi, un certo programma negoziale; quindi, essendo il tipo del rapporto di lavoro subordinato – inteso come modello di disciplina – conforme alla *voluntas legis*, anziché alla *lex voluntatis*, l'interpretazione della legge avrà necessariamente priorità sulla interpretazione della comune intenzione

<sup>75</sup> M. DELL'OLIO, Atti del Convegno Aidlass su *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004, p. 222, richiamando una frase di Santoro Passarelli, evidenzia come «i negozi del diritto di famiglia sono personalissimi, formali, nominati e legittimi e tuttora restano esercizio di autonomia privata».

<sup>76</sup> M. D'ANTONA, *op. ult. cit.*, p. 475.

delle parti, ma l'intento soggettivo di queste ultime non dovrà più essere svalutato (come ha opportunamente precisato la giurisprudenza dell'ultimo ventennio) a mero sfondo della nozione oggettiva del rapporto di lavoro subordinato imposta dalla legislazione inderogabile.

Infatti, il sacrificio totale dell'autonomia negoziale del lavoratore, elevato a principio logico generalizzato, comporterebbe il sacrificio totale dell'autonomia negoziale individuale e una drastica sostituzione alla libera valutazione del lavoratore circa interessi sui quali quest'ultimo deve invece poter liberamente decidere.

Diversamente, non soltanto diventerebbe sempre irrilevante l'opzione espressa dalle parti nel senso dell'autonomia della prestazione, ma avverrebbe anche che tutte le manifestazioni di autonomia negoziale da parte del prestatore contenute nel contratto istitutivo del rapporto di lavoro subordinato – attinenti ad esempio al contenuto delle mansioni, all'estensione e distribuzione temporale della prestazione, al luogo di svolgimento della stessa – finirebbero con l'essere sottoposte a un vaglio giudiziale di congruità rispetto agli interessi effettivi del lavoratore, dei quali il giudice diventerebbe, in ultima analisi, l'interprete privilegiato.

Così, il lavoratore, privato di ogni margine di autonomia negoziale, rischierebbe in definitiva di diventare meno libero nella scelta del proprio lavoro anche nella sostanza (oltre che nella forma), in contrasto con il principio sancito dall'art. 4 della Costituzione<sup>77</sup>.

Invero, oggi tutti concordano sul punto che alla scelta del tipo contrattuale, subordinato o autonomo, è attualmente legata una posta eccessiva in termini e di garanzie per il lavoratore e di vincoli e costi per il datore di lavoro: il lavoro subordinato è protetto dall'applicazione imperativa del diritto del lavoro, che implica la più severa restrizione dell'autonomia contrattuale e pone a carico del datore di lavoro rilevanti oneri

<sup>77</sup> P. ICHINO, *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, in RIDL, 1987, 1, pp. 82-83.



e doveri di solidarietà; il lavoro autonomo resta affidato ad un regime prevalentemente contrattuale, in qualche punto corretto in senso protettivo, in analogia più o meno stretta con il diritto del lavoro<sup>78</sup>. L'entità della posta in gioco preme sulla qualificazione giudiziale, la quale è necessariamente (tipologicamente<sup>79</sup>) orientata ai fini del valore della normativa da applicare: la posta degli effetti protettivi spiega l'inclinazione della giurisprudenza a dare rilievo a fattori estrinseci (come la situazione sociale del lavoratore, anziché la natura del rapporto), oppure – all'opposto – a rifugiarsi nel formalismo per giustificare operazioni di segno restrittivo (quale la rivalutazione del *nomen iuris* assegnato dalle parti)<sup>80</sup>.

Pertanto, per quanto si possa essere disponibili, in questa sede, a recepire le nuove esigenze di un mercato del lavoro in eterna evoluzione, non si è in grado di aderire, con altrettanta docilità, ad ipotesi ermeneutiche derogatorie dell'attuale disciplina garantista.

Non può, infatti, non rilevarsi che gli spazi di libertà lasciati all'autonomia contrattuale non possono, e non devono, trasformarsi in un accesso indiscriminato al potere qualificatorio, inibito alle parti dalla Corte Costituzionale: per quanto più libero, più forte e più consapevole, il prestatore di lavoro "contemporaneo" resta sempre e comunque in una posizione di possibile soggezione psicologica e contrattuale, al punto da risultare ancora bisognoso di una protezione eteronoma.

#### 4. *Indisponibilità e autonomia negoziale: qualificazione del rapporto di lavoro e art. 2113 c.c.* – Uno spazio, invece, "legitti-

<sup>78</sup> M. D'ANTONA, *op. cit.*, p. 87-88.

<sup>79</sup> Secondo L. NOGLER, *op. cit.*, se, «facendo applicazione della teoria classica, si afferma che l'operazione di qualificazione può solo consistere in un giudizio di approssimazione della fattispecie concreta al tipo normativo sotteso alla fattispecie astratta, (...) non si esce dallo schema logico della sussunzione, sia pure meno rigidamente ancorata alle caratteristiche menzionate nel modello astratto».

<sup>80</sup> M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Bologna, 1989, *passim*.

mamente” conquistato dall’autonomia privata è quello che si sviluppa nell’ambito di applicazione dell’art. 2113 c.c., la cui disciplina si pone al centro del dibattito sulla dimensione anelastica del tipo negoziale e dei limiti posti all’autonomia negoziale delle parti, in riferimento al paradigma della inderogabilità/indisponibilità.

L’inderogabilità è attributo della norma giuridica, l’indisponibilità è connotato della situazione soggettiva che ne deriva o può derivarne; la prima allude ai rapporti tra le fonti, la seconda si colloca nella sfera dei limiti all’autonomia negoziale<sup>81</sup>.

I due profili, che in fondo non sono altro che una riproposizione del gioco tra autonomia ed eteronomia nella formazione del regolamento negoziale<sup>82</sup>, pur non necessariamente connessi sul piano logico, lo sono su quello del diritto vivente attraverso il dettato dell’art. 2113 c.c.

Tale articolo, infatti, mette in comunicazione inderogabilità e indisponibilità, sollevando il dubbio ricorrente se l’annullabilità delle rinunce e transazioni, aggiungendo o togliendo qualcosa alla radicale nullità che colpisce, in base all’art. 1418 c.c., i patti contrari a norme imperative<sup>83</sup>, possa – nei limiti dell’indicato oggetto di indagine – in qualche modo incidere anche sul principio di indisponibilità del tipo.

Com’è noto, l’art. 2113 c.c. prevede l’invalidità, comunemente qualificata come annullabilità<sup>84</sup>, delle rinunce e delle transazioni che abbiano a oggetto diritti derivanti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo se impugnate, anche in via stragiudiziale, entro sei mesi dalla cessazione del rapporto o dalla data della rinuncia o transazione, se successiva alla cessazione del rapporto.

Per quanto attiene al fondamento teorico dell’invalidità sancita dall’art. 2113 c.c., si fronteggiano, a tutt’oggi, due tesi:

<sup>81</sup> O. MAZZOTTA, *Autonomia...*, cit., p. 499.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> M. D’ANTONA, *L’autonomia individuale...*, cit., p. 469.

<sup>84</sup> Cfr. *amplius* sul punto, R. DE LUCA TAMAJO, *La norma...*, cit., p. 238.

una, definita soggettivistica, si richiama ad una presunzione di vizio del consenso del lavoratore, motivata da una specie di incapacità giuridica relativa, cioè sussistente soltanto nei confronti del datore di lavoro a causa della situazione di soggezione in cui versa il prestatore<sup>85</sup>. La seconda, ricordata come teoria oggettivistica, reputa di poter individuare nella particolare rilevanza dei diritti compresi nell'art. 2113 c.c. l'esigenza di sottrarre financo al titolare di essi la possibilità di disporre e ciò non solo per la tutela del singolo, ma anche per la salvaguardia dell'interesse collettivo dei lavoratori che da tali atti di disposizione verrebbe, in via mediata, vulnerato<sup>86</sup>.

Non vi è dubbio, pertanto, che la norma nasca singolarmente connotata da ambiguità interne, causate dall'influenza delle operazioni interpretative avanzate dai giudici del periodo precodicistico, che hanno determinato la matrice compromissoria della disposizione che coniuga tutela del lavoratore ed esigenza di certezza dei rapporti giuridici.

L'attuale configurazione dell'art. 2113 c.c., che è per l'appunto la norma cardine del sistema di relativa indisponibilità dei diritti, emerge, dunque, dalla confluenza tra un principio normativo (codificato dalla legge sull'impiego privato) ed un orientamento giurisprudenziale. Il primo tendeva alla inderogabilità della disciplina legale, il secondo costruiva l'annullabilità degli atti di disposizione dei diritti inderogabili dei lavoratori in funzione di uno stato di sostanziale incapacità, che equiparava ad una sorta di vizio del consenso<sup>87</sup>.

Secondo l'opinione più diffusa<sup>88</sup>, l'art. 2113 c.c. fu inserito nel codice civile sulla scia del richiamato orientamento giuri-

<sup>85</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro*, in *GCCC*, 1948, II, p. 53.

<sup>86</sup> Cfr., *amplius*, U. PROSPERETTI, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, Milano, 1964, *passim*.

<sup>87</sup> O. MAZZOTTA, *op. ult. cit.*, p. 499; nonché, G. GIUGNI, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: riesame critico*, in *DL*, 1970, I, pp. 4 e ss.

<sup>88</sup> G. GIUGNI, *Le rinunce...*, cit., p. 3; C. CESTER, voce *Rinunzie e transazioni (dir. lav.)*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, p. 986; O. MAZZOTTA, *op. ult. cit.*, p. 499.

sprudenziiale che, discostandosi dall'elaborazione di una autorevole dottrina<sup>89</sup>, escludeva che l'inderogabilità delle norme implicasse la piena indisponibilità dei diritti da esse derivanti.

Il generale regime di annullabilità, e non di nullità, degli atti dispositivi di diritti del prestatore di lavoro introdotto dall'art. 2113 c.c. può, pertanto, sembrare di primo acchito assai poco sintonico con la ricorrente affermazione secondo cui, nel diritto del lavoro, per esigenze di effettività della funzione protettiva delle norme, debbano essere la nullità e, se del caso, la sostituzione automatica di clausole le normali conseguenze delle fattispecie "contrarie a norme inderogabili"<sup>90</sup>.

In realtà, mentre l'art. 1418 c.c. dispone la nullità di atti di autonomia privata con i quali si deroghi a norme inderogabili (atti che dunque incidono sul momento genetico del diritto); l'art. 2113 c.c. stabilisce, invece, l'indisponibilità del diritto attribuito dalla norma inderogabile una volta che tale diritto sia entrato nel patrimonio del suo titolare.

Nel primo caso, il lavoratore con il proprio atto deroga direttamente alla regolamentazione eteronoma (ed inderogabile) del proprio rapporto di lavoro e di conseguenza dispone di diritti futuri ed eventuali; nel secondo caso, dispone di un diritto ormai entrato nel proprio patrimonio (cioè di un diritto che, in assenza dell'art. 2113 c.c., sarebbe liberamente disponibile)<sup>91</sup>.

Tale tesi, pertanto, fa sì che si possano considerare, diversamente da quanto ci si potrebbe attendere, liberamente disponibili da parte del lavoratore i diritti derivanti da norme inderogabili una volta che egli ne sia divenuto titolare<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VII, tomo III, Torino, 1939, p. 460.

<sup>90</sup> M. NOVELLA, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, 2, p. 520.

<sup>91</sup> *Idem*, p. 521.

<sup>92</sup> F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato, Diritto del lavoro*, Torino, 2005, p. 424, richiamano una diversa impostazione secondo la quale «assume un decisivo rilievo la distinzione tra diritto derivante da norma inderogabile – diritto primario – e diritto di natura patrimoniale

Questa costruzione si basa su una lettura restrittiva della locuzione “diritto derivante da norma inderogabile” contenuta nell’art. 2113 c.c., nel senso che con essa il legislatore avrebbe fatto riferimento solo al “diritto già acquisito” dal lavoratore in forza dell’applicazione delle norme legali e contrattuali inderogabili poste a sua tutela.

La diffusione di un approdo teorico così poco consonante con l’idea della centralità della norma inderogabile nel diritto del lavoro non è, tuttavia, dovuta ad un deliberato progetto interpretativo volto a ridurre il grado di compressione dell’autonomia individuale del prestatore di lavoro. Al contrario, è stata probabilmente l’esigenza contingente di assicurare una lettura garantista di una disposizione di controversa interpretazione, quale l’art. 2113 c.c. appunto, ad avere orientato gli interpreti ad adottare una diversa sistemazione dei rapporti tra inderogabilità delle norme e indisponibilità dei diritti<sup>93</sup>.

In ogni caso, non v’è dubbio che l’inderogabilità della disciplina, usualmente vincolo di interessi pubblici o quanto meno superindividuali, si presta, in tal modo, alla valorizzazione dell’interesse individuale<sup>94</sup>.

Secondo alcuni autori, l’art. 2113 c.c. viene, così, riletto come norma che fornisce al lavoratore una sorta di “diritto di ripensamento”, da esercitarsi entro un limite di tempo definito,

conseguente alla violazione del precetto imperativo, cosiddetto diritto secondario. Mentre i diritti primari, in quanto derivanti da norma inderogabile e rivolti a garantire interessi di natura personale generalmente connessi a valori di libertà, dignità e sicurezza del lavoratore, sono assistiti da un regime di assoluta indisponibilità; i diritti secondari, generalmente di carattere risarcitorio e patrimoniale, sarebbero di per sé, secondo la disciplina del diritto comune, pienamente dismisibili. Viceversa, proprio e solo ai diritti secondari, cioè alle pretese patrimoniali scaturenti dal mancato godimento dei diritti primari, farebbe riferimento l’art. 2113 c.c., rendendo annullabili i relativi negozi di rinuncia e transazione qualora tempestivamente impugnati nel termine semestrale».

<sup>93</sup> M. NOVELLA, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, 2, p. 520.

<sup>94</sup> O. MAZZOTTA, *op. ult. cit.*, p. 499.

che gli consente di invalidare l'atto con cui ha derogato a norme inderogabili<sup>95</sup>.

Il risultato che si ottiene è l'indiscutibile incremento dell'area di attuazione dell'autonomia individuale, al punto che paradossalmente (e forse ironicamente) i fautori di tale tesi considerano l'art. 2113 c.c. la più sicura conferma del rilievo dell'autonomia individuale del prestatore nell'ambito del rapporto, affidandosi a quest'ultimo, e solo ad esso, un potere di impugnazione soggetto a rigorosi limiti temporali: proprio la scelta per cui l'atto di disposizione di diritti previsti da norme inderogabili è assoggettato alla disciplina dell'annullabilità anziché della nullità (sua più naturale conseguenza) ne sarebbe il sintomo più evidente<sup>96</sup>.

Se per i sostenitori della richiamata teoria l'art. 2113 c.c. apre le porte all'autonomia negoziale privata, purché si tratti di diritti già acquisiti e, quindi, già entrati nel patrimonio del lavoratore, altri studiosi della materia<sup>97</sup>, pur riconoscendo la forza espansiva dell'autoregolamentazione, hanno preferito abbracciare una interpretazione meno drastica e più coerentemente in armonia con i consolidati principi di inderogabilità della norma lavoristica.

Proprio secondo tale dottrina, a cui si aderisce, mentre resta radicalmente preclusa alle parti stipulanti la cosiddetta microderegolazione (cioè la sottrazione della norma inderogabile ad ogni possibile soggettivizzazione tramite accordi individuali), e risulta irrilevante la manifestazione di volontà con la quale le parti abbiano riscritto in funzione dei loro privati interessi quel che la norma inderogabile ha già scritto in funzione di interessi sovraindividuali, dovrebbe non considerarsi assolutamente preclusa la disposizione volontaria di diritti che sono derivati al lavoratore dall'essersi verificata, nella dinamica del

<sup>95</sup> Cfr., tra gli altri, M. NOVELLA, *Considerazioni...*, cit., p. 525.

<sup>96</sup> O. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 499 e 450.

<sup>97</sup> Cfr., sul punto, M. D'ANTONA, *L'autonomia...*, cit., p. 469; nonché, R. DE LUCA TAMAJO, *La norma...*, cit., p. 247 e ss.

rapporto, la situazione astrattamente prevista dalla norma inderogabile. Questi ultimi sono appunto i diritti “derivanti da norma inderogabile” di cui all’art. 2113 c.c. E poiché nella disposizione di essi viene in gioco unicamente il patrimonio del lavoratore, la cautela dell’annullabilità, a garanzia dell’autenticità della sua volontà dismissiva, è considerata sufficiente<sup>98</sup>.

Questa interpretazione dell’art. 2113 c.c. permette di concludere per una sorta di presa d’atto del complessivo regime limitativo dell’autonomia individuale del prestatore di lavoro, caratterizzato non dalla indisponibilità assoluta, ma soltanto da una “indisponibilità relativa”, nel senso che i diritti derivanti da norme inderogabili “soltanto parzialmente (cioè in qualche misura e per alcuni versi) sono sottratti alla piena e assoluta libertà di disposizione normalmente riconosciuta al titolare”<sup>99</sup>.

La inderogabilità, dunque, garantisce la realizzazione dell’assetto di interessi che la norma imperativa impone; mentre la indisponibilità ha il più limitato scopo di tutelare il lavoratore da atti di disposizione del patrimonio per lui pregiudizievoli<sup>100</sup>.

Sta di fatto, quindi, che diversi sono gli spazi riconosciuti all’autonomia privata dispositiva quando la norma inderogabile si fa diritto individuale e vengono in gioco i margini di disponibilità dei diritti da parte del titolare: in tale fase è consentito al singolo di disporre del diritto ormai acquisito, nei limiti e nei modi indicati dall’art. 2113 c.c.<sup>101</sup>.

Secondo alcuni autori<sup>102</sup>, la indisponibilità di cui all’art. 2113 c.c. non ha affatto la finalità di proteggere il lavoratore

<sup>98</sup> M. D’ANTONA, *L’autonomia...*, cit., p. 469.

<sup>99</sup> A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, p. 43.

<sup>100</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *La norma...*, cit., p. 247.

<sup>101</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Intervento*, in Atti del Convegno Aidlass 2008, *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Modena 18-19 aprile 2008, Giuffrè, 2009, p. 264.

<sup>102</sup> Tra gli altri, cfr. U. CARABELLI, *Intervento*, in Atti del Convegno Aidlass 2008, *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Modena 18-19 aprile 2008, Giuffrè, 2009, p. 279, secondo il quale, nonostante si dica abitualmente che da esso [cioè dall’art. 2113 c.c.] derivi un principio di indisponibilità dei diritti del lavora-

dalla improvvida disposizione di un regolamento contrattuale derivante da fonte legale o contrattual-collettiva, impedendogli di modificarlo per il futuro. L'attività di disposizione da cui viene protetto il lavoratore attiene, invece, ad un pacchetto di diritti che sono, o quanto meno potrebbero essere, entrati a far parte del suo patrimonio, per effetto della fase pregressa del suo rapporto.

Secondo tale tesi, dunque, l'art. 2113 c.c. si pone in realtà come una disposizione "flessibile".

Da questa categoria di diritti "parzialmente disponibili" dovrebbero restare, però, completamente estranee le dinamiche relative alla qualificazione del tipo contrattuale, in quanto la qualificazione risulta difficilmente inquadrabile come diritto, rappresentando piuttosto una categoria concettuale astratta, all'interno della quale far ricadere tutta una serie di diritti, che vanno a riempire di contenuto questa figura giuridica.

Pertanto, per questa tematica, oggetto dell'art. 2113 c.c. saranno (*rectius*, potranno essere) solo i diritti derivanti dalla qualificazione e non la qualificazione in sé, che, al contrario, com'è noto, si sottrae, per sua stessa natura, a qualsivoglia ipotesi di disponibilità.

Tale opzione interpretativa appare ancora più evidente nel confronto con il disposto del 4° comma dell'art. 2113 c.c.

Secondo le più recenti riletture di tale norma, il comma 4 dell'art. 2113 cc. rappresenta una chiave di volta nell'ambito delle complesse tematiche che coinvolgono l'inderogabilità delle norme e l'indisponibilità dei diritti.

In particolare, secondo Patrizia Tullini, «l'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. è finalizzato a rendere "in concreto" disponibili i diritti derivanti da fonti inderogabili, valorizzando l'auto-

tore, in realtà dalla sua lettura si ricava esattamente il contrario: la disponibilità dei diritti, in via indiretta, per effetto del decorso del termine di decadenza in esso previsto, ovvero, in via diretta, per effetto di quanto previsto dall'ultimo comma, tramite l'intervento del terzo. Nonché, *amplius* sul punto, v. R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2007.



composizione delle controversie mediante il consenso espresso dalle parti alla presenza di un organo conciliatore»<sup>103</sup>.

Secondo l'autrice, dunque, l'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. riconoscerebbe al lavoratore non il potere di disporre, a certe condizioni, di un diritto derivante da norma inderogabile, ma il potere di conciliare validamente, sempre a certe condizioni, una controversia avente ad oggetto diritti derivanti da norma inderogabile<sup>104</sup>.

In realtà, la proposta interpretativa di considerare l'art. 2113 c.c. alla stregua di una norma che detta un regime privilegiato per i procedimenti conciliativi attuati in determinate sedi, ammettendo la transigibilità dei diritti a fronte dell'adempimento di un onere procedurale, sembrerebbe meglio accordarsi alla più tradizionale teoria dei rapporti tra inderogabilità della norma e indisponibilità dei diritti, secondo la quale la prima non implica la seconda, e, dunque, in assenza di specifiche disposizioni, i diritti derivanti da norme inderogabili, una volta entrati nel patrimonio del titolare, sono liberamente disponibili da quest'ultimo (così come le relative controversie, che risultano validamente conciliabili)<sup>105</sup>.

Pertanto, anche in tema di qualificazione, solo i diritti derivanti da quest'ultima (e in essa contenuti) «già maturati dal singolo e da questi esigibili ben possono essere oggetto di conciliazioni “assistite” previste dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c.»<sup>106</sup>.

All'opposto «né le conciliazioni assistite, né forme arbitrali o compromissorie, né ipotesi di certificazione sono in grado di intervenire efficacemente e con effetto realmente dispositivo

<sup>103</sup> P. TULLINI, *Relazione introduttiva*, in Atti del Convegno Aidlass 2008, *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Modena 18-19 aprile 2008, Giuffrè, 2009, *passim*.

<sup>104</sup> M. NOVELLA, *Intervento*, in Atti del Convegno Aidlass 2008, *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Modena 18-19 aprile 2008, Giuffrè, 2009, p. 259.

<sup>105</sup> *Idem*.

<sup>106</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Intervento*, *op. ult. cit.*

nella fase meramente regolamentare del rapporto; non possono insomma modificare o integrare per il futuro, neanche in un'ottica transattiva o equitativa, la regolamentazione legale, [cioè] tutto ciò che risiede in una dimensione regolamentare e di carattere per così dire potenziale, per non essere ancora penetrato nel patrimonio del singolo lavoratore»<sup>107</sup>.

Se ciò vale per i diritti derivanti dalla qualificazione, tanto più tali principi appaiono ineludibili allorché si volesse porre la qualificazione “in sé” come oggetto di conciliazione.

Se, infatti, la qualificazione non è altro che un concetto astratto, identificabile con una sorta di “contenitore di diritti”, in quanto tale non potrà mai essere oggetto di conciliazione o di transazione.

Potrebbe sembrare, a tal punto, che la “conciliazione qualificatoria” sia del tutto nulla per il futuro, ma sia annullabile *ex art. 2113 c.c.* in relazione al passato, cioè quanto ai diritti già entrati nel patrimonio del lavoratore; anche perché (in estrema sintesi) la qualificazione come autonoma di un rapporto subordinato altro non è che una rinuncia – per il passato – a tutti i singoli diritti propri del lavoratore.

Viceversa, ritengo che sia del tutto nulla anche la “conciliazione qualificatoria” rivolta al passato, se non altro perché complessiva e generica, mentre la giurisprudenza, com'è noto, richiede che la rinuncia *ex art. 2113 c.c.* debba essere sempre specifica e relativa a singoli diritti<sup>108</sup>.

<sup>107</sup> *Ibidem.*

<sup>108</sup> Sul punto, per la giurisprudenza cfr., per tutte, Cass. 26 maggio 1983, n. 3645, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, fasc. 5, secondo cui «la rinuncia del prestatore di lavoro ai suoi diritti deve essere univoca e specifica». Per la dottrina, v. M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009, pp. 358 e ss., il quale, identificando la scelta del *nomen iuris* attribuito dalle parti al rapporto di lavoro con un diritto assolutamente indisponibile, afferma che «relativamente ai casi più frequenti nelle conciliazioni relative a controversie di lavoro, si dovrà propendere per la nullità della conciliazione, pur conclusa nelle sedi qualificate, per contrarietà a norma imperativa qualora abbia ad oggetto diritti assolutamente indisponibili per esplicita previsione di legge... Pertanto, di una transazione di siffatto oggetto, ancorché stipulata nelle sedi previste, a rigore

Pertanto, le parti che siano interessate alla stabilità della conciliazione che stanno concludendo saranno attente a non disporre del tipo contrattuale che resta indisponibile (né concluderanno transazioni volte a eludere direttamente l'accertamento giudiziale della natura del contratto). Al più si limiteranno a disporre dei singoli diritti già entrati nel patrimonio del lavoratore derivanti dal rapporto contestato, evitando così di incorrere in una rinuncia (o in una transazione) avente ad oggetto una qualificazione omnicomprensiva, la cui astrattezza mal si concilia con la *ratio* del dettato normativo.

Questa conclusione non può non rilevare anche sul piano dell'inoppugnabilità giudiziale dell'atto, dal momento che, sottraendo la conciliazione qualificatoria all'ambito applicativo dell'art. 2113 c.c., e considerando quindi l'atto radicalmente nullo e non più solo annullabile, si rende la medesima conciliazione sempre legittimamente impugnabile, anche innanzi alle tre sedi normalmente (*rectius*, legalmente) deputate a garantire l'intangibilità dell'atto dismissorio.

potrà sempre essere accertata la nullità per contrarietà a norma imperativa ex art. 1418 c.c., posto che i requisiti della subordinazione giuridica sono contenuti in una norma imperativa quale è l'art. 2094 c.c. e la qualificazione del rapporto sfugge alla disponibilità delle parti...».

## CAPITOLO TERZO

### CERTIFICAZIONE: LA NUOVA FRONTIERA DELLA QUALIFICAZIONE DEL TIPO CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. Cenni storici dell'*iter* di sviluppo e affermazione dell'istituto della certificazione. – 2. Natura e oggetto della “prima” certificazione. – 3. Soggetti abilitati alla “qualificazione certificata” del rapporto di lavoro. – 4. Rimedi esperibili contro l'atto certificato e sua efficacia. – 5. Presunta inutilità della certificazione. – 6. Il “Collegato lavoro” e la “seconda” certificazione. – 7. La certificazione nella recente giurisprudenza. – 8. Le altre certificazioni: il modello tedesco e quello inglese.

1. *Cenni storici dell'iter di sviluppo e affermazione dell'istituto della certificazione.* – L'indagine sin qui condotta, in merito ai soggetti cui il nostro ordinamento attribuisce un qualche potere dispositivo in tema di qualificazione tipologica, non poteva prescindere dall'esame di un istituto di nuovo conio, che ha fortemente scosso il letargico mondo del diritto del lavoro, da tempo assopito sul dibattito relativo ai limiti imposti al potere di tipizzazione dei rapporti di lavoro dalla Corte Costituzionale nei primi anni '90 del secolo scorso, la quale ha circoscritto il proprio ambito di osservazione ai soli(t) giudice, legislatore e parti.

Si tratta della cosiddetta certificazione dei rapporti di lavoro, che, per le sue caratteristiche in certo qual modo derogatorie del principio di indisponibilità del tipo, merita una specifica trattazione ai fini di una più completa estrinsecazione delle problematiche in oggetto.

Il decreto delegato 10 settembre 2003 n. 276, in attuazione della legge n. 30/2003, da molti dei primi commentatori del provvedimento legislativo è stato additato come una “riforma

radicale”<sup>1</sup> del mercato del lavoro italiano, essendo testualmente fondato sull’idea forte di introdurre una ulteriore flessibilizzazione dei rapporti di lavoro al fine di “aumentare... i tassi di occupazione e di promuovere la qualità e stabilità del lavoro” (art. 1, comma 1, d.lgs. 276/03<sup>2</sup>).

In realtà, le tecniche legislative utilizzate, così come le scelte normative privilegiate, non presentano profili di eclatante scollamento da una tendenza che già da dieci anni si era andata diffondendo nel panorama giuslavoristico italiano.

Infatti, la volontà politica, che ha ispirato il processo riformatore, presenta profili di forte continuità con il sistema privilegiato, essendo determinata a fornire una risposta alle istanze provenienti dal contesto sociale ed economico di maggiore flessibilità nell’impiego della forza lavoro e di valorizzazione a livello individuale della prestazione lavorativa<sup>3</sup>, sulla base della teorizzazione della sussistenza di un sicuro nesso funzionale tra maggiore flessibilità e crescita dell’occupazione; tesi, quest’ultima, che, però, ad oggi (non ci si può esimere dal sottolinearlo), non ha ancora trovato riscontro né nella scienza economica, né nella realtà stessa del nostro paese<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Secondo V. SPEZIALE, in *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro, Titolo VII, VIII e IX - Artt. 61-86*, in AA.VV., *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, 2004, p. 140, «la nuova normativa, infatti, cambia i connotati della materia non solo per le innovazioni introdotte ma anche e soprattutto per la nuova filosofia sottesa all’intervento riformatore». Per un discorso più ampio sulla certificazione, anche in relazione alle problematiche inerenti la contrattazione collettiva, si cfr. L. ZOPPOLI, *Certificazione del contratto di lavoro e contrattazione collettiva*, in *Istituzioni e regole del lavoro flessibile* (a cura di) M. Rusciano, C. Zoli, L. Zoppoli, Ed. Scientifica, Napoli, 2006, p. 335 e ss.

<sup>2</sup> Pubblicato in *GU*, s.g., 9 ottobre 2003, n. 235.

<sup>3</sup> R. SCIOTTI, *Considerazioni sulla rilevanza qualificatoria della certificazione dei contratti di lavoro*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”* n. 46/2004, p. 3.

<sup>4</sup> Secondo V. SPEZIALE, *op. cit.*, pp. 140-141, in particolare, «Nella situazione italiana l’incremento dei tassi di attività e la riduzione della disoccupazione sono legati a fattori strutturali dell’economia – innovazione tecnologica, qualità dei prodotti e dei processi produttivi, infrastrutture, diffusione di nuove imprese, crescita di quelle esistenti, ecc. – mentre le norme che disciplinano i rapporti di lavoro svolgono un ruolo secondario (...)».

Tanto precisato e sebbene il processo di revisione della disciplina dei rapporti di lavoro sia un processo ormai di lunga data, il cammino di flessibilizzazione di tali rapporti sembra, con l'entrata in vigore del d.lgs. 276/03, aver subito un'ulteriore accelerazione.

Purtroppo, però, come non di rado accade, il legislatore, intervenendo con questa normativa, non si è preoccupato di dirimere prima alcuni dubbi preesistenti, al contrario, introducendo una disciplina che è andata inevitabilmente ad aggiungere nuove perplessità ad un sistema già da tempo ai limiti del collasso.

Infatti, la crisi della capacità qualificatoria dell'art. 2094 c.c., legata soprattutto all'emersione delle cosiddette "zone grigie" tra autonomia e subordinazione e la diffusione di appalti e servizi che rispondono alle nuove esigenze di un'industria sempre più volta all'*outsourcing*, richiedevano da tempo un intervento riformatore.

Sotto tale spinta, il legislatore del 2003, posto dinanzi alla duplice alternativa o di attenuare i rigidi vincoli tipizzanti la disciplina del lavoro subordinato (attraverso una eventuale modulazione delle tutele in base alle diverse ipotesi contrattuali e alle effettive condizioni di debolezza dei contraenti<sup>5</sup>) o di procedere alla diretta introduzione di nuovi tipi negoziali (senza, però, di fatto risolvere la drastica alternativa autonomia-subordinazione), ha prediletto questa seconda strada<sup>6</sup>, scegliendo un

<sup>5</sup> Si vedano, in particolare, le proposte scientifiche sul cosiddetto lavoro *sans phrase* di P.G. ALLEVA e di M. D'ANTONA, pubblicate in G. GREZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, Roma, 1996; R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del "lavoro coordinato"*, in *ADL*, 1997, p. 41. Nonché, R. FLAMMIA, *Un nuovo tipo di lavoro coordinato*, in *Mass. Giur. lav.*, 1997, p. 161 e ss.; M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. lav.*, I., 1998, p. 203.

<sup>6</sup> R. SCIOTTI, *op. cit.*, p. 6, afferma che «...quella di attribuire rilevanza giuridica (e corrispondentemente, dunque, specifica tutela) a peculiari modalità esecutive della prestazione di lavoro, senza configurare tuttavia tipi contrattuali, cui si

percorso, che allo stato non sembra particolarmente felice, in quanto aumenta il processo di “frammentazione tipologica” dei rapporti di lavoro (aumentando anche la complessità del sistema e la diffusione del lavoro con un livello ridotto di tutela economica e normativa) e rischia di sollecitare forme di destrutturazione dell’impresa (spinta ad aggirare i vincoli del lavoro subordinato con contratti di appalto o di somministrazione di mano d’opera)<sup>7</sup>.

Pertanto, pienamente consapevole del pericolo di assecondare le spinte destrutturanti provenienti dalla realtà economica e nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra esigenze di regolazione delle innovazioni e tutela dei diritti dei lavoratori, il legislatore si è preoccupato innanzitutto di prevenire i possibili conflitti giurisdizionali, generabili dalla nuova disciplina, attraverso uno strumento, la cosiddetta certificazione, volto a garantire maggiore certezza sulla natura e sulle caratteristiche tipologiche dei contratti di lavoro, ulteriormente polverizzati dall’intervento normativo dell’epoca in una vera e propria “giungla” di tipi<sup>8</sup>.

Pur apparentemente relegato ad una funzione ancillare nell’ambito della struttura del dettato normativo (solo gli ultimi articoli del d.lgs. sono dedicati alla certificazione), il richiamato istituto ha rivestito un ruolo non solo di novità, ma

debbono ricondurre esiti qualificatori nuovi e diversi, invero, è divenuta una tecnica ben nota all’esperienza legislativa, specie quella recente».

<sup>7</sup> Secondo A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Padova, 2004, p. 135, «l’ordinamento si è continuato ad evolvere mediante una irragionevole moltiplicazione dei tipi negoziali, sbandierati come strumenti di flessibilità, mentre costituiscono soltanto una mostruosa complicazione del sistema, che accresce il contenzioso sulla qualificazione delle fattispecie aumentando l’incertezza e non risolvendo il problema della graduazione delle tutele».

<sup>8</sup> Tra gli altri L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal Libro Bianco al Disegno di legge delega*, Milano, 2002, p. 97, si interroga sulla effettiva capacità della certificazione di restituire certezza nelle operazioni di qualificazione dei rapporti di lavoro e, conseguentemente, di produrre effetti deflativi sul contenzioso, secondo la finalità assegnatagli dall’ordinamento.

anche di centralità nella riforma del mercato e dei rapporti di lavoro; tant'è che alcuni autori<sup>9</sup> hanno rilevato che la certificazione avrebbe dovuto offrire lo strumento, quasi il certificato di garanzia, per la agibilità concreta dei modelli contrattuali atipici che il legislatore ha introdotto nel duplice intento di rendere flessibile l'universo dell'occupazione e di rendere trasparente la "zona grigia" tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo.

In estrema sintesi, e semplificando, si può dire che la certificazione non è altro che uno strumento volto ad attribuire – *iure privatorum* – certezza qualificatoria ai rapporti di lavoro, dal momento che viene attribuito a determinati soggetti il potere di certificare il contratto di lavoro, individuando l'esatta qualificazione del tipo negoziale adottato<sup>10</sup>.

Un istituto, quindi, dai connotati che potremmo definire "pionieristici" (se solo si considera che fino a qualche anno fa nel lessico normativo non era rinvenibile una specifica definizione della certificazione, se non richiamandosi – anche per assonanza – all'idea della "certezza pubblica"<sup>11</sup>) e assolutamente innovativo, non certamente perché sconosciuto ai precedenti disegni di legge, ma perché fino ad allora mai codificato.

Di questo istituto, infatti, non ignoto alla dottrina giuslaboristica italiana, alcuni autori già parlavano nel 1991<sup>12</sup> (sebbene ancora non fosse adoperata la parola "certificazione").

In particolare, Antonio Vallebona, all'epoca, rilevando come la inderogabilità delle regole a tutela della posizione di debolezza contrattuale di uno dei contraenti, alla base dello

<sup>9</sup> Si veda per tutti, E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, p. 278.

<sup>10</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 142.

<sup>11</sup> Si consenta il rinvio a A. AVONDOLA, *Certificazione e legittimità costituzionale*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, pp. 305 e ss.

<sup>12</sup> Segnatamente si fa riferimento al X Congresso nazionale di diritto del lavoro dell'AIDLSS (Udine 10-12 maggio 1991), i cui atti sono stati pubblicati in AA.VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1994.



stesso diritto del lavoro, non tiene conto di situazioni concrete, fatte anche di lavoratori abbastanza forti sul mercato, come tali in grado di trattare in modo tendenzialmente paritario con il datore di lavoro, chiari che, al fine di calibrare la disciplina alle situazioni concrete, era possibile prospettare l'utilizzazione del modello di "volontà assistita" dalla garanzia di un soggetto imparziale. Tale ipotesi, peraltro, era già presente nell'ordinamento con riguardo alla disposizione dei diritti, anche per la fase di regolamentazione del rapporto. In tal modo venivano affiancate alle già esistenti norme derogabili dall'autonomia collettiva, norme derogabili dall'autonomia individuale. Questo sistema, inoltre, poteva trovare attuazione anche in merito alla preliminare scelta del tipo, sempre che la successiva fase attuativa del rapporto di lavoro non si discostasse da quella programmata, tanto più che il controllo giudiziale sarebbe stato consentito solo in questo caso, assicurando un guadagno anche sul piano della certezza del diritto<sup>13</sup>.

L'inizio del cammino della certificazione è certamente individuabile in questi prodromi, sebbene l'idea originaria risenta di un lungo percorso evolutivo (sviluppatosi, sia sul piano dottrinario che su quello giurisprudenziale, già a partire dagli anni '80 del secolo scorso ed evolutosi sino ai giorni nostri per oltre un ventennio) volto alla valorizzazione e alla riscoperta del ruolo della volontà contrattuale espressa al momento della conclusione del contratto.

L'ipotesi di fondo si basa sulla convinzione che le tendenze più recenti del mercato del lavoro muovano, già da tempo, sempre di più verso una diffusa e marcata incidenza dei programmi e delle scelte personali dei singoli lavoratori sulle modalità del proprio impegno professionale<sup>14</sup> e che il diritto del

<sup>13</sup> A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *DL*, 1992, p. 479; nonché cfr. L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, 2004, 2, p. 236.

<sup>14</sup> R. SCIOTTI, *op. cit.*, p. 15; nonché M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *ADL*, 1999, p. 337.

lavoro, complice il progresso tecnologico, abbia trasformato il modo di vivere e quello di lavorare, tanto in forma autonoma, quanto subordinata, contribuendo a cambiare l'uomo che lavora ed i suoi bisogni<sup>15</sup>.

I confini di un modello qual è quello del lavoro subordinato classico appaiono, allora, sempre più spesso angusti e limitati e la tendenza a sottrarsi alla disciplina giuslavoristica viene, così, ritenuta un atteggiamento di "fuga" dal lavoro subordinato comune ad entrambe le parti<sup>16</sup>.

Pertanto, l'autonomia, generalmente "subita" dal lavoratore nella consapevolezza che non otterrebbe lavoro se non fosse disposto ad accettarlo in tale forma, sembrerebbe divenire oggi una scelta del lavoratore, al punto che deciderebbe di essere subordinato, non solo, chi è in possesso dell'attitudine o non riesce ad intraprendere un'attività lavorativa in forma autonoma, ma anche chi non vuole o non avverte la convenienza di farlo<sup>17</sup>.

Infatti, il rigido garantismo che aveva contribuito in passato a creare le condizioni di una più serena realizzazione della persona, rischierebbe oggi di limitarla, deresponsabilizzandola eccessivamente, rispetto alle effettive capacità acquisite<sup>18</sup>.

Il riconoscimento dell'autonomia, intesa quale capacità effettiva di regolare i contrapposti interessi, e della maturità qualificatoria, intesa come capacità del contraente di attribuire consapevolmente al rapporto un *nomen iuris* che lo qualifichi, come già precedentemente chiarito, non esime la giurisprudenza dal verificare la conformità di quanto espresso in sede di dichiarazione negoziale con le effettive modalità di svolgimento del rapporto. Né determina l'aprioristico riconoscimento di tale autonomia in capo a tutti i lavoratori indistintamente.

<sup>15</sup> R. SCIOTTI, *ibidem*.

<sup>16</sup> S. HERNANDEZ, *Il disegno di legge sui lavori atipici: verso nuove rigidità?*, in *Dir. lav.*, 1999, p. 391.

<sup>17</sup> R. SCIOTTI, *op. cit.*, p. 15.

<sup>18</sup> S. HERNANDEZ, *op. cit.*, p. 391.

La presunta capacità di gestire i propri interessi non può che essere riconosciuta al lavoratore in maniera direttamente proporzionale al suo spessore economico-culturale ed al suo “peso professionale”: minima o addirittura nulla, quando si colloca nell’area sottoprotetta e marginale del mercato, massima, quando, in ragione dell’esperienza e della professionalità acquisita, sia in grado di negoziare al rialzo le condizioni contrattuali essenziali, specie quelle economiche<sup>19</sup>.

Tale indirizzo giurisprudenziale<sup>20</sup>, via via consolidatosi nel corso degli anni '90 grazie anche a numerosi interventi della dottrina<sup>21</sup>, ha puntualmente chiarito che, qualora il lavoratore non sia nei confronti della controparte in posizione di inferiorità economico-sociale e di debolezza contrattuale, il giudizio qualificatorio può senz'altro procedere attraverso l'analisi della cosiddetta “volontà cartolare”.

Pertanto, anche se la debolezza socio-economica non può essere esclusa aprioristicamente in capo al “lavoratore altamente qualificato”<sup>22</sup>, è stato più volte argomentato come la parità negoziale faccia leva “sull’elevato livello della prestazione offerta dal lavoratore”, sulla “posizione di indipendenza che gli è propria...potendo egli accettare o ricusare le proposte”, anche nella prospettiva di futuri incarichi, o sulla base “dell’importanza della figura...nel settore delle attività professionali” svolte, anche in riferimento “alle particolari attitudini personali, con la possibilità di consistenti guadagni”<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro tra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, cit., p. 27.

<sup>20</sup> Cfr. Cass. 17 aprile 1990, n. 3170, in *Riv. giur. lav.*, 1991, p. 195; nonché, Cass. 14 luglio 1993, n. 7796, in *Riv. giur. lav.*, 1994, p. 31.

<sup>21</sup> L. GABRIELLI, *Sulla rilevanza decisiva della subordinazione ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro autonomo o subordinato*, in *Giur. it.*, 1986, p. 1061; nonché L. NOGLER, *Forza contrattuale delle parti e qualificazione del rapporto di lavoro del direttore generale di una SpA, con società collegate*, in *RIDL*, 1994, p. 317 e ss.

<sup>22</sup> P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia...*, cit., p. 199.

<sup>23</sup> R. SCIOTTI, *op. cit.*, p. 20; per la giurisprudenza di merito, si veda Pret. Roma 5 settembre 1990, in *RIDL*, 1992, II, p. 114.

L'esistenza di siffatto orientamento testimonia non solo la progressiva riaffermazione della volontà contrattuale espressa dalle parti (*nomen iuris*), ma anche la valorizzazione della autonomia decisionale, sia per quel che attiene alla determinazione del contenuto del contratto, sia relativamente alla scelta del tipo di lavoro (subordinato o autonomo) nel quale dedurre la propria attività.

Perfettamente in linea con tale filone interpretativo e con questa nuova consapevolezza acquisita, all'inizio degli anni '90 del secolo scorso – come già brevemente accennato –, Antonio Vallebona, facendosi interprete di questo robusto (seppure minoritario) orientamento, elaborava il modello teorico della cosiddetta “volontà individuale assistita”<sup>24</sup>. Lo strumento ideato dallo studioso era dotato di una duplice funzione: da una parte, quella volta ad attribuire maggiore certezza alla determinazione dei contenuti del contratto, anche nel caso in cui questi dovessero essere in contrasto con norme inderogabili (cosiddetta “derogabilità assistita”), attraverso la qualificazione del rapporto di lavoro sul nascere; e, dall'altra, quella diretta a prevenire, dall'origine, ogni incertezza sulla qualificazione della natura subordinata o autonoma del rapporto instaurando, conseguendosi una “forma di controllo preventivo sulle pattuizioni individuali, con l'eliminazione *ab origine* di ogni dubbio sulla validità delle stesse”<sup>25</sup>, al fine di ottenere effetti deflativi sul contenzioso. Risultava in ogni caso, secondo lo studioso, imprescindibile la necessità di conservare, in relazione ad alcuni aspetti del rapporto, un nucleo di disciplina inderogabile e di riconoscere ampio spazio alle organizzazioni sindacali.

Dalla seconda metà degli anni '90, il modello teorico della volontà assistita è divenuto il punto di riferimento di una serie di proposte scientifiche e di progetti di legge, nei quali si pre-

<sup>24</sup> Cfr. A. VALLEBONA, *La riforma del mercato del lavoro: cambia poco ed è sbagliata*, in *Dir. lav.*, 2003, 3, p. 191 e ss.

<sup>25</sup> A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto...*, cit., p. 480.

vedono disparati sistemi di certificazione della natura giuridica dei rapporti di lavoro<sup>26</sup>.

In verità, pur avendo già regolato forme di controllo dell'attività negoziale dei privati da parte della pubblica amministrazione o dell'autonomia collettiva (si pensi, a livello esemplificativo, all'approvazione del progetto connesso ad un contratto di formazione e lavoro, alla trasformazione di un rapporto da *full time a part time*, alla convalida delle dimissioni della lavoratrice in periodi particolari), il legislatore era intervenuto solo con operazioni a cui era attribuibile contenuto ed estensione difficilmente assimilabili alla certificazione, in quanto non incidavano mai sulla qualificazione giuridica di un rapporto contrattuale<sup>27</sup>.

Solo a partire dal 1997 è collocabile il vero punto di partenza concreto per la ideazione dell'istituto certificadorio. Il Disegno di legge 13 marzo 1997, n. 3423, presentato alla Camera per iniziativa dei deputati Mussi, Innocenti ed altri, recante "Norme per l'inquadramento giuridico e per la tutela della parasubordinazione e del lavoro autonomo non regolamentato", conteneva, precisamente all'art. 11, un titolo relativo alla "Delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro". La norma contemplava una delega al Governo per l'emanazione di "uno o più decreti legislativi volti a provvedere alla certificazione dei rapporti di lavoro e a limitare il contenzioso in mate-

<sup>26</sup> R. SCIOTTI, *op. cit.*, p. 23.

<sup>27</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 143, sottolinea anche che «si avvicina al nuovo istituto quanto previsto dal CCNL 16 maggio 1997 per i liberi professionisti delle case di cura private, ove si prevede a garanzia della volontà negoziale delle parti che nel momento di stipulazione dell'accordo le stesse utilizzano appositi moduli concordati tra le organizzazioni sindacali per l'instaurazione dei rapporti di lavoro in cui verranno specificate le caratteristiche del rapporto. Inoltre, un modello sperimentale è quello realizzato tra la Regione Emilia Romagna e l'Università di Modena e Reggio Emilia, che ha introdotto un meccanismo di certificazione volontaria dei rapporti di lavoro instaurati con figure professionali definite "assistenti alla persona disabile ed alla famiglia" nell'ambito di un "Progetto Anziani" della Fondazione del Monte di Bologna e Ravenna. In questo caso il soggetto certificadorio è stato individuato per la prima volta in un centro universitario...».

ria di qualificazione dei rapporti di lavoro”<sup>28</sup>, nel pieno rispetto di una serie di criteri e principi direttivi, quali la preclusione per i contraenti di contratti relativi a rapporti di lavoro, diversi da quello subordinato, di inserire clausole tendenti a rendere inapplicabile la disciplina prevista a tutela dei lavoratori subordinati (lett. A); la previsione, in caso di controversie relative alla qualificazione giuridica del rapporto contrattualmente definito, del ricorso ad un organismo amministrativo da individuare per l’esperimento di un tentativo di conciliazione, prima di adire il giudice ordinario competente (lett. B); ed, infine, l’introduzione di opportuni meccanismi contributivo-previdenziali disincentivanti tesi a limitare la convenienza di uno schema negoziale piuttosto che di un altro (lett. C).

Proprio nel 1997, Marco Biagi, su indicazione di Tiziano Treu, nella cosiddetta “Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei Lavori”, dedicava per la prima volta alla certificazione tutta la I sezione, intitolata proprio “Certificazione dei rapporti di lavoro”. In questo caso, l’istituto, secondo le intenzioni dichiarate dagli autori, su base volontaria ed incentivante, doveva “rappresentare una adeguata risposta al sovradimensionamento del contenzioso giudiziale”, garantendo alle parti un sostanziale affidamento nella qualificazione che le stesse avrebbero dato al rapporto, a condizione che vi fosse sostanziale corrispondenza tra quanto dichiarato in sede amministrativa e quanto di fatto realizzato nello svolgimento del rapporto.

L’istituto, dunque, pur mantenendo la “doppia anima” teorizzata da Vallebona, risultava all’epoca maggiormente sbilanciato sulla funzione di assistenza e consulenza fornita dalla commissione di certificazione nella predisposizione del contenuto contrattuale<sup>29</sup>. In ogni caso, la certificazione non risultava fine a se stessa, ma piuttosto funzionale ad una più complessa

<sup>28</sup> Il testo è pubblicato anche in AA.VV., *Subordinazione e autonomia: vecchie e nuovi modelli*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998.

<sup>29</sup> L. NOGLER, *Cos’è la certificazione dei contratti di lavoro?*, in AA.VV., *commentario su Il nuovo mercato del lavoro*, 2004, p. 871.

operazione di politica legislativa volta alla rimodulazione e articolazione delle tutele<sup>30</sup>. Nella bozza dello “Statuto dei Lavori”, infatti, il meccanismo di validazione amministrativa dei rapporti di lavoro era strumentale anche alla individuazione di un’area di inderogabilità relativa (affiancata ad un’area di inderogabilità assoluta, e come tale intangibile, di diritti fondamentali imputabili a ogni prestazione lavorativa), gestibile dalle parti collettive in sede di contrattazione collettiva e/o dalle parti individuali in sede di costituzione del rapporto di lavoro, ma, in questo caso, solo davanti all’organo amministrativo/sindacale (si tratta del caso di retribuzioni sopra la soglia della sufficienza, gestione dei percorsi di carriera, durata del preavviso, stabilità del rapporto)<sup>31</sup>.

Una volta indicate le linee direttive, si è assistito ad una *escalation* progettuale<sup>32</sup>.

L’Ipotesi elaborata da Biagi e Tiraboschi venne fedelmente tradotta nel marzo del 1998 ne “Il progetto per la predisposizione di uno Statuto dei Lavori”, estendendo la certificazione anche ai rapporti di lavoro delle cooperative di produzione e lavoro ed individuando nella Direzione Provinciale del Lavoro l’organo predisposto alla certificazione dei rapporti di lavoro, seppure, già spuntava il riferimento al possibile ruolo certificativo delle parti sociali in seno agli enti bilaterali.

Intanto, la certificazione entrava in parlamento attraverso un doppio binario.

Innanzitutto, attraverso il “Disegno di legge sui lavori atipici” a firma dei senatori Smuraglia, De Luca ed altri, comunicato alla Presidenza del Senato il 29 gennaio 1997, con n. 2049, e approvato il 4 febbraio 1999, con n. 5651 (il cui *iter* legislativo non è però mai giunto a compimento), in cui si delegava il Governo ad emanare disposizioni in materia di certificazione

<sup>30</sup> M. TIRABOSCHI, *La cd. certificazione dei lavori atipici e la sua tenuta giudiziaria*, in AA.VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, p. 107-108.

<sup>31</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 144.

<sup>32</sup> L. NOGLER, *op. cit.*, p. 871.

volontaria del contratto di lavoro stipulato tra le parti, sebbene al solo fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione del rapporto di lavoro. Secondo tale disegno di legge il soggetto a cui era riconosciuto il potere certificatorio era un organo unico, segnatamente si trattava di un “organismo bilaterale di settore istituito dai contratti e accordi collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale” (e solo in seconda battuta, ovemai dovessero mancare gli organismi bilaterali, si prevedeva l'intervento della Direzione provinciale del lavoro, anche in questo caso con la presenza paritetica delle predette organizzazioni sindacali).

Un altro d.d.l. governativo, S n. 3512, redatto sulla base degli esiti della Commissione Zamagni, conteneva poi una specifica previsione sulla certificazione, seppure con riguardo al lavoro dei soci nelle cooperative. In particolare, all'art. 6, contemplava l'istituto della certificazione del regolamento interno quale meccanismo di prevenzione del contenzioso sulla natura autonoma o subordinata del rapporto di lavoro del socio-lavoratore. Tale disposizione venne, però, soppressa nel successivo *iter* parlamentare e mai recepita nella legge 3 aprile 2001, n. 142.

Con la successiva legislatura, la certificazione “cambia” schieramento politico e comincia a marciare col vento in poppa<sup>33</sup>.

Il primo segnale arriva con il “Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità”, presentato dal Ministro del lavoro nell'ottobre del 2001<sup>34</sup>, in cui si delegava il Governo ad emanare una disci-

<sup>33</sup> L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DLRI*, 2004, 2, p. 206.

<sup>34</sup> Per il testo si cfr. il sito [www.welfare.gov.it](http://www.welfare.gov.it), il Libro Bianco dovrebbe costituire una prima evidente apertura a favore della “derogabilità assistita” ventilata da Vallebona, di spicco in una riforma finalizzata a ridefinire “il rapporto tra momento collettivo e individuale nella regolazione del rapporto di lavoro e per corrispondere alle attese di flessibilità delle imprese, ma anche alle nuove soggettività dei prestatori di lavoro”. A tal proposito, secondo V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 145, «...si tratterebbe com'è noto di autorizzare il sindacato ad assistere la volontà individuale del lavora-



plina in materia di certificazione, caratterizzata dalla volontarietà e sperimentaltà della procedura, dall'individuazione di un organo certificante in capo ad enti bilaterali costituiti ad iniziativa di associazioni imprenditoriali ed organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative, ovvero nella Direzione provinciale del lavoro, nonché dalla possibilità, in caso di controversia sulla esatta qualificazione del rapporto di lavoro realizzato, di adire l'autorità giudiziaria competente, al fine di ottenere una valutazione anche del comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione.

Tali principi, che hanno seguito un *iter* quantomai faticoso<sup>35</sup> e complesso, nonché un'elaborazione passata per fasi, "mani" e compromessi diversi<sup>36</sup> (dopo il Libro Bianco si è approdati al cosiddetto Patto per l'Italia, e, dalle modifiche di Camera e Senato al d.d.l. n. 848, alla legge delega n. 848-*bis*), sono confluiti poi nella legge 14 febbraio 2003, n. 30, che conteneva, appunto la delega inerente alla disciplina della certificazione dei rapporti di lavoro nell'art. 5.

tore non solo, come già previsto dall'art. 2113 c.c., nella fase di disposizione dei diritti già maturati, ma anche nella fase di costituzione *ex ante* di una disciplina specifica adeguata al singolo rapporto di lavoro, con possibilità di deroga, entro limiti predeterminati, ai precetti imperativi. In tale contesto, inoltre, si è espressa l'opinione tra la coesistenza tra un'area di inderogabilità assoluta ed una di inderogabilità relativa, disponibile tramite l'assistenza di un organo amministrativo o sindacale». Secondo A. VALLEBONA, *La riforma del mercato...*, cit., p. 194, diversa è la derogabilità assistita dalla moltiplicazione dei tipi e la relativa inutile certificazione. Infatti, «...se si voleva fare veramente un salto di qualità cambiando in meglio l'ordinamento, bisognava lavorare in modo da dare più spazio all'autonomia individuale. Non poteva però essere uno spazio selvaggio. La volontà non poteva essere la volontà individuale della parte debole, ma la volontà individuale assistita... Il sistema della derogabilità assistita di alcune tutele garantirebbe l'equità della disciplina concordata ed escluderebbe qualsiasi controllo del giudice sul merito della stessa, così come oggi è escluso dalla disciplina delle rinunzie e transazioni assistite *ex art.* 2113 c.c. Invece il disegno di legge delega ha scelto la via completamente diversa di privilegiare ancora una volta la disciplina per tipi e, poi, di affidare a soggetti imparziali la certificazione del tipo».

<sup>35</sup> L. DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 239.

<sup>36</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in *RIDL*, 2004, 4, I, p. 521.

Senza ancora specificamente addentrarci nell'analisi critica della disposizione normativa, è necessario, ai nostri fini, sottolineare, sin da ora, seppure sommariamente, come l'incertezza giuridica che circondava l'inquadramento giuridico del nuovo istituto (tale da far parlare i primi commentatori di "norma in bianco"<sup>37</sup>) abbia consentito di ricavare con difficoltà pochi principi e criteri direttivi della procedura di certificazione, a tal punto che alcuni autori hanno ritenuto di poterli sintetizzare in tre soli elementi: *a*) il carattere volontario della stessa; *b*) l'organo prepostovi; *c*) il contenuto e l'efficacia<sup>38</sup>.

Dunque, l'art. 5 della legge 30/03 ometteva di individuare analiticamente l'oggetto da certificare, indicando solo il principio secondo il quale la certificazione "interviene in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro", senza null'altro precisare.

Con l'emanazione del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, attuativo della delega, le finalità e l'ambito attuativo della certificazione sono state espressamente circoscritte nell'art. 75 del decreto, secondo il quale testualmente si afferma che le parti possono ottenere la certificazione del contratto, secondo la procedura volontaria stabilita per legge, «...al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto di cui al presente decreto...»<sup>39</sup>.

Il d.lgs. 276/03 è stato, quindi, corretto con due successivi decreti del Ministro del Lavoro: il D.M. 14 giugno 2004, relativo all'albo degli enti certificatori universitari, e il D.M. 21 luglio 2004, relativo alla costituzione delle Commissioni di certificazione presso le Direzioni provinciali del Lavoro. È quindi intervenuto il d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, "Recante disposizioni modificative e correttive al d.lgs. 276/03", che ha esteso

<sup>37</sup> E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. prat. lav.*, 2002, p. 531.

<sup>38</sup> L. NOGLER, *op. ult. cit.*, p. 206.

<sup>39</sup> Per il testo normativo se si vuole si può trovare anche in AA.VV., *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, appendice.

l'ambito di applicazione della certificazione a tutti i tipi di rapporto di lavoro, non più limitandolo alle sole ipotesi contrattuali espressamente previste dalla precedente disposizione normativa.

Tale disciplina ha dato regolamentazione all'istituto in oggetto per quasi un decennio allorché, il 4 novembre 2010, il legislatore, con la legge n. 183, non è tornato ad occuparsi della materia; con il manifesto – quanto ambizioso – intento di liberare il lavoro dal peso della cattiva regolazione e dell'eccessivo formalismo di un contenzioso divenuto così farraginoso da porsi in netto contrasto con le indicazioni europee.

In realtà, la riforma (parziale) dell'istituto rappresenta un chiaro tentativo di “rivitalizzare” la certificazione, che mai ha brillato per efficacia attuativa.

A tal fine il legislatore del 2010 ha puntato innanzitutto su un ampliamento delle funzioni dell'istituto: diversamente da quanto previsto nel d.lgs. 276/03, infatti, (come si vedrà più ampiamente in seguito) la certificazione non risulta più “ghettizzata” ai soli casi di qualificazione del contratto, potendosi oggi riferire al più ampio ambito di deflazione di tutto “il contenzioso in materia di lavoro”, con riferimento a “tutti quei contratti in cui sia dedotta direttamente o indirettamente una prestazione di lavoro”.

Appare evidente, a tal punto, l'opportunità di diversificare – ai fini di un esame più sistematico della materia in oggetto – le due fasi legislative, che hanno dato origine a una “prima” e a una “seconda” certificazione, al fine di precisare più adeguatamente il diverso impatto che la normativa del 2003 e quella successiva del 2010 hanno avuto sul tema della qualificazione del tipo contrattuale.

*2. Natura ed oggetto della “prima” certificazione.* – La necessità di introdurre un meccanismo certificatorio va certamente ricercata nella proliferazione delle tipologie contrattuali in materia di lavoro.

Infatti, proprio la moltiplicazione, nella società post-industriale e terziaria, di tipi di lavoro a tempo parziale o variabile, insieme alla diffusione di forme di lavoro semiautonoma o comunque di prestazioni a risultato e tuttavia stabilmente collegate alle imprese committenti (nella misura in cui configurano fattispecie tipiche all'interno dell'area della subordinazione o, alternativamente, dell'autonomia), sono all'origine di una diffusa incertezza e, in definitiva, di una litigiosità incentrata sulla qualificazione del rapporto di lavoro e agli effetti ad essa collegati (quali ad esempio gli obblighi e/o i costi previdenziali). Di qui l'esigenza di interventi normativi che investano anche la prevenzione delle liti<sup>40</sup>, che il più delle volte hanno ad oggetto l'accertamento della qualificazione del rapporto.

L'opportunità di prevedere dei meccanismi idonei a dare certezza in materia non è nuova anche ai più recenti dibattiti dottrinari, arroccati su posizioni di conferma o di aperto contrasto al principio di indisponibilità del tipo statuito dalla Corte Costituzionale, che attribuiva il potere ultimo di qualificazione al solo giudice.

Da qualche tempo, infatti, è stato da più parti denunciato uno stato di profonda crisi della giustizia del lavoro italiana, tristemente caratterizzata da uno "spreco di giurisdizione", variamente realizzato anche attraverso abusi del processo, da parte di tutti i soggetti che vi partecipano, e non solo di essi, al punto da doversi ribadire, con sempre maggior vigore, anche all'interno di una logica di indispensabile recupero della preziosità della giurisdizione e, quindi, del suo uso meditato e parsimonioso, l'importanza che può assumere il ruolo della deflazione giudiziaria<sup>41</sup>.

Inoltre, la diffusione delle nuove tipologie contrattuali introdotte con la Legge Biagi, nell'auspicata finalità di attuare

<sup>40</sup> E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *D&P lav.*, 2002, 8, p. 527.

<sup>41</sup> L. DE ANGELIS, *Certificazione dei rapporti di lavoro e poteri del giudice: quale deflazione del contenzioso?*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema* (a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli), Napoli, 2003, p. 295.

una flessibilità regolata, ha inevitabilmente acuito lo stato di crescente incertezza qualificatoria, al punto da indurre il legislatore a dover contemperare l'obiettivo più ampio di regolazione del mercato del lavoro con l'altrettanto prevalente finalità di prevenire la litigiosità delle parti contraenti.

Vi è, dunque, un nesso evidente (e si potrebbe aggiungere prepotente)<sup>42</sup> tra la certificazione e i suoi obiettivi deflattivi del contenzioso e l'introduzione di tipologie negoziali innovatrici del mercato del lavoro.

La certificazione, pertanto, nasce come una risposta spontanea alla crescente domanda di certezza qualificatoria e una diretta conseguenza della scelta legislativa del 2003 di valorizzare l'autonomia privata, sia collettiva sia individuale, cui è affidato il compito della costituzione delle nuove figure negoziali.

La legge delega, infatti, ha finalizzato espressamente la procedura di certificazione all'obiettivo di ridurre il contenzioso (art. 5 l. n. 30/03), così come il successivo decreto di attuazione (art. 75 d.lgs. n. 276/03), in coerenza con quanto già annunciato nel Libro Bianco, nel quale, però, la certificazione veniva prospettata come una forma di derogabilità assistita.

In particolare, secondo espressa indicazione del Libro Bianco, la certificazione avrebbe dovuto costituire una "manifestazione di derogabilità assistita (...) nell'ambito di una riforma finalizzata a ridefinire il rapporto tra momento collettivo ed individuale nella regolazione del rapporto di lavoro (...) e a corrispondere alle attese di flessibilità delle imprese ma anche alle nuove soggettività dei prestatori di lavoro" (cfr. par. 1.3.2 e par. 1.3.5 del Libro Bianco).

Si sarebbe trattato, dunque, di autorizzare i sindacati ad assistere la volontà individuale del lavoratore, non solo, come già previsto dall'art. 2113 c.c., nella fase di disposizione di di-

<sup>42</sup> E. GHERA, *op. ult. cit.*, p. 527 e ss., secondo cui «una simile proliferazione di tipologie contrattuali fa emergere in modo prepotente il bisogno di certezza in ordine alla configurazione del rapporto, che riduca il contenzioso e le conseguenze negative connesse all'intervento giudiziale qualificatorio».

ritti già maturati, ma anche nella fase di costituzione *ex ante* di una disciplina specifica adeguata al singolo rapporto di lavoro, con possibilità di deroga entro limiti predeterminati ai precetti imperativi<sup>43</sup>.

In altri termini, l'attività di assistenza svolta dai sindacati avrebbe dovuto esplicarsi in un contesto dove, ad un'area di inderogabilità assoluta (e come tale intangibile) di diritti imputabili ad ogni prestazione lavorativa, avrebbe dovuto affiancarsene un'altra di inderogabilità relativa, disponibile attraverso l'assistenza di un organo amministrativo sindacale.

L'istituto della certificazione introdotto con le leggi delegate, invece, pur presentando delle affinità con le proposte di derogabilità assistita, si discosta fundamentalmente da queste ultime.

In entrambe le fattispecie, infatti, il sindacato (o la pubblica amministrazione) svolgerebbe la funzione di sostenere l'autonomia individuale, fornendo al lavoratore il necessario supporto tecnico ed informativo (in modo da consentirgli un'adeguata valutazione degli interessi e dei diritti/doveri coinvolti) ed escludendo che il consenso della parte debole del rapporto sia frutto di indebite pressioni del datore di lavoro<sup>44</sup>.

Le analogie tra le due ipotesi normative (quella contenuta nel Libro Bianco e quella descritta nella legge delega), però, si fermano qui<sup>45</sup>, dal momento che nella derogabilità assistita (in

<sup>43</sup> Sul punto cfr. A. VALLEBONA, *La riforma del mercato del lavoro: cambia poco ed è sbagliata*, in *DL*, 2003, pp. 191 e ss.

<sup>44</sup> V. PINTO e R. VOZA, *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal libro bianco al disegno di legge delega*, in *RGL*, 2002, I, p. 484.

<sup>45</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*, pp. 145 e ss., afferma che «l'enfasi sulla valorizzazione dell'autonomia individuale è il presupposto della nuova figura della derogabilità assistita e si fonda su una visione della realtà che non esiste per la stragrande maggioranza di coloro che intendono vivere del loro lavoro, in un mercato, tra l'altro, fortemente segmentato e caratterizzato da forme di lavoro di "debolezza contrattuale"...È significativo inoltre che nel diritto civile, dove salvo eccezioni l'autonomia individuale è pienamente libera, si assiste ad un processo di notevole incremento dell'uso delle norme inderogabili o di forme di rinvio all'autonomia collettiva a tutela dei "contraenti deboli", con limitazioni ulteriori della libertà contrattuale anche

coerenza con le esperienze già maturate nei patti in deroga nel diritto agrario) il consenso “consapevole” del lavoratore preclude la nascita di un diritto riconosciuto ad una norma imperativa, condizionando irrevocabilmente il contenuto del contratto di lavoro. Al contrario, la “forza legale” dell’atto certificato non è mai irreversibile, in quanto può sempre essere smentita dall’accertamento giudiziale di una diversa dinamica effettuale o dell’errore nell’identificazione del tipo negoziale effettuata dall’organo preposto (come si chiarirà più approfonditamente in seguito).

Pertanto, l’esigenza di superare la situazione di incertezza derivante dalle norme inderogabili a precetto generico e di ridistribuire equamente le tutele in funzione delle effettive condizioni del singolo lavoratore, come auspicato nel modello descritto nel Libro Bianco, non ha trovato attuazione nella successiva normativa delegata.

Per contro, come già precedentemente chiarito, l’ordinamento ha continuato ad evolvere mediante una irragionevole moltiplicazione di tipi negoziali, sbandierati come strumenti di flessibilità<sup>46</sup>, continuando ad accrescere il contenzioso sulla qualificazione delle fattispecie, aumentando l’incertezza e non risolvendo il problema della graduazione delle tutele.

nei rapporti tra imprese. Il che dovrebbe far riflettere sul “tramonto” della norma imperativa quale sistema di protezione, in una situazione economica che al contrario tende a creare nuove forme di dipendenza che esulano dai tradizionali confini della nostra materia, si estendono anche in altri settori ed a cui si reagisce con strumenti tradizionali del diritto del lavoro». Ciò posto, in riferimento alle fattispecie contrattuali tipizzate dalla Legge Biagi e dal suo Decreto di attuazione, «l’assenza della autonomia collettiva rende ancora più evidente la debolezza contrattuale del lavoratore, che abdiccherà ai propri diritti senza una reale mediazione sindacale, con l’assistenza di un soggetto che potrà attestare la genuinità del suo consenso, ma che non sarà in grado di rimuovere le condizioni di squilibrio economico già descritte». Pertanto, «l’analisi effettuata dimostra che la certificazione si inserisce nell’ambito di una riforma complessiva che, in un contesto di deregolazione dell’assetto normativo oggi esistente, tende a riportare al centro del sistema il contratto individuale e a ridurre la funzione dell’autonomia collettiva ed a marginalizzare o mutare il ruolo del sindacato».

<sup>46</sup> A. VALLEBONA, in *La riforma dei lavori*, Padova, 2004, p. 135.

Al culmine di questa situazione di incertezza, il legislatore ha preso atto della sua insostenibilità, introducendo l'istituto della certificazione al fine dichiarato di «ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro» (art. 75 d.lgs. n. 276/03).

L'istituto, oggetto sin dalla sua prima comparsa di forti critiche, relative alla sua limitata utilità, costituisce un importante segnale sistematico, attestante la penetrazione nell'ordinamento del valore della certezza, seppure ancora in maniera timida e contrastata<sup>47</sup>.

L'art. 75 del Decreto Legislativo richiamato elencava espressamente i contratti di lavoro suscettibili di certificazione, quali: i contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale, a progetto, nonché quelli di associazione in partecipazione di cui agli artt. 2549 e 2554 c.c. Tale elencazione è stata, però, successivamente, espressamente modificata dall'art. 18 del d.lgs. "correttivo", del 6 ottobre 2004 n. 251, che ha ammesso la certificazione "per tutti" i contratti di lavoro, attribuendo alla stessa una portata generale.

Oggetto di certificazione sono anche i regolamenti interni alle cooperative di lavoro nella parte relativa ai contratti di lavoro con i soci (art. 83 d.lgs. 276/03) e i contratti di appalto ai fini della distinzione dalla somministrazione di lavoro (art. 84). Infine, la certificazione può riguardare le rinunzie e le transazioni dei lavoratori, anche parasubordinati a progetto, relative ai diritti derivanti da norme inderogabili di legge e collettive (artt. 68 e 82).

Si tratta di una procedura volontaria, mediante la quale le parti, presentando una istanza scritta comune, possono ottenere la certificazione del contratto.

A tanto provvedono apposite commissioni di certificazione istituite presso Enti bilaterali, Direzioni provinciali del lavoro, Province e Università (nonché, più di recente, anche presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e i Consigli Provin-

<sup>47</sup> *Idem.*



ciali dei consulenti del lavoro<sup>48</sup>), che, attraverso l'ausilio di appositi moduli o formulari (e con l'ausilio dei cosiddetti codici di buone pratiche<sup>49</sup>), redigono l'atto di certificazione, che si concretizza in una dichiarazione valutativa (parere) sulla qualificazione del contratto, munita di adeguata motivazione<sup>50</sup>.

Così costruito, l'atto di certificazione non è un atto di mero accertamento del contratto e della sua qualificazione: non si tratta, quindi, nonostante la denominazione, di una certificazione in senso proprio e, cioè, di una dichiarazione di scienza relativa ad un accadimento (nella specie, l'esistenza del contratto, il suo contenuto regolamentare e la qualificazione eventualmente indicata dalle parti in relazione agli effetti richiesti)<sup>51</sup>.

Al contrario, l'art. 79 del d.lgs. 276/03 precisava che l'atto dell'organo preposto alla certificazione ha effetti, i quali "permano anche verso terzi" e sono dunque *erga omnes*, fino all'eventuale sentenza di annullamento pronunciata dal giudice civile oppure amministrativo su ricorso nei casi previsti dal successivo art. 80.

Dunque, l'atto di certificazione è un provvedimento di "certazione", cioè produttivo di certezza legale sul piano dell'ordinamento generale e, in specie, dei rapporti interprivati (cosiddetta "certezza pubblica" o "certezza privilegiata")<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Introdotti con la legge finanziaria del 2006.

<sup>49</sup> I cosiddetti "codici di buone pratiche" sono strumenti normativi mutuati dall'esperienza anglosassone (*codes of practice*): forniscono guide pratiche di condotta in determinate aree giuridiche, codificando consuetudini già esistenti e promuovendo l'adozione di regole di condotta considerate auspicabili; non hanno valore strettamente vincolante, ma sono ammissibili come prova avanti ai tribunali del lavoro. Sul punto cfr. M. RUSCIANO, *A proposito del Libro Bianco sul mercato del lavoro*, in *Diritto del Lavoro on line* ([www.unicz.it/lavoro](http://www.unicz.it/lavoro)), p. 12.

<sup>50</sup> Ancora secondo A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, p. 136, «si tratta di una valutazione di puro diritto, consistente nella sussunzione della fattispecie concreta (il contratto) nella fattispecie astratta ritenuta corrispondente».

<sup>51</sup> E. GHERA, *La certificazione nei contratti di lavoro*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema* (a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli), Napoli, 2003, p. 283.

<sup>52</sup> Sulla categoria degli atti di certazione e la loro peculiare efficacia preclusiva – nel senso che impedisce a qualsiasi soggetto di contestare l'accertamento e le si-

L'effetto di certazione, quindi, non accerta uno stato di fatto, ma qualifica il rapporto, determinando così le conseguenze giuridiche del comportamento contrattuale delle parti. Tale effetto qualificatorio viene prodotto nell'esercizio di un potere di certificazione-qualificazione dichiarativo o di accertamento, finalizzato alla formazione di una certezza pubblica intorno al rapporto di lavoro e alla sua qualificazione<sup>53</sup>.

Tale potere dichiarativo, però, e questa è la sua peculiarità, avviene sul presupposto non di una semplice ricognizione, cioè della constatazione o acclaramento della sussistenza o meno di un fatto, ma di una valutazione della fattispecie contrattuale così come posta dalle parti.

Quindi, l'accertamento sul cui presupposto è ammesso l'atto di certificazione consiste non in una ricognizione di fatti, ma in una valutazione tecnica o dichiarazione di giudizio sugli effetti del contratto e sulla qualificazione del rapporto che ne deriva.

Pertanto, la certazione è espressione di "discrezionalità tecnica"<sup>54</sup>, che consiste in una attività di giudizio a contenuto scientifico in ordine alla qualificazione e non alla semplice esistenza di determinati fatti.

Dunque, quanto alla natura giuridica, secondo autorevole dottrina, non resta che considerare la certificazione quale atto amministrativo<sup>55</sup>, dal momento che l'attività della commissione di certificazione deve essere, innanzitutto, inquadrata quale

tuazioni soggettive che ne risultano – per cui un atto, un fatto o un rapporto sono qualificati dall'atto di certazione indipendentemente dalla conformità alla situazione reale, si v. in generale E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2000, p. 332 e ss., nonché M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1993, II, pp. 484-485.

<sup>53</sup> E. GHERA, *La certificazione nei contratti di lavoro*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema* (a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli), Napoli, 2003, p. 284.

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> Tra tutti, cfr. L. NOGLER, *Cos'è la certificazione dei contratti di lavoro?*, in *Il nuovo mercato del lavoro* (Commentario a cura di L. Montuschi, F. Liso, M. Pedrazzolo, P. Ichino, A. Maresca, C. Zoli, R. Romei, R. Del Punta, P. Tullini, L. Nogler, P. Bellocci), Zanichelli, 2003, 3, p. 879.

certazione, poiché la stessa crea una certezza che viene poi esternata nel certificato<sup>56</sup>.

Relativamente all'oggetto della certificazione, l'art. 5 della legge 14 febbraio 2003, n. 30, "Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro", nel recepire gli auspici del Libro Bianco, ha fissato le linee direttive a cui avrebbe dovuto ispirarsi il legislatore delegato, stabilendo in particolare che il Governo, nell'emanare il decreto legislativo, avrebbe dovuto attenersi ai seguenti principi:

a) carattere volontario e sperimentale della procedura di certificazione;

b) individuazione dell'organo preposto alla certificazione del rapporto di lavoro in enti bilaterali costituiti a iniziativa di associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, ovvero presso strutture pubbliche aventi competenze in materia, o anche università;

<sup>56</sup> Tale soluzione è stata sostenuta per primo da E. GHERA, in *Nuove tipologie contrattuali...*, cit., pp. 533 e ss., il quale procedendo ad una classificazione degli atti amministrativi, ha chiarito che gli stessi si dividono in tre categorie: atti ricognitivi (o manifestazioni di scienza e di conoscenza), atti di valutazione (o di giudizio) e di intimazione. Per la certificazione, escluso che si tratti di intimazione, l'alternativa classificatoria si pone tra le prime due categorie. Alla categoria degli atti ricognitivi si connette una funzione dichiarativa o di certazione, consistente nel dare "certezza di fatti giuridicamente rilevanti". Tale attività può tradursi nella acquisizione del fatto da accertare ovvero anche nella dichiarazione all'esterno di ciò che si è acquisito. Tra gli atti dichiarativi vengono ricondotte le certificazioni come dichiarazioni di scienza esterne in un documento in funzione partecipativa e concernenti fatti precedentemente acquisiti dall'ufficio pubblico; si tratta delle certificazioni proprie o improprie, a seconda che la legge ne sancisca o meno l'obbligo di emissione. Secondo l'autore, definiti così i connotati degli atti ricognitivi o di certazione, sembrerebbe evidente che tali connotati non si riscontrano nella certificazione prevista in materia di lavoro. Pertanto, Ghera chiarisce che il legislatore ha configurato la certificazione piuttosto come atto di valutazione o di manifestazione di giudizio. Questa categoria di atti presuppone, infatti, un procedimento di apprendimento: l'atto finale del procedimento si risolve nell'enunciazione di un giudizio valutativo e cioè di giudizio intorno a determinate qualità delle persone o delle cose, che siano suscettibili di apprezzamento. Caratteristica di questi atti è la discrezionalità, che li differenzia dagli atti ricognitivi. A queste ultime caratteristiche l'A. assimila la certificazione dei contratti di lavoro.

c) definizione delle modalità di organizzazione delle sedi di certificazione e di tenuta della relativa documentazione;

d) indicazione del contenuto e della procedura di certificazione;

e) attribuzione di piena forza legale al contratto certificato ai sensi della procedura di cui alla lettera d), con esclusione della possibilità di ricorso in giudizio se non in caso di erronea qualificazione del programma negoziale da parte dell'organo preposto alla certificazione e difformità tra il programma negoziale effettivamente realizzato tra le parti e il programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione;

f) previsione di espletare il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 410 c.p.c. innanzi all'organo preposto alla certificazione quando si intenda impugnare l'erronea qualificazione dello stesso o la difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione, prevedendo che gli effetti dell'accertamento svolto dall'organo preposto permangano fino al momento in cui venga provata l'erronea qualificazione del programma negoziale o la difformità tra il programma negoziale concordato tra le parti in sede di certificazione e il programma attuato. In caso di ricorso in giudizio, introduzione dell'obbligo in capo all'autorità giudiziaria competente di accertare anche le dichiarazioni e il comportamento tenuto dalle parti avanti all'organo preposto alla certificazione del contratto;

g) attribuzione agli enti bilaterali della competenza a certificare non solo la qualificazione del contratto di lavoro e il programma negoziale concordato tra le parti, ma anche le rinunzie e le transazioni di cui all'art. 2113 c.c. a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse;

h) estensione della procedura di certificazione all'atto di deposito del regolamento interno riguardante la tipologia dei rapporti attuati da una cooperativa ai sensi dell'art. 6 della l. 3 aprile 2001, n. 142, e successive modificazioni;

i) verifica dell'attuazione delle disposizioni dopo ventiquattro mesi dalla data della loro entrata in vigore da parte del

Ministero del lavoro e delle politiche sociali, sentite le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale<sup>57</sup>.

Senza alcuna pretesa di esaustività – esula dall'oggetto del presente lavoro un'analisi critica dell'intera disciplina del titolo VIII del d.lgs. 276/03 –, sembra utile, allo stato, notare come, mentre i primi quattro principi direttivi siano sostanzialmente riproducibili di quelli previsti nel Libro Bianco, la legge delega si sia spinta molto oltre in tema di efficacia e controllo giurisdizionale della certificazione, rispetto alla precedente semplice previsione dell'onere da parte del giudice di tener conto anche del comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione.

Tale differente assetto normativo disciplinato dalla legge delega ha esposto l'istituto a non pochi rischi di illegittimità costituzionale, al punto che nel successivo decreto legislativo, contenente le disposizioni generali che hanno dato attuazione ai principi e ai criteri direttivi enunciati, il legislatore sembrerebbe essere stato ampiamente influenzato dalle numerose critiche avanzate in merito alla precedente legge delega<sup>58</sup>.

In particolare, sotto la spinta dei dubbi di legittimità costituzionale, da più parti avanzati con riferimento all'impianto della legge delega, il legislatore delegato ha ritenuto opportuno prendere in considerazione – seppure solo in parte – i numerosi ammonimenti rivoltigli dalla dottrina all'indomani dell'entrata in vigore della legge 30/2003, confermando in tal modo la pericolosità di alcune scelte segnalate criticamente<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Per l'elencazione analitica si cfr. *La riforma del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 attuativo della Legge Biagi* (a cura di M. Nebiolo Vietti, L. Negrini, R. Traves), Maggioli Ed., 2003, pp. 214-215.

<sup>58</sup> Sul punto, R. DE LUCA TAMAJO, *Quei tre destini possibili per i 2 milioni di Co.co.co.*, su *Il Mattino*, 8.6.2003, ha affermato che «per lo schema di decreto in questione si è verificato quanto già avvenuto per la Convenzione europea: e cioè che risultava talmente discutibile la prima edizione – nella specie il Libro Bianco e la legge delega –, che il testo attuale non può che suscitare maggiore ottimismo, se non altro sotto il profilo sistematico».

<sup>59</sup> Più diffusamente sui rischi di illegittimità costituzionale, si consenta il rinvio a A. AVONDOLA, *Certificazione e legittimità costituzionale*, in *Mercato del lavoro*.

Da una rapida analisi del decreto legislativo, segnatamente all'art. 79, appare evidente anzitutto come il legislatore abbia preferito escludere dal nuovo testo normativo la precedente formula, rinvenibile nella legge delega, che attribuiva (forse con eccessiva leggerezza terminologica) al contratto certificato "piena forza di legge".

Tale modifica, frutto di una scelta cui non può che plaudirsi, non risulta, però, risolutiva dei rischi di incostituzionalità paventati, che, al contrario, appaiono alimentati a causa della genericità del nuovo testo normativo, viziato da una palese incongruenza tra rubrica dell'articolo e contenuto del medesimo. Infatti, nonostante la lettera dell'intestazione, l'art. 79 non ha chiarito in alcun modo quale sia l'"efficacia giuridica della certificazione", limitandosi ad esplicitare che gli effetti del negozio certificato «...permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto con sentenza di merito uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili...», lasciando, così, irrisolta ed equivoca la problematica relativa all'efficacia da attribuirsi alla certificazione, ormai orfana di una già deplorata "forza legale" a forte rischio di incostituzionalità *ex art. 24 Cost.*

Il medesimo art. 79 scioglie, invece, un nodo particolarmente pernicioso, già evidenziato nei precedenti commenti. Si chiarisce, infatti, il termine ultimo entro il quale permangono gli effetti della certificazione, la quale risulterà valida sino alla sentenza di merito, evitandosi in tal modo i denunciati rischi di contrarietà all'art. 102 Cost. Ciò nonostante non è dato sapere se tale momento debba essere individuato a partire dalla pronuncia della sentenza stessa o dal suo deposito.

Inoltre, l'art. 80, al comma 1, amplia le ipotesi che legittimano il ricorso al giudice ordinario, inserendo, accanto ai casi di errore e di difformità tra programma negoziale certificato e sua successiva attuazione – già menzionati nella legge delega –, un'ulteriore possibilità di impugnazione dell'atto di certifica-

zione in conseguenza di riscontrati vizi del consenso. Tale previsione, la cui esclusione e/o dimenticanza erano state ampiamente criticate nei primi commenti alla legge delega del febbraio del 2003<sup>60</sup>, non appariva peraltro esaustiva dal momento che comunque trascurava ulteriori cause di legittima impugnazione, quali, ad esempio, le possibili irregolarità procedurali in cui sarebbe potuto incorrere l'organo certificante.

Sulla base di tali premesse di carattere generale, che evidenziano la poliedricità<sup>61</sup> di un istituto, per sua natura ricco tanto di potenzialità positive, quanto di complicazioni, e dall'esame delle previsioni contenute nell'art. 5, attuate con i Decreti Legislativi nn. 276/03 e 251/04, appare possibile affermare che i principi ed i criteri direttivi introdotti dal legislatore delegato dell'epoca attenevano essenzialmente a tre elementi della procedura di certificazione: *a)* il carattere volontario della certificazione; *b)* gli organi preposti alla stessa; *c)* gli effetti giuridici della certificazione medesima.

Relativamente al primo punto, la lett. *a)*, comma 1, dell'art. 5 citato, prevedeva che la certificazione dovesse avere carattere volontario, il che significa che deve avvenire su base consensuale e cioè che, almeno dal punto di vista formale, non può essere imposta dal datore di lavoro. È evidente, però, che la mera affermazione della volontarietà del procedimento non è di per sé idonea a garantire l'effettività della libertà decisionale del provvedimento.

Infatti, la potenzialità *lato sensu* "regolativa" dell'istituto (volto a garantire "certezza pubblica") rischia di dare rilievo esclusivo alle dichiarazioni contenute nella certificazione, alla cui imposizione, peraltro, il lavoratore difficilmente potrà sottrarsi all'inizio del rapporto (per lavorare spesso si accetta qual-

<sup>60</sup> Sul punto, si v. uno dei primi interventi sulle problematiche relative alla certificazione di V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro; funzioni ispettive e controversie di lavoro*, in Atti del Seminario su "La nuova legge sul mercato del lavoro", Roma 5 febbraio 2003.

<sup>61</sup> L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, n. 3.

siasi condizione), mentre la formula della procedura ed anche lo stesso termine usato (“certificazione”) – che dà un connotato quasi “legale” all’accertamento effettuato – costituisce un inevitabile freno, anche psicologico, alla contestazione successiva, sia con riferimento alla correttezza della definizione data, sia nell’ipotesi in cui le concrete modalità del rapporto si siano poi svolte in maniera difforme da quelle indicate nella “certificazione” stessa<sup>62</sup>.

Scarsa influenza, quindi, potrebbe attribuirsi al carattere volontario della clausola certificatoria, la quale finisce per fare corpo unico con il contratto in una sorta di prendere o lasciare, specie se si pensa che non c’è nessun limite alla sua applicazione<sup>63</sup>.

In particolare, il consenso prestato dal lavoratore al momento della stipula del contratto risulta sicuramente condizionato dall’esigenza del prestatore di lavoro di avere una possibilità occupazionale; fattore psicologico e soggettivo questo di non poco conto, dal momento che spingerà inevitabilmente il lavoratore ad accettare la sottoscrizione di un contratto che enfatizzi il carattere autonomo della prestazione e a rilasciare anche dichiarazioni predisposte dal datore di lavoro, tendenti ad escludere la natura subordinata dell’instaurando rapporto.

In questo modo un consenso prestato non del tutto spontaneamente e dichiarazioni non genuine da parte del lavoratore (espresse solo al fine di non perdere un’occasione di lavoro) rischiano di divenire determinanti per una qualificazione del rapporto sfavorevole per l’interessato.

<sup>62</sup> C. CIANNELLA, *Delega al Governo in materia di mercato del lavoro*, in atti del Convegno “*Riforma o controriforma del mercato del lavoro? Dalla nuova legge delega alle proposte della CGIL*”, Roma, 12.3.03.

<sup>63</sup> Sul punto, i decreti delegati attuativi della legge 30/03 sembrano voler soddisfare le istanze di un effettivo accertamento della volontà della parte debole del rapporto, prevedendo, da un lato, che la richiesta di attivazione della procedura avvenga con un’istanza scritta e sottoscritta da entrambe le parti contraenti, e, dall’altro, stabilendo che “le sedi di certificazione svolgano anche un’attività di consulenza ed assistenza effettiva alle parti contrattuali” e ciò sia in fase di stipula del contratto di lavoro che del relativo programma negoziale.



3. *Soggetti abilitati alla “qualificazione certificata” del rapporto di lavoro.* – Si è soliti distinguere nettamente tra loro due principali funzioni assegnate dal d.lgs. 276/03 al medesimo meccanismo unitariamente denominato “certificazione”<sup>64</sup>: l’una orientata alla soluzione di un conflitto di interessi e l’altra al conflitto giuridico<sup>65</sup>.

È certamente la seconda funzione, cioè quella qualificatoria, a realizzare lo scopo principale prefissato dal legislatore delegato<sup>66</sup>, dal momento che, si ricorda, la certificazione viene innanzitutto intesa come strumento volto a dare “certezza qualificatoria”, consentendo, nell’ambito di *litigations* in tema di

<sup>64</sup> M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *RGL*, 2003, 2, p. 376, ha sostenuto che già nel Libro Bianco di Maroni si usa l’espressione «certificazione» in due contesti diversi: da un lato, a proposito della rivalutazione dell’autonomia individuale e del regresso della norma (legale e contrattuale) inderogabile (par. I.3.2.); dall’altro a proposito della qualificazione della fattispecie contrattuale prescelta dalle parti (parr. I.3.5 e II.3.6). Anche se i due significati, con un artificio retorico, vengono presentati come collegati, in realtà sono diversi; il governo prefigura norme legali e contrattuali che consentono all’autonomia individuale di derogare al precetto in esse contenuto a condizione che, con la procedura di certificazione, sia garantita la genuinità dell’espressione di volontà da parte del lavoratore contraente-debole, secondo la tecnica della derogabilità assistita. Con il secondo significato, invece, ci si colloca non nel contesto della dinamica applicativa della norma, ma nell’area della qualificazione della fattispecie concreta. Il primo significato, dunque, attiene al momento della formazione della volontà negoziale; il secondo al momento – logicamente successivo – della qualificazione giuridica di quanto voluto dalle parti.

<sup>65</sup> L. NOGLER, *Cos’è la certificazione...*, cit., p. 874, il quale (*idem*, p. 869) spiega che la prima funzione altri non è che un meccanismo finalizzato alla soluzione dei conflitti di interessi che emergono in sede di stipulazione del contratto di lavoro, cioè la funzione di consulenza e assistenza per le parti, che – secondo l’A. – sarebbe stata rafforzata da Biagi al fine di accrescere lo spazio regolativo del contratto individuale facendo ricorso alla tecnica della inderogabilità solo relativa. In tal senso la certificazione avrebbe dovuto essere strumentale all’obiettivo di riequilibrare la distorsione che caratterizza il diritto del lavoro italiano, il quale (specie nelle unità produttive con più di quindici dipendenti) registra indubbiamente un eccesso di tutela nel rapporto a fronte di un difetto di protezione sul mercato.

<sup>66</sup> Cfr tra gli altri, M. TIRABOSCHI, *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, in *La riforma Biagi del mercato del lavoro* (a cura di M. Trabischi), Padova, 2003, pp. 237 e ss.

qualificazione dei rapporti di lavoro, una valutazione *ex ante* rispetto al decisivo momento della realizzazione del rapporto di lavoro<sup>67</sup>.

Pertanto, con tutte le cautele del caso, considerata la forte ambiguità che connota l'istituto, diviso tra la finalità squisitamente qualificatoria e la vocazione a divenire il perno di un nuovo sistema di tutele del lavoratore, fondato sulla derogabilità assistita di norme legali e contrattuali, può dirsi che la certificazione, stante la finalità espressamente indicata dal legislatore, ha quale oggetto essenziale l'esatta qualificazione del contratto individuale di lavoro (privato), ovvero la sua corretta riconduzione ad una delle esistenti tipologie negoziali<sup>68</sup>.

Conseguenza più evidente di una simile prospettazione è l'improvviso allargamento del raggio di azione della disponibilità qualificatoria.

Non sono più, dunque, – come aveva stabilito la Corte Costituzionale – i soli giudici (o anche il legislatore e le parti contrattuali, secondo talune interpretazioni ermeneutiche più o meno elastiche) a disporre del potere di qualificazione tipologica, bensì, per converso, il muro inaccessibile dell'indisponibilità del tipo viene infranto dalla creazione di nuove figure giuridiche allo scopo espressamente preposte per legge.

Benché la qualificazione del rapporto resti sempre e comunque affidata da ultimo all'autorità giurisdizionale – cui è rimessa la decisione in ordine alla effettiva natura del rapporto

<sup>67</sup> Non ci si può esimere dal sottolineare come la grandissima maggioranza delle controversie sia costituita proprio da liti incentrate *ex post* sull'affermazione di uno scostamento di fatto nella fase esecutiva del regolamento concordato. Sul punto, si v. tra gli altri L. NOGLER, *op. ult. cit.*, p. 881, secondo cui «la limitata incisività dell'istituto sulla notoriamente enorme *litigation* in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro, può essere considerata geneticamente iscritta nel suo DNA, giacché la certificazione consente in ogni modo solo una valutazione *ex ante* rispetto al decisivo momento della realizzazione del rapporto di lavoro, mentre la ragion d'essere della maggior parte delle controversie qualificatorie risiede nella discrasia tra il contenuto contrattuale e la successiva fase di attuazione del rapporto».

<sup>68</sup> S. GANDI, *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità ed ambiguità*, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, 7, p. 487.

realmente verificatosi –, non può negarsi, a meno di voler contraddire l'essenza stessa della certificazione, che un ruolo specifico spetti, sotto questo profilo, alle parti e all'organo certificatore.

Come è stato ampiamente chiarito<sup>69</sup>, la qualificazione dell'accordo contrattuale non può ascriversi in ultima analisi alle parti.

Tuttavia, è altrettanto corretto affermare che sono proprio le parti che, in forza dei principi di autonomia negoziale di cui agli articoli 1321 e 1322 c.c., determinano il contenuto del contratto che intendono stipulare (o delle clausole che intendono introdurre modificando il contratto precedentemente concluso), nonché, anche in relazione agli effetti che da tali previsioni conseguono, la veste giuridica (*nomen iuris*) più idonea<sup>70</sup>.

Alla qualificazione del contratto di lavoro si perviene, dunque, come per qualunque altro contratto, sulla base della rilevazione della volontà contrattuale, che consente di individuare, nell'indistinto fenomenologico, la sfera di doverosità rilevante ai fini della qualificazione giuridica<sup>71</sup>.

Ma la volontà contrattuale, per un verso, non va desunta solo dalle dichiarazioni iniziali – quand'anche documentalmente verbalizzate –, bensì pure dal comportamento complessivo tenuto dalle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto<sup>72</sup>; per l'altro, quella volontà può mutare, e ciò accade

<sup>69</sup> Secondo E. GHERA, *La certificazione dei contratti...*, cit., p. 287, infatti, «Il decreto delegato riconosce implicitamente che alle parti non compete alcun potere di qualificazione del contratto: e che la commissione da parte sua, invece, nell'esercizio del potere di certazione-qualificazione, è vincolata ad applicare i criteri giurisdizionali e le disposizioni normative rilevanti per la qualificazione del programma negoziale prescelto dalle parti».

<sup>70</sup> Per un'indagine più approfondita dell'oggetto dell'atto certificato e delle sue conseguenze nella sfera giuridica delle parti, si v. E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, in *RGL*, 2004, 4, pp. 543 e ss.

<sup>71</sup> A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 41/2004, in *lex.unict.it/labourweb*.

<sup>72</sup> È appena il caso di ricordare che, dopo una fase storica in cui il *nomen iuris* aveva assunto il carattere di indice primario, si è passati ad un suo ridimensiona-

tanto più facilmente quanto più il rapporto sia caratterizzato da uno squilibrio di poteri giuridici e di fatto tra le parti: com'è tipico dei contratti in cui si deducono prestazioni di lavoro subordinato<sup>73</sup>.

Il contratto di lavoro, dunque, come tutti i contratti, va qualificato in base alla volontà negoziale delle parti, la quale è rilevabile, oltre che tramite le dichiarazioni manifestate nella fase genetica del rapporto, altresì alla stregua del loro comportamento successivo, *ex art. 1362, 2° comma, c.c.*; ove poi tale comportamento contrasti con le dette dichiarazioni, si configurerà una modificazione del contenuto del contratto, idonea, ove investa gli elementi essenziali del medesimo, a mutarne la qualificazione giuridica.

Nulla di nuovo, dunque, sotto il cielo dei giuslavoristi, se non il rilievo fattuale della normalità con la quale avviene che il comportamento complessivo delle parti, anche successivo alla stipulazione del contratto, sia utile o indispensabile per definire esattamente la reale volontà delle parti in ordine al contenuto negoziale, e quindi a qualificare il contratto in maniera

mento, con l'inserimento tra gli indici cosiddetti sussidiari di valutazione rispetto a quelli dotati di maggior peso specifico. In particolare, sul punto si veda la relazione di R. CORDIO, *Lavori atipici e tutela giurisdizionale: l'azione di riconduzione del rapporto al suo contenuto effettivo*, in Atti dell'Incontro di studio del CSM "La riforma del diritto del lavoro: nuove tipologie contrattuali", Roma, 7-8 luglio 2005, secondo il quale è stato più volte affermato dalla giurisprudenza (v. Cass. 22.11.99 n. 12926; nonché Cass nn. 10704/97; 5520/97; 16805/02) che non può in assoluto prescindere dalla volontà dei contraenti e quindi deve essere preso in considerazione il *nomen iuris* dagli stessi adottato, ma, in ogni caso, tale profilo non può assumere carattere assorbente in quanto costituisce una presunzione semplice di adeguamento delle parti alla volontà contrattuale, dovendosi comunque tenere distinta l'ipotesi della vera e propria simulazione da quella in cui le parti abbiano effettivamente voluto instaurare un rapporto di lavoro autonomo, ma le stesse, nel corso del suo concreto svolgimento, abbiano manifestato, con comportamenti concludenti, un mutamento della volontà iniziale. Resta, infatti, immanente nel sistema il principio che nel rapporto di lavoro i comportamenti delle parti assumono rilevanza giuridica non tanto in sede di conclusione del contratto quanto nella sua fase attuativa, ossia nello svolgimento delle reciproche prestazioni.

<sup>73</sup> A. TURSÌ, *op. ult. cit.*, p. 31.

corrispondente alla fattispecie concreta; o addirittura che la volontà delle parti, sotto l'impulso prepotente della parte più forte, muti rispetto a quella originaria, e ponga in essere una nuova e diversa fattispecie<sup>74</sup>.

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

Rispetto al programma negoziale che le parti concordano, quindi, l'attività di certificazione rimane estranea, così che l'autonomia o libertà contrattuale non incontra limiti nel potere di certificazione che non ha alcuna funzione conformatrice del contenuto contrattuale<sup>75</sup>: si tratta di un elemento successivo ed esterno alla fattispecie negoziale cui danno vita – in maniera autonoma ed esclusiva – lavoratore e datore di lavoro.

Al contempo, tuttavia, pur essendo vincolato a quanto effettivamente voluto dalle parti, l'organo di certificazione non è egualmente vincolato alla qualificazione che ad esso esplicitamente o implicitamente le parti abbiano attribuito, potendo procedere ad una valutazione (e qualificazione) difforme, al punto che, ove non trovi la disponibilità delle parti a modificare il contenuto del contratto o ad accettare una diversa qualificazione rispetto a quella originariamente immaginata, potrà anche rifiutare la certificazione (purché, in base a quanto prescritto dall'art. 78, comma 2, lett. c), con decreto motivato)<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro...*, cit., p. 289.

<sup>76</sup> In ogni caso, come chiarisce L. NOGLER, *Cos'è la certificazione...*, cit., p. 882, «l'*imprimatur* che il contratto di lavoro riceve dal *certifier* non deve indurre a rivedere il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, se sulla base delle prove prodotte dalle parti oppure degli esiti dell'istruttoria condotta dal giudice, emerge un contrasto tra come il rapporto di lavoro si è certamente svolto e quanto, invece, era stato "progettato" (anche se con l'assistenza ed il "timbro" dell'organo di

A tal punto sembrerebbe configurarsi una sorta di “doppio grado” di qualificazione, dal momento che, in un primo ambito, le parti qualificano autonomamente il rapporto costituendo, mentre, in un secondo momento, la commissione di certificazione, a sua volta, qualificherà (o ri-qualificherà) il medesimo rapporto, sulla base dell’effettiva corrispondenza dello stesso alle fattispecie tipizzate nei codici e formulari allo scopo forniti.

Sostanzialmente, in tal modo, l’istituto in esame tende a risolversi in un giudizio relativo alla riconduzione della fattispecie concreta ad un determinato tipo negoziale, operato da un organo amministrativo e munito di certezza legale fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell’art. 80 d.lgs. 276/03, fatti salvi i provvedimenti cautelari.

Si può certamente ritenere, allora, ai fini dello studio sin qui condotto, che la certificazione (nella visione del primo legislatore) rappresenti, per così dire, un “valore aggiunto” in termini di certezza rispetto alla scelta operata dalle parti, ma solo

certificazione) nel testo contrattuale, allora in virtù del principio della effettività, prevale la qualificazione incentrata sul rapporto». Infatti, l’esclusiva competenza del giudice del lavoro in merito alla determinazione della natura giuridica dei rapporti è stata ribadita dalla Corte Costituzionale (cfr. Corte Cost. 31.3.1994, n. 115, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2656; v. anche Corte Cost. 29.3.1993, n. 121, *idem*, 1993, I, p. 2432), con le sentenze nn. 115/94 e 121/93, sulla base del disposto dell’art. 102 Cost.

In particolare, si ricorda che secondo il giudice delle leggi, «non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura... e, a maggior ragione, non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere, direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale la applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità propri del rapporto di lavoro subordinato».

Di conseguenza, v. L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Il diritto del lavoro dal “Libro Bianco” al Disegno di legge delega 2002* (a cura di F. Carinci e M. Miscione), Milano, 2002, p. 97, in alcun modo potrebbe essere consentito al legislatore di autorizzare a ciò organismi sindacali o amministrativi, essendo il giudice l’unico organo competente, sul punto v. L. MENGONI, *Quale disciplina per il lavori atipici?*, in Atti del Convegno «*Quale disciplina per il lavori atipici*», Vicenza, 28-29 gennaio 2000, estratto in *Dir. lav.*, 2000, p. 73.

*in medio tempore*: la sua efficacia, infatti, risiede nell'impedire, temporaneamente, un comportamento delle parti e dei terzi contrastante con la stessa<sup>77</sup>.

Ciò non assume significativo rilievo tra le parti, comunque tenute, anche senza certificazione e salvo diverso accordo successivo, ad osservare il contratto stipulato, fino a che il giudice non qualifichi diversamente con effetto sui rispettivi obblighi e diritti.

Il meccanismo prefigurato dal legislatore del 2003 che conduce all'atto della certificazione non costituisce, quindi, una vera e propria svolta neanche dal punto di vista tecnico-giuridico, trattandosi di una procedura di qualificazione da effettuarsi nel rispetto di criteri non dissimili da quelli impiegati in sede giudiziaria.

L'unica vera novità, che sembra poter rilevare, è che si ammette che tale operazione sia operata *a priori* da uno speciale organo a ciò abilitato.

Sotto il profilo metodologico, il legislatore dell'epoca correttamente configura la certificazione come una valutazione fondata su un rigoroso procedimento di sussunzione della fattispecie concreta con quella astratta.

L'art. 78, comma 5, d.lgs. 276/03, infatti, prevede la definizione, con decreto del Ministero del Lavoro, di "moduli e formulari" per la certificazione del contratto di lavoro, i quali però "devono sempre tener conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro, come autonomo e subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro che dovranno essere certificate"<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> R. SCIOTTI, *op. cit.*, p. 29.

<sup>78</sup> Quest'ultima previsione, secondo L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, 2004, 2, p. 247, è apprezzabilmente diretta ad orientare quanto più possibile, attraverso linee-guida, la qualificazione delle commissioni nella medesima direzione della presumibile qualificazione ad opera della autorità giudiziaria, cui compete il giudizio sulla correttezza giuridica della certificazione, se attivato: si tratta, cioè, di una misura di assistenza agli organi di certificazione volta a rafforzare la stabilità della qualificazione certificata.

Non vi è, dunque, come è stato osservato, una sostanziale differenza tra il contenuto logico-giuridico dell'atto di certificazione e l'accertamento della qualificazione del rapporto contenuta nella sentenza: l'uno e l'altro sono espressione della discrezionalità che caratterizza l'attività interpretativa e che inerisce all'impiego dei principi ricavati dalla legge per qualificare la natura subordinata o autonoma dell'attività lavorativa<sup>79</sup>.

La qualificazione del programma negoziale risulta, quindi, interamente ascrivibile alla commissione di certificazione, la quale "guiderà" i contraenti verso la tipologia negoziale corretta, ovvero, in caso di dissenso, negherà la certificazione.

Ai sensi dell'art. 76, comma 1, del d.lgs. 276/03, come "corretto" dal d.lgs. 251/04, sono abilitate alla certificazione dei contratti di lavoro apposite Commissioni istituite presso:

- a) gli enti bilaterali;
- b) le Direzioni provinciali del lavoro e le Province;
- c) le Università pubbliche o private, comprese le Fondazioni universitarie.

Elenco a cui più di recente sono stati aggiunti anche:

- d) il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Direzione generale tutela condizioni di lavoro;
- e) i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro (unicamente nell'ambito di intese definite tra il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e il Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro, con l'attribuzione a quest'ultimo delle funzioni di coordinamento e vigilanza per gli aspetti organizzativi, come specificato dal *Collegato lavoro 2010*).

Si tratta di una competenza mista o concorrente (similmente a quanto previsto per la composizione stragiudiziale

<sup>79</sup> E. GHERA, *La certificazione...*, cit., p. 293, chiarisce che «diverso è però l'effetto. La sentenza è essa stessa fonte di qualificazione della fattispecie concreta ed è – come si sa – produttiva di un accertamento non solo *erga omnes* ma altresì definitivo e cioè incontrovertibile. Mentre l'effetto dell'atto di certificazione, oltre a non vincolare le parti, ma soltanto i terzi, non è incontrovertibile, come facilmente si evince dagli artt. 79 e 80 d.lgs. 276/2003 (è questa dunque la differenza sostanziale tra il potere amministrativo di certificazione-qualificazione e il potere giudiziale di qualificazione)».



delle controversie, ove coesistono procedure di conciliazione sindacale ed in sede amministrativa), avendo il decreto delegato confermato quanto già enunciato dalla legge 30/03 relativamente alla legittimazione alternativa dei vari organi, le cui competenze non sono, però, del tutto sovrapponibili.

Pertanto, (a livello esemplificativo) secondo il combinato disposto degli artt. 76, 81, 82 e 83 del decreto, gli enti bilaterali potranno certificare il rapporto di lavoro e le rinunzie e le transazioni *ex art. 2113 c.c.*, ma non gli atti di deposito dei regolamenti interni delle cooperative; le Commissioni provinciali potranno certificare il rapporto di lavoro e gli atti di deposito dei regolamenti interni delle cooperative (ma non le rinunzie e le transazioni); infine, le sedi universitarie potranno certificare solamente i rapporti di lavoro (ma non le rinunzie e le transazioni, né gli atti di deposito dei regolamenti interni delle cooperative)<sup>80</sup>.

I primi (secondo l'ordine di elencazione del dettato normativo) organi abilitati alla certificazione sono gli enti bilaterali<sup>81</sup>, definiti dallo stesso decreto, all'art. 2, comma 1, lett. *b*), come «gli organismi costituiti ad iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, quali sedi privilegiate per la regolazione del mercato del lavoro».

Rispetto alla formulazione originaria del disegno di legge, nella legge delega e nel successivo decreto di attuazione è stato

<sup>80</sup> A. TURSI, *op. cit.*, ha evidenziato le numerose perplessità nascenti dalla previsione di una pluralità di sedi ove attivare il procedimento, giacché proprio per le sue finalità la certificazione richiederebbe una rigorosa uniformità di giudizi e criteri valutativi. Sul punto, M.G. GAROFALO, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in P. Curzio, *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, 2004, ha sottolineato come la facoltà di scelta dei privati fra una pluralità di sedi di certificazione tenderà a produrre una maggiore disponibilità a certificare quanto il soggetto forte del rapporto vorrà.

<sup>81</sup> La previsione di un potere di certificazione con risvolti di natura pubblica in capo agli enti bilaterale ha suscitato in dottrina notevoli discussioni e riserve. Si veda per tutti L. MARIUCCI, *Interrogativi sugli enti bilaterali*, in *LD*, 2003, pp. 163 e ss.

inserito il termine “più”, la cui mancanza aveva la finalità di estendere l’ambito dei soggetti, con la possibilità di creare enti costituiti da associazioni poco rappresentative proclivi a certificazioni di nessun peso giuridico, utilizzate come salvacondotto per legalizzare, nei limiti consentiti dalle certificazioni, situazioni irregolari<sup>82</sup>.

Il pericolo di una scarsa rappresentatività dei soggetti sindacali previsti dal disegno di legge (con chiara finalità di minare la forza e il consenso dei sindacati maggiori e di legittimare associazioni di scarso rilievo<sup>83</sup>) sembrerebbe, quindi, essere stato evitato con il ritorno alla formulazione tradizionale del soggetto comparativamente più rappresentativo<sup>84</sup>, nozione divenuta – per quanto controversa – consueta nel nostro ordinamento ed ampiamente utilizzata anche dal legislatore delegato<sup>85</sup>.

La selezione appare, infatti, finalizzata, nel caso di specie, ad individuare quelle tra le organizzazioni sindacali e datoriali che, essendo dotate rispetto ad altre – in quanto rappresentative – di maggiore autorevolezza, dovrebbero essere in grado, una volta abilitate ad istituire le relative Commissioni, di indirizzare le parti verso una qualificazione corretta dei contratti di lavoro, rilasciando certificazioni attendibili<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Così, E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 531.

<sup>83</sup> P.G. ALLEVA, A. ANDRONI, V. ANGIOLINI, F. COCCIA, G. NACCARI, *La delega al governo per il mercato del lavoro: un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti*, in [www.cgil.it/giuridico/PoliticheDiritti/Dirittodellavoro/Librobianco](http://www.cgil.it/giuridico/PoliticheDiritti/Dirittodellavoro/Librobianco), p. 8.

<sup>84</sup> V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, 2, p. 280.

<sup>85</sup> La comparazione andrà operata sulla base degli indici tradizionalmente assunti, dall’elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale, come tipici della nozione di “maggiore rappresentatività” contenuta nell’art. 19 dello St. Lav., prima dell’abrogazione referendaria: consistenza numerica, diffusione su territorio, partecipazione effettiva, continuità e sistematica alle dinamiche contrattuali e rivendicative. Sulla nozione di “sindacato comparativamente più rappresentativo”, si veda G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2001, p. 75.

<sup>86</sup> S. GANDI, *op. cit.*, p. 494. Tuttavia sull’attendibilità del criterio selettivo è stata sollevata più di una perplessità. Segnatamente si veda, sia V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, p. 280, secondo cui «è noto che da parte della CGIL vi è opposizione alla estensione delle competenze di questi enti, con particolare riferimento, però, alle ipotesi

Il legislatore dell'epoca non ha stabilito, invece, l'ambito territoriale degli enti bilaterali (che potrebbero anche essere locali), lasciando sul punto piena discrezionalità al Governo<sup>87</sup>.

Si tratta, dunque, di associazioni non riconosciute *ex art.* 36 c.c., di associazioni sindacali e datoriali. Organi comuni delle due parti sociali cui la legge assegna funzioni di governo del mercato del lavoro, realizzando una vera e propria "istituzionalizzazione del ruolo pubblico del sindacato attraverso il riconoscimento degli enti bilaterali"<sup>88</sup>.

in cui si intenda affidare a tali strutture il potere di erogare trattamenti previdenziali o provvidenze economiche. In questo caso invece la riserva descritta non dovrebbe sussistere, visto che gli enti svolgerebbero funzioni di assistenza che non comportano la concessione dei benefici indicati»; sia L. NOGLER, *op. cit.*, p. 4, che sostiene che la trasformazione degli enti bilaterali meriterebbe in realtà di essere indagata in una logica di più lungo periodo e che comunque, per quanto riguarda la certificazione, gli enti bilaterali non dovrebbero gestire una serie di norme dotate di inderogabilità relativa, bensì applicare rigorosamente una serie di fattispecie normative.

<sup>87</sup> L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Il diritto del lavoro dal Libro Bianco al Disegno di Legge Delega 2002* (a cura di F. Carinci, M. Moscone), Milano, 2002, pp. 3-4. Sul punto, si v. più diffusamente G. FONTANA, *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema* (a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli), Napoli, 2003, pp. 311 e ss., il quale evidenzia come, da un lato, il decreto legislativo sembra optare per un'auto-determinazione delle parti collettive, ai fini dell'individuazione degli ambiti di riferimento degli enti bilaterali, dall'altro stabilisce entro quali limiti questa libertà vada esercitata. Pertanto, il rinvio alle parti collettive della determinazione del livello territoriale, comporterebbe un implicito riferimento all'area o categoria professionale propria del contratto collettivo. Per evitarsi conflitti di competenza e concorrenza tra gli enti, l'A. suggerisce di interpretare la disciplina nel senso che gli enti bilaterali, sono istituiti a livello territoriale, *ovvero* a livello nazionale e in questo caso il d.lgs. autorizza le commissioni insediate a questo livello (e solo quelle) a svolgere funzioni certificatorie.

<sup>88</sup> E. GHERA, *La certificazione...*, cit., p. 280, il quale nota, altresì, delle analogie con la conciliazione stragiudiziale, con l'importante differenza, però, che nella conciliazione l'assistenza è unilaterale in quanto è prestata a ciascuna delle parti della controversia dalla propria organizzazione e riguarda la disposizione dei diritti acquisiti dal lavoratore. Nella certificazione, invece, l'assistenza è bilaterale essendo prestata da un organo terzo quale è la commissione sia in sede amministrativa sia in sede di ente bilaterale; e soprattutto riguarda non la disposizione di diritti ma l'instaurazione del rapporto e quindi la attribuzione dei diritti e degli obblighi che ne derivano e delle conseguenti tutele tra le parti contraenti.

L'attribuzione a tali enti del potere di certificazione, secondo alcuni autori<sup>89</sup>, sarebbe stata giustificata dal fatto che, in una realtà contemporanea caratterizzata dalla nascita di nuovi lavori e dall'evoluzione e trasformazione di quelli più tradizionali, le parti sociali avrebbero potuto rappresentare i soggetti più adatti a seguire questi cambiamenti. Gli enti, pertanto, svolgerebbero il compito di definire i casi dubbi.

In realtà, è appena il caso di far notare come, anche per espressa disposizione della normativa, gli enti bilaterali non dispongono in alcun modo del potere di svolgere "attività creativa", dal momento che interpretano solo un dato normativo (limitandosi ad una funzione sussuntiva tradizionale), rifacendosi al più a indici giurisprudenziali allo scopo predisposti; inoltre, difficile non sottolineare la limitata competenza tecnica di tali enti relativamente a funzioni di interpretazione del dato normativo e del suo conseguente adattamento al caso concreto, attività che richiedono certamente una notevole competenza specifica, che, proprio per questo motivo, da sempre è attribuita all'autorità giudiziaria<sup>90</sup>.

Se questo è vero, dunque, colpisce ancor di più la scelta del legislatore, che non ha previsto alcuna verifica del grado di competenza tecnico-giuridica di chi, per conto dell'ente bilaterale, dovrà fare parte delle commissioni<sup>91</sup>, con l'evidente rischio di avallare certificazioni "al ribasso"<sup>92</sup>, prive di effettiva attendibilità tecnico-giuridica e concesse in forza di uno scambio di natura eminentemente politico-sindacale.

Ugualmente, seri dubbi di adeguatezza, in quanto ritenute inadatte a svolgere attività che richiedono l'impiego di meto-

<sup>89</sup> Per tutti, M. TIRABOSCHI, *Le procedure di certificazione...*, cit., p. 126.

<sup>90</sup> V. SPEZIALE, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276* coordinato da F. Carinci (a cura di P. Bellocchi, F. Lunardon, V. Speziale), Milano, 2003, p. 164.

<sup>91</sup> M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Lavoro e diritti dopo il Decreto Legislativo 276/2003*, (a cura di Curzio), Bari, 2004, p. 429.

<sup>92</sup> L. NOGLER, *La certificazione nei contratti di lavoro*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2003, 23, p. 41.

dologie giuridiche e strumenti tecnici dei quali non sono in possesso, sono stati avanzati anche nei confronti di altri soggetti, previsti dalla lett. b) dell'art. 76 richiamato, segnatamente in riferimento alle Province, in quanto considerate certamente prive di esperienze specifiche connesse alle controversie di lavoro e, ancor più, alla qualificazione della natura giuridica dei contratti<sup>93</sup>.

Nessun dubbio, invece, sulla competenza in materia maturata in attività pluriennale dalle Direzioni provinciali del lavoro, per le quali il legislatore ha affidato ad un apposito decreto ministeriale la concreta determinazione delle funzioni.

In merito alla scelta rimane un'unica perplessità: come mai il legislatore delegato abbia deciso di attribuire la funzione di certificazione a un soggetto – quale appunto la DPL – che, dopo l'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione delle controversie in materia di lavoro, è stato sottoposto ad un notorio sovraccarico di lavoro<sup>94</sup>.

Per quanto riguarda le Università, l'art. 76 lett. c) prevede che commissioni di certificazione possono essere costituite in seno alle Università, pubbliche e private, comprese le Fondazioni, purché abbiano ottenuto regolare registrazione presso un apposito albo, istituito presso il Ministero del lavoro. Inoltre, al fine di ottenere tale registrazione, le Università sono tenute ad inviare all'atto della registrazione, ogni sei mesi, «studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro con riferimento a tipologie indicate dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali».

<sup>93</sup> Tra gli altri, cfr. P. TULLINI, *Certificazione dei contratti di lavoro*, Artt. 75-81, in *La riforma del mercato del lavoro e nuovi modelli contrattuali* (a cura di E. Gragnoli, A. Perulli), Padova, 2004, pp. 831-833. Secondo L. NOGLER, *op. cit.*, p. 36, il richiamo alle province può essere giustificato solo se si vuole ritenere che l'intento legislativo fosse rivolto a coinvolgere i centri per l'impiego, che, costituiti nell'ambito di questo ente territoriale, svolgono funzioni relative al collocamento, all'avviamento, alla preselezione tra domanda e offerta di lavoro.

<sup>94</sup> L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, 3, p. 112.

La scelta operata dal Governo ha nell'immediato riscosso più critiche che consensi<sup>95</sup>.

Infatti, se certamente non può dubitarsi circa la competenza tecnico-giuridica di tali soggetti, lascia perplessi la scelta di limitare i soggetti idonei ai soli docenti di diritto del lavoro (considerata la possibilità di far certificare anche gli effetti fiscali del contratto, spesso ignoti ai giuslavoristi<sup>96</sup>), già in numero esiguo per svolgere le normali funzioni didattiche e certamente non sufficienti a sostenere l'impegno richiesto ad una commissione di certificazione.

Inoltre, inevitabile rischio consiste in un palese conflitto di interessi: è, infatti, quanto meno inopportuno che il contratto redatto da un professore professionista per un cliente possa poi essere certificato dallo stesso soggetto o da un suo collega<sup>97</sup>.

Con la legge finanziaria per l'anno 2006 sono state, inoltre, previste altre due nuove sedi competenti: il Ministero del lavoro e delle politiche Sociali e i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro.

All'interno del Ministero del lavoro, la Commissione deve essere istituita presso la direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro e può operare solo in due ipotesi: quella in cui il datore istante abbia le proprie sedi di lavoro in almeno due province anche di regioni diverse e quella in cui il datore abbia una sola sede di lavoro, ma sia associato ad organizzazioni imprenditoriali che abbiano predisposto, a livello nazionale, schemi di convenzioni certificati dalla commissione di certificazione istituita presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

La stessa normativa precisa che l'istituzione di dette commissioni deve avvenire nell'ambito delle risorse umane e strumentali già operanti presso la Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro.

<sup>95</sup> L. NOGLER, *op. cit.*, p. 901.

<sup>96</sup> *Idem*, p. 900.

<sup>97</sup> Studio TOFFOLETTO, «Scommessa» sulla certificazione, in *Il Sole 24 Ore*, 6 settembre 2003, p. 18.

L'intento perseguito dal legislatore con l'individuazione di tale nuova sede sembrerebbe essere quello di superare il limite operativo delle commissioni costituite presso le DPL, le quali hanno, invece, una competenza territoriale limitata. Secondo alcuni autori, inoltre, ulteriore motivazione, che giustificerebbe tale inserimento, sarebbe da rinvenire nella possibile funzione di coordinamento che la commissione del Ministero può effettuare rispetto all'attività di certificazione svolta dalle amministrazioni locali<sup>98</sup>.

Infine, con l'inserimento della lettera *c-ter*) al primo comma dell'art. 76 d.lgs. 276/03, sono stati inseriti nell'elenco degli organi abilitati alla certificazione i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro.

Queste commissioni sono abilitate a certificare solo contratti stipulati nell'ambito territoriale di riferimento e – a seguito delle più recenti modifiche apportate dalla l. n. 183 del 2010, cd. Collegato lavoro – «unicamente nell'ambito di intese definite tra il Ministero del lavoro e il Consiglio Nazionale dei consulenti del lavoro, con l'attribuzione a quest'ultimo delle funzioni di coordinamento e vigilanza per gli aspetti organizzativi».

La finalità perseguita dal legislatore, in questo caso, è, secondo alcuni commentatori<sup>99</sup>, da individuare nell'opportunità di introdurre una sede di certificazione idonea a dare adeguato sbocco alla professionalità e alla specializzazione della categoria prescelta; secondo altri, invece, in tal modo «la funzione pubblica della certificazione viene affidata ad organismi di auto-governo 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»<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> F. PASQUINI e M. TIRABOSCHI, *La certificazione dopo il Collegato lavoro (l. 183/2010)*, Gruppo *Il Sole 24 Ore*, Milano, 2011, p. 65.

<sup>99</sup> F. PASQUINI e M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 23.

<sup>100</sup> L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2010, n. 102, *passim*.

Di fronte a questa pluralità di possibili Commissioni è stato più volte paventato un ulteriore pericolo, cioè quello dell'assenza di una reale uniformità decisionale, che potrebbe far degenerare il sistema verso certificazioni facili, se non superficialmente rese e dannose per entrambe le parti, trasformando l'aspirazione dell'istituto, volto alla deflazione del contenzioso, in un improponibile strumento diretto all'ulteriore inutile appesantimento dell'*iter* processuale, così snaturando la certificazione in denegata giustizia.

A tale scopo, alcuni autori – già all'indomani del d.lgs. 276/03 – hanno ipotizzato di realizzare “commissioni unitarie” di certificazione, nella prospettiva di “amalgamare” in un unico soggetto una rigorosa padronanza della tecnica giuridica e l'attitudine a capire i reali interessi sottesi al singolo caso concreto<sup>101</sup>.

In tal modo, infatti, non solo si garantirebbe una maggiore uniformità nelle decisioni, ma si potrebbe anche favorire una compensazione delle mancanze imputabili ai singoli soggetti, superandosi, così, il palese problema del *deficit* di garanzia di competenza tecnica di talune delle commissioni prefigurate dal decreto legislativo<sup>102</sup>.

Tuttavia, tale possibilità, prevista dall'ultimo comma dell'art. 76, è rimasta su un piano generico, in quanto la disposizione ha ommesso di indicare le modalità di costituzione e i criteri interni di funzionamento delle commissioni unitarie, il peso ponderale di ciascuno dei soggetti abilitati a parteciparvi, né vi è stato alcun riferimento di raccordo ai criteri di competenza previsti dal successivo art. 77, d.lgs. 276/03.

Nonostante questo complicato e, almeno apparentemente, molto ponderato sistema, volto a garantire una concreta effettività all'attività certificatoria, svolta dagli organi descritti, l'istituto in esame ha sempre scontato gli ineludibili effetti di un impedimento difficilmente superabile sul piano dell'efficacia.

<sup>101</sup> R. SCIOTTI, *op. cit.*, p. 40.

<sup>102</sup> L. NOGLER, *op. cit.*, p. 901.



Si tratta dell'impossibilità per il legislatore di praticare operazioni di qualificazione *a priori* del "tipo" e del "sottotipo" negoziale (imponendo così alle parti di dedurre nel regolamento negoziale una certa fattispecie cui ricondurre i relativi effetti) sia in maniera diretta, che mediata, delegando cioè a terzi (nella specie gli elencati organi di certificazione) la potestà di conferire una sorta di *imprimatur* ad una certa fattispecie, previamente prescelta dalle parti (magari con l'assistenza dello stesso organo certificatore), in modo tale da rendere l'opzione immune da successive difformi operazioni qualificatorie di matrice giurisprudenziale<sup>103</sup>.

4. *Rimedi esperibili contro l'atto certificato e sua efficacia.* – Secondo il Decreto Ministeriale del 21 luglio 2004, intervenuto sulla certificazione presso le DPL e le province, l'attività di qualificazione, cui le commissioni sono preposte, viene descritta nei termini di un procedimento funzionale alla "correttezza del contratto scelto dalle parti", ovvero della conformità della volontà delle parti al reale assetto negoziale. Il procedimento presuppone, con ogni evidenza, un'attività interpretativa da parte della Commissione certificatrice volta a qualificare giuridicamente il rapporto sulla base della volontà negoziale delle parti, dell'assetto negoziale, eventualmente delle modalità di svolgimento della prestazione laddove essa risultasse già avviata.

Tale attività interpretativa, però, richiama inevitabilmente il dettato dell'art. 1362 c.c., dal quale si evince che l'interpretazione di un contratto impone di considerare la comune intenzione delle parti, desumibile, non tanto dal mero dato letterale del dettato negoziale, quanto dal comportamento complessivo tenuto dalle parti, anche se posteriore alla conclusione del contratto.

<sup>103</sup> G. RICCI, *La certificazione del contratto di lavoro: obiettivi, potenzialità e limiti*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema* (a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli), Napoli, 2003, pp. 329-330.

Sta di fatto, però, che l'istituto della certificazione, così come costruito dal legislatore delegato del 2003, sembrerebbe rappresentare uno strumento di qualificazione *ex ante*, al quale le parti possono accedere solo contestualmente alla stipula del contratto.

Pertanto, l'organo preposto sarebbe tenuto a qualificare il rapporto costituendo esclusivamente sulla base del senso letterale e della volontà delle parti espressa all'atto di stipula del contratto, non potendo viceversa disporre di alcun riferimento in merito al concreto atteggiarsi del rapporto<sup>104</sup>.

Questa interpretazione della disciplina certificatoria, che contribuisce a rafforzare le numerose critiche mosse all'istituto in esame, sembrerebbe comprimere indirettamente la portata dell'art. 1362 c.c., con il rischio di far emergere ulteriori profili di incostituzionalità dell'istituto, laddove il precetto codicistico impone di superare l'esegesi letterale e considerare il comportamento delle parti, senza alcuna preclusione alla valutazione dei principi attuativi del contratto non ancora eseguito<sup>105</sup>.

Un simile problema interpretativo potrebbe essere superato ammettendosi l'operatività dell'istituto anche qualora il rapporto di lavoro sia in corso di esecuzione.

La certificazione *ex post* determinerebbe, infatti, la possibilità per le parti di rivolgersi alla commissione anche nel caso di dubbi sulla natura giuridica del contratto, oppure nel caso in cui si vogliano apportare modifiche alle condizioni di svolgimento del rapporto, con la conseguente possibilità di mutare anche la qualificazione giuridica della fattispecie.

In questi casi la commissione di certificazione potrebbe disporre di elementi ulteriori, che discendono dal concreto atteggiarsi del rapporto, per espletare la procedura di certificazione, senza incorrere in violazioni dell'art. 1362, comma 2, c.c.

<sup>104</sup> V. BRINO, *op. cit.*, p. 10.

<sup>105</sup> E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione tra autonomia e subordinazione*, in *RGL*, 2004, 4, p. 543, il quale chiarisce che, così costruita, la disciplina della certificazione priverebbe di fatto l'interprete dei criteri indicati nell'art. 1362 c.c.

Quest'ultimo orientamento<sup>106</sup>, però, seppure più razionale e certamente più idoneo a realizzare lo scopo deflattivo prefissato dal legislatore<sup>107</sup>, non sembra sufficientemente sostenuto dal dato letterale della normativa, nell'ambito della quale, peraltro, è lo stesso legislatore dell'epoca a preoccuparsi di individuare espressamente un solo caso di certificazione *postea* nell'ipotesi relativa all'appalto *ex art. 84 d.lgs. 276/03*<sup>108</sup>.

Secondo il dato testuale, dunque, la certificazione si risolve in una "dichiarazione d'inizio"<sup>109</sup> di un determinato rapporto giuridico, avente ad oggetto il lavoro. Talché, nell'ambito di una procedura dai contorni sfumati (e per alcuni versi ancora solo abbozzati<sup>110</sup>), l'ipotesi *standard*, cui sembra rinviare il legislatore, è quella di una certificazione *ex ante*, effettuata quando il rapporto non ha ancora avuto inizio.

<sup>106</sup> Sostenuto tra gli altri da V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in RGL, I, pp. 271; nonché L. DE ANGELIS, *Contratti di lavoro a progetto: rilievi in tema di certificazione dopo il decreto n. 251 del 2004*, in FI, 2004, p. 49.

<sup>107</sup> È indubitabile, infatti, che accedendo a questa tesi la certificazione meglio si sposerebbe con le finalità dell'istituto, dal momento che il contenzioso sulla qualificazione dei contratti di lavoro emerge prevalentemente a fronte della difformità tra il contenuto contrattuale e le modalità di attuazione del rapporto.

<sup>108</sup> L. NOGLER, *La certificazione dei contratti...*, cit., p. 887, precisa che «sarebbe stato, al contrario, necessario, sulla scorta del modello tedesco in cui la certificazione *ex post* rappresenta la regola, predisporre una serie di accorgimenti regolativi e organizzativi *ad hoc*. Ad esempio, si sarebbe dovuto chiarire che si può certificare *postea* solo allorché il rapporto di lavoro non sia già stato oggetto, non solo di un accertamento giurisdizionale, ma neppure di un'ispezione o di un'altra procedura amministrativa gestita dall'Inps o da una diversa autorità pubblica».

<sup>109</sup> Sul punto cfr. M. RUSCIANO, *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, in *Mercato del Lavoro...* (a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli), *op. cit.*, p. 344, secondo cui «l'auspicato effetto deflattivo ci potrebbe essere se si prevedesse, poniamo, anziché una certificazione *ex ante*, un altro istituto, che potremmo definire della 'verificazione', da utilizzare *ex post*, cioè alla fine del rapporto, per accertare l'effettivo andamento (...)».

<sup>110</sup> Sul punto si consenta il rinvio ad A. AVONDOLA, *Certificazione e legittimità costituzionale*, cit., p. 307, in riferimento all'eccessiva indeterminazione della norma e ai conseguenti rischi di incostituzionalità *ex art. 76 Cost.*

In questo caso al certificatore non resta un reale spazio di verifica delle dichiarazioni delle parti, dovendosi limitare a prenderne atto; al contrario, unico soggetto cui resta attribuito il potere interpretativo e qualificatorio previsto *ex art.* 1362 c.c. è il giudice, a cui le parti dovranno necessariamente rivolgersi allorché intendano impugnare l'atto certificato.

Relativamente ai rimedi azionabili contro l'atto certificato, l'art. 5, lett. e), della Legge Delega 14 febbraio 2003 n. 30, prevedeva la "piena forza legale" del contratto certificato non impugnabile in giudizio se non in caso di erronea qualificazione del rapporto, o in caso di difformità tra il programma negoziale concordato e quello effettivamente realizzato.

Sul punto, numerosi autori<sup>111</sup> avevano sollevato dubbi di legittimità costituzionale, sia in riferimento all'art. 24 Cost., che esclude ogni possibilità di limitare il diritto di azione, anche previa riduzione delle ipotesi in cui ricorrere alla magistratura, sia segnatamente all'art. 102 Cost., a norma del quale la funzione giurisdizionale deve essere svolta da magistrati ordinari istituiti dall'ordinamento giudiziario, con l'ulteriore esclusione di giudici straordinari o speciali.

Nel medesimo art. 5, inoltre, come già in precedenza precisato, venivano individuate due sole ipotesi di impugnazione<sup>112</sup>,

<sup>111</sup> Tra gli altri, cfr. V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 191 e ss.; M. G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro prime osservazioni*, in *RGL*, 2003, 2, p. 378; A. TURSI, *op. cit.*, p. 25; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *GDLRI*, 2004, n. 102, p. 15; L. DE ANGELIS, 2002, *op. cit.*, p. 96; nonché A. AVONDOLA, *op. cit.*, p. 308.

<sup>112</sup> A. TURSI, *op. cit.*, p. 28, rileva il «drastico ridimensionamento del grado di immunità giudiziaria che originariamente si era immaginato di attribuire all'istituto: si è passati, infatti, dalla non impugnabilità dell'atto certificato se non per vizi del consenso, secondo il "progetto Biagi" del 1998 (art. 38, comma 1, lett. c); alla non impugnabilità "se non in caso di erronea qualificazione del programma negoziale...e di difformità tra il programma negoziale effettivamente realizzato e quello concordato in sede di certificazione", alla stregua della legge delega (art. 5 comma 1, lett. e); per giungere all'art. 80 del decreto delegato alla impugnabilità, oltre alle ipotesi precedentemente elencate, anche per violazione del procedimento e per eccesso di potere, dinanzi al giudice amministrativo».

non essendovi spazio nel disposto normativo per denunciare eventuali vizi della volontà (diversi dall'errore) nella formazione del convincimento dell'organo certificante o per contestare eventuali violazioni della procedura di certificazione<sup>113</sup>.

Proprio questa riduzione del potere di "*agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*" poneva la legge delega in evidente contrasto con l'art. 24 Cost., restringendo illegittimamente il ricorso al giudice ai soli due casi: *a*) dell'"erronea qualificazione del programma negoziale", senza, peraltro, ulteriormente chiarire se si trattasse di "errore di diritto" (cioè la "falsa rappresentazione circa l'esistenza, l'applicazione e la portata di una norma giuridica..."<sup>114</sup>), o di "errore di fatto" (connesso alle caratteristiche materiali del rapporto di lavoro per il quale viene richiesta la certificazione o, anche, al giudizio di sussunzione della fattispecie concreta nella ipotesi astratta prevista da una disposizione di legge); *b*) del caso di "difformità tra quanto definito contrattualmente dalle parti (e convalidato dal certificatore) e la dinamica reale del rapporto".

Inoltre, alla lettera *f*) del medesimo art. 5, si prevedeva che: «gli effetti dell'accertamento svolto dall'organo preposto alla certificazione permangano fino al momento in cui venga provata l'erronea qualificazione... o la difformità tra programma negoziale e programma attuato»<sup>115</sup>.

La lettera della disposizione sembrava affermare che l'eventuale accertamento giudiziale di una natura del rapporto differente da quella di origine certificata potesse avere effetto solo dal momento dell'accertamento stesso e cioè per il futuro e non per il passato.

<sup>113</sup> Sul punto si veda V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro; funzioni ispettive e controversie di lavoro*, Atti del Seminario su "La nuova legge sul mercato del lavoro", Roma 5 febbraio 2003, p. 4.

<sup>114</sup> Per tutte, v. Cass. 1.3.1995, n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2438.

<sup>115</sup> Sul punto, cfr. anche U. GARGIULO, *Natura ed effetti del negozio certificato*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema* (a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli), Napoli, 2003, pp. 321 e ss.

Una simile interpretazione legittimava impropriamente l'atto di certificazione a disporre del tipo contrattuale effettivamente concordato tra le parti, prospettandosi un ulteriore contrasto con l'art. 102 Cost.<sup>116</sup>.

Onde evitare tali marchiani rischi di incostituzionalità, un orientamento interpretativo più elastico, teso ad avallare una lettura meno rigida della previsione legislativa, sin da subito, pose in evidenza il probabile scopo del legislatore, diretto, piuttosto, ad arginare eventuali iniziative "aggressive" messe in moto da parte di istituti previdenziali. L'intento sarebbe stato, dunque, quello di ritardare l'emissione di provvedimenti da parte dei suddetti enti, posti sostanzialmente in una situazione di *stand-by*<sup>117</sup>.

Con il successivo Decreto delegato del 2003, ampiamente influenzato dalle numerose critiche avanzate in merito alla precedente legge delega, sotto la spinta dei richiamati dubbi di legittimità costituzionale, il nuovo legislatore ha ritenuto opportuno prendere in considerazione i suggerimenti già da tempo rivoltigli dalla dottrina<sup>118</sup>.

Esclusa, perciò, dall'art. 79 del d.lgs. 276/03, la precedente formula, rinvenibile nella legge delega, che attribuiva al contratto certificato "piena forza di legge"<sup>119</sup>, il legislatore ha cercato di chiarire – seppure con scarso risultato – quale sia l'"efficacia giuridica della certificazione", limitandosi ad esplicitare, però, che gli effetti del negozio certificato «...permanono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto con sentenza di merito uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili...», lasciando di tal guisa irrisolta ed equivoca la problematica relativa all'efficacia da attribuirsi alla certificazione,

<sup>116</sup> L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, 3, p. 116.

<sup>117</sup> Cfr. L. NOGLER, *La certificazione nei contratti di lavoro*, in *Guida lav.*, 2003, n. 10, p. 16.

<sup>118</sup> Cfr. *supra* par. 2.

<sup>119</sup> A. AVONDOLA, *op. cit.*, p. 309.

ormai orfana di una già deplorata “forza legale” a forte rischio di incostituzionalità *ex art. 24 Cost.*

Il legislatore, in realtà, si è limitato a ribadire che l’atto di certificazione è, quanto agli effetti, un atto attributivo di certezza, nei limiti su indicati, alla qualificazione del contratto operata dai certificatori; e, quanto al contenuto, un giudizio valutativo in ordine alla riconduzione della fattispecie negoziale ad un determinato tipo legale<sup>120</sup>. Infatti, dato che l’unica qualificazione “certa”, in un ordinamento di diritto, è quella giudiziale, la certificazione amministrativa dei contratti di lavoro non può che considerarsi succedanea ed interinale, destinata a fornire certezze solo fino alla qualificazione giudiziale, come una sorta di “presunzione relativa”<sup>121</sup> superabile, ovvero come uno strumento in grado di fornire solo provvisoriamente certezza alle parti contrattuali sulla natura giuridica del rapporto.

Il medesimo art. 79 individua, inoltre, il termine ultimo entro il quale permangono gli effetti della certificazione, la quale risulterà valida sino alla sentenza di merito (superandosi in tal modo i richiamati rischi di contrarietà all’art. 102 Cost.). Anche se resta in dubbio se tale momento debba essere individuato a partire dalla pronuncia della sentenza stessa o dal suo deposito.

In particolare, essendo la decisione, che rileva i profili di illegittimità dell’atto, una sentenza dichiarativa<sup>122</sup>, la pronuncia ha valore retroattivo.

Il successivo art. 80, al comma 1, specifica nuove ipotesi che legittimano il ricorso al giudice ordinario, inserendo, accanto ai casi di errore e di difformità tra programma negoziale certificato e sua successiva attuazione, già previsti nella legge delega, la possibilità di impugnazione dell’atto di certificazione in conseguenza di riscontrati vizi del consenso e introducendo l’ulteriore ricorso dinanzi al TAR per violazione del procedimento e per eccesso di potere.

<sup>120</sup> A. TURSI, *op. cit.*, p. 27.

<sup>121</sup> *Ibidem.*

<sup>122</sup> M.G. GAROFALO, *La legge delega...*, cit., 2003, p. 380-381.

In particolare, per quanto riguarda l'errore, essendo "l'opera del certificatore opera di qualificazione, e quindi di dichiarazione del diritto, e dato che in quest'opera il certificatore può errare"<sup>123</sup>, il legislatore ha previsto la possibilità di inficiare la certificazione del contratto di lavoro sia dinanzi alla giurisdizione ordinaria, sia esperendo ricorso amministrativo dinanzi al tribunale regionale competente.

Le parti, inoltre, possono adire il giudice del lavoro affinché: siano accertate le effettive modalità di lavoro prestato, eventualmente difformi da quanto contrattualmente stabilito dalle parti e così certificato; e siano riscontrabili vizi del consenso volti ad invalidare la manifestazione di volontà espressa dalle parti.

L'accertamento rende, pertanto, nullo il contratto *ab origine*, nel senso che la individuazione della erronea qualificazione opera sin dalla conclusione dell'accordo contrattuale, mentre la difformità tra programma negoziale e la sua effettiva realizzazione ha effetto a partire dal momento in cui la sentenza accerta che ha avuto inizio la difformità stessa. Si tratta, in sostanza, delle stesse conseguenze prodotte dalla decisione del giudice che, in base al concreto svolgimento del contratto, rileva l'insussistenza del lavoro sin dall'inizio del rapporto o da un momento successivo<sup>124</sup>.

La legge nulla dice, invece, sul momento in cui opera la pronuncia del giudice che accerta l'esistenza dei vizi del consenso. Perciò, in merito, in base ai principi generali, si deve ritenere che la decisione che accerta il dolo o la violenza o l'errore agisce sul contratto ed è emessa per effetto di un'azione di annullamento *ex art. 1427 c.c.* In questo caso, quindi, la sentenza avrà natura costitutiva ed i suoi effetti retroagiranno al momento in cui il negozio o l'atto si è costituito<sup>125</sup>.

<sup>123</sup> A. GENTILI, *La certificazione dei rapporti di lavoro: tra verità e accordo*, in *Studi in onore di Giorgio Grezzi*, Cedam, 2005, p. 803.

<sup>124</sup> *Ibidem*.

<sup>125</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 198.



Appare chiara, a tal punto, la situazione paradossale in cui si dibatte l'istituto della certificazione, soffocato da un evidente rapporto inversamente proporzionale tra utilità del sistema certificatorio e legittimità costituzionale, dal momento che il necessario rispetto dei vincoli costituzionali ha impedito al legislatore di attribuire alla certificazione un'efficacia preclusiva dell'azione giudiziaria.

Infatti, ove si volesse attribuire piena forza legale al sistema delle certificazioni dei rapporti di lavoro, per dare compiuta attuazione alla relativa disciplina, di fatto verrebbe vanificata la possibilità di ricorso al giudice naturale, violandosi palesemente anche l'art. 111 Cost., che afferma, invece, come la giurisdizione debba essere attuata attraverso il giusto processo<sup>126</sup>.

Quindi, non riconoscendosi più l'efficacia vincolante, la certificazione sembrava irrimediabilmente confinata in una sorta di parere *pro veritate*, per di più monco, in quanto l'organo abilitato era impossibilitato a considerare gli elementi di giudizio ricavabili dallo svolgimento effettivo del rapporto<sup>127</sup>.

5. *Presunta inutilità della certificazione.* – L'assoluta incapacità della certificazione a costituire una soluzione definitiva per la qualificazione dei rapporti di lavoro ha indotto la maggior parte dei primi commentatori a formulare un giudizio lapidario sulla effettiva utilità dell'istituto.

Il legislatore del 2003, infatti, come già chiarito, ha ritenuto opportuno – effettuando una vera e propria “conversione” rispetto ai propositi originariamente annunciati – allinearsi rigorosamente alla impostazione espressa dalla Corte Costituzionale in materia di indisponibilità del tipo contrattuale, precludendo qualsiasi possibilità di introdurre elementi

<sup>126</sup> L. NOGLER, *op. cit.*, p. 10.

<sup>127</sup> M.G. GAROFALO, *op. cit.*, p. 382.

di articolazione e di elasticità negoziale nella regolamentazione dei rapporti di lavoro<sup>128</sup>.

Sin dai primi commenti alla legge, infatti, era stato rilevato come la certificazione non potesse in alcun caso avere valore vincolante per il giudice investito della qualificazione del rapporto. Tant'è che già in passato erano state accantonate, a ragion veduta, iniziative che ipotizzavano l'intervento diretto del legislatore sulla qualificazione di fattispecie concrete, tali da invadere l'area propria delle competenze dell'autorità giurisdizionale<sup>129</sup>.

L'esclusiva competenza del giudice del lavoro, in merito alla determinazione della natura giuridica dei rapporti, a pena di illegittimità, è stata più volte ribadita dalla Corte Costituzionale, con le note sentenze nn. 121/93 e 115/94<sup>130</sup>, secondo cui, sulla base del disposto dell'art. 102 Cost., «non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura... e, a maggior ragione, non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere, direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale la applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità propri del rapporto di lavoro subordinato»<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> G. FERRARO, *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 30/2005, p. 13.

<sup>129</sup> V. E. GHERA, *op. cit.*, p. 528.

<sup>130</sup> Cfr. Corte Cost. 31.3.1994, n. 115, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2656; v. anche Corte Cost. 29.3.1993, n. 121, *idem*, 1993, I, p. 2432.

<sup>131</sup> Secondo V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti...*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, 2, p. 304, «dalle sentenze della Corte sarebbe desumibile soltanto una indisponibilità "relativa" e non "assoluta" del tipo negoziale. Il che non escluderebbe, quindi, la facoltà del legislatore di attribuire a un organo amministrativo o sindacale il potere di certificare l'esistenza di contratti di lavoro corrispondenti alla diversa nozione di subordinazione enucleata (e fermo restando il limite di non poter negare, ai rapporti che hanno i caratteri di dipendenza socio-economica, la natura di lavoro subordinato, da cui dipende l'applicazione delle discipline previste dalla carta costituzionale)». Concorda con questa tesi anche G. FERRARO, *Strumenti di qualifica-*

La verifica giudiziaria garantisce, quindi, al giudice un'indagine particolarmente ampia, che non solo potrà concentrarsi sull'attività esperita dagli organi di certificazione e sul conclusivo atto amministrativo di certificazione, ma anche sull'atto negoziale autonomamente predisposto dalle parti, il quale non è in alcun modo suscettibile di resistere alla prova di effettività<sup>132</sup>.

Pertanto, pur assegnando una sorta di "patente di legittimità" ai rapporti di lavoro, che sono oggetto di controversie interpretative, la certificazione porta alla luce una discrasia tra il fine perseguito dal legislatore e la dimensione fattuale del rapporto, trattandosi di uno strumento dotato di efficacia relativa, sul quale prevale sempre il diverso accertamento giudiziale, al punto che risulta impossibile non rilevare il dato parossistico di una normativa, che, volta a semplificare il contenzioso giudiziario, sembra abbia, invece, costruito le premesse addirittura per complicarlo<sup>133</sup>.

Queste prime analisi degli effetti giuridici della certificazione, seppure incontrovertibili nel loro risultato, inducono indubbiamente a confermare il giudizio di sostanziale inutilità

*zione...*, cit., p. 10, per il quale, «il super concetto di subordinazione non risulta incorporato nel testo costituzionale e non ha quella dimensione universalistica ed ontologica che viene attribuita all'elaborazione della Corte. In realtà, nel rispetto degli equilibri istituzionali, il legislatore ordinario può modificare o restringere la nozione di lavoratore subordinato, la può articolare al plurale differenziandone la latitudine in relazione al contenuto produttivo ovvero alle qualità soggettive e professionali dei lavoratori implicati, può modificare i livelli e le tecniche di tutela, può persino concentrarsi in alcuni casi soltanto sul profilo previdenziale, lasciando alle parti negoziali un'ampia autonomia di regolamentazione dei reciproci rapporti. Si tratta evidentemente di scelte di politica del diritto, in ordine alle quali non sembra siano ricostruibili preclusioni istituzionali, almeno così aprioristiche ed ontologiche come quelle attribuite alla Corte».

<sup>132</sup> *Ibidem*. Il medesimo A. rimarca altresì la parallela competenza del giudice amministrativo per quanto concerne la legittimità dell'atto amministrativo autonomamente impugnabile per vizi del procedimento, ovvero per eccesso di potere.

<sup>133</sup> Una complicazione che, per G. FERRARO, *op. cit.*, p. 15, si può spingere sino al punto «da far emergere possibili conflitti di giurisdizione, che com'è noto, sono paralizzanti e difficilmente risolvibili in via definitiva se non in tempi molto posticipati».

dell'istituto, se confrontato con il proclamato obiettivo di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro, e a considerare lo stesso null'altro che "una nuova e fastidiosa complicazione burocratica priva di utilità"<sup>134</sup>.

Nonostante la sostanziale limitata incisività dell'istituto rispetto all'obiettivo di deflazione e prevenzione del contenzioso e di "stabilizzazione" dei contratti di lavoro<sup>135</sup>, testualmente auspicato dal legislatore, alcuni autori<sup>136</sup> hanno tentato un'interpretazione più benevola della certificazione, riconoscendole, comunque, una certa "utilità pratica".

La portata dell'istituto – secondo tali impostazioni – sembra allora soprattutto risiedere nella disposizione dell'art. 79 d.lgs. 276/03, a norma del quale gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto con sentenza di merito il ricorso giurisdizionale, fatti salvi i provvedimenti cautelari.

Il precetto deve essere inteso nel senso che, in presenza di una certificazione del rapporto, gli organi ispettivi previdenziali o fiscali non possono emanare atti amministrativi, quali ordinanze o ingiunzioni, al fine di segnalare alle parti la difformità tra il programma negoziale certificato e l'effettivo svolgimento del rapporto, ma possono solo ricorrere in giudizio ed attendere l'esito dello stesso<sup>137</sup>.

Sulla base di tali considerazioni, l'efficacia della certificazione sarebbe riscontrabile, dunque, proprio nella sua capacità di impedire, temporaneamente, un comportamento delle parti e dei terzi contrastante con la stessa<sup>138</sup>; così che, se è vero che

<sup>134</sup> S. GANDI, *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità e ambiguità*, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, 7, p. 507.

<sup>135</sup> *Idem*, p. 506.

<sup>136</sup> Tra i primi ispiratori di tale orientamento, si veda T. TREU, *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione e arbitrato*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, I, p. 89.

<sup>137</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*; nonché, L. GALANTINO, *I nuovi tipi della subordinazione*, in *D.L.*, 2003, 5, p. 283.

<sup>138</sup> A. IANNIELLO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *D.L. on line*, su *www.di-elle.it*, p. 6, secondo il quale, anche in questo caso, tale interpretazione «non

non è concepibile che la certificazione impedisca l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale, è altrettanto vero che essa è comunque idonea a vincolare *medio tempore*, oltre che le parti del contratto, i soggetti terzi diversi dall'autorità giudiziaria<sup>139</sup>.

Per altri versi, ulteriore salvezza per la certificazione, rispetto alla modestia della valenza giuridica mostrata, è individuabile nella sua potenzialità, eminentemente pratica, di fornire un sostegno, in termini di consulenza e assistenza, alle parti, così da garantirle nella fase di negoziazione e di stipula del contratto di lavoro<sup>140</sup>.

Infatti, l'utilità più immediata della certificazione – secondo questo diverso orientamento “salvifico” dell'istituto – consisterebbe indubbiamente nel contributo tecnico che il *certifier* offre riguardo ai numerosi dubbi giuridici che emergono in sede d'interpretazione dei dati normativi di riferimento<sup>141</sup>.

L'utilità pratica della certificazione, sarebbe, quindi, da ricercarsi nel contributo che la stessa può dare alla chiarezza e certezza dei rapporti, in particolare all'area grigia di confine tra lavoro autonomo e subordinato<sup>142</sup>.

A confermare tale specifica valenza attribuita alla certificazione (che comunque, ad avviso di chi scrive, non è sufficiente a superare il giudizio negativo legato all'istituto) sono intervenuti i risultati relativi al primo bilancio del quadro fattuale de-

ha quasi alcun significato anzitutto tra le parti, comunque tenute, anche senza certificazione e salvo diverso accordo successivo, ad osservare il contratto stipulato, fino a che il giudice non lo qualifichi diversamente, con effetto sui rispettivi obblighi e diritti. Comunque non può pensarsi che la certificazione impedisca la richiesta di decreto ingiuntivo, anch'esso provvedimento giudiziario che pronuncia nel merito della controversia, suscettibile di diventare definitivo se non impugnato e quindi equiparabile alla sentenza di merito che per legge travolge la certificazione». Tanto vale anche per i terzi, per i quali vale ugualmente «la possibilità di richiedere al giudice l'emissione del decreto ingiuntivo».

<sup>139</sup> L. NOGLER, *op. cit.*, p. 887.

<sup>140</sup> S. GANDI, *op. cit.*, p. 506.

<sup>141</sup> L. NOGLER, *op. cit.*, p. 893.

<sup>142</sup> T. TREU, *op. cit.*, p. 89.

lineatosi dopo la riforma del 2003<sup>143</sup>, all'esito del quale il dato applicativo ha rivelato un ricorso tutt'altro che elevato all'istituto certificatorio<sup>144</sup>.

Le imprese e le stesse parti sociali si sono dimostrate particolarmente caute, per non dire diffidenti, nel ricorso alle tipologie contrattuali e agli strumenti introdotti dal Decreto legislativo 276/03.

Segnatamente alla certificazione, inoltre, sebbene i dati raccolti non fossero all'epoca ancora sufficienti a tradursi in orientamenti definitivi e di portata generale, appare comunque emblematico che la procedura in questione abbia coinvolto prevalentemente, se non esclusivamente<sup>145</sup>, il lavoro a progetto e che in tutti i casi presi a campione il provvedimento di certificazione sia stato attivato per personale altamente qualificato, che già disponeva, quindi, di tutte le informazioni necessarie relativamente alle condizioni di lavoro applicate al rapporto costituendo.

L'efficacia della certificazione sembra, pertanto, inevitabilmente degradata ad una mera funzione "assistenziale" delle parti nell'elaborazione del programma negoziale, che potrebbe però contribuire, almeno in parte, al superamento dell'asimmetria informativa che endemicamente caratterizza i rapporti nel diritto del lavoro. Il lavoratore, potrà, infatti, ricevere informazioni in ordine ai propri diritti ed obblighi, alla possibilità di ottenere in sede giudiziale una diversa qualificazione del contratto di lavoro ed ai presupposti cui tale giudizio rimane subordinato e, acquisendo maggiore consapevolezza, sarà meno

<sup>143</sup> Sulla base di dati raccolti nell'ambito di un'indagine condotta dal gruppo di ricerca coordinato dal prof. Mariucci dell'Università di Venezia, volta a verificare lo stato di attuazione della legge delega n. 30/03 e dei successivi decreti delegati; nonché si cfr. anche le valutazioni espresse in merito dagli esperti del Centro Studi Internazionali e Comparati «Marco Biagi» dell'Università di Modena e Reggio Emilia, su *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Guida al lav.*, settembre 2005.

<sup>144</sup> V. BRINO, *op. cit.*, p. 20.

<sup>145</sup> Secondo i dati riportati da P. PANNESI, *La certificazione dei contratti di lavoro presso le Dpl e le Province*, in *Guida al lav.*, 2005, p. 60, si tratta del 75% dei casi, mentre il 5% ha riguardato i contratti di co.co.co e di lavoro autonomo.

incline, una volta perfezionato l'accordo, a metterlo nuovamente in discussione<sup>146</sup>.

Siamo in presenza, dunque, di una sorta di *soft power*<sup>147</sup>, che poggia sulla "forza persuasiva"<sup>148</sup> della certificazione, unico possibile deterrente alle liti, che potrebbe favorire la risoluzione in via transattiva delle controversie, tendenzialmente a scapito del prestatore di lavoro.

Ciò nonostante, sebbene vadano respinti i toni allarmistici che avevano caratterizzato i primissimi commenti al nuovo istituto della certificazione, da subito vista come strumento di grande condizionamento della volontà del lavoratore e finanche dell'organo giudiziario cui sia devoluto il compito di riqualificare il rapporto<sup>149</sup>, non si possono sottovalutare, nell'analisi complessiva dell'istituto, una serie di indicatori di visibile diffidenza e i tentativi di marginalizzazione del ruolo dei giudici del lavoro, allo scopo di mettere al riparo da penetranti ingerenze giudiziali le scelte legislative, nonché le prerogative dell'imprenditore: talora con il fine di favorire mediazioni e determinazioni provenienti dal Ministero, dalle Direzioni provinciali del lavoro o dagli Enti bilaterali (nonché dall'autonomia individuale)<sup>150</sup>.

Rispetto a tale (neanche troppo) latente intento non ci si può esimere dall'evidenziare come il rischio più grave, in cui si incorre con la certificazione, sia che l'atto certificato possa indurre un effetto psicologico di condizionamento del giudice, che potrebbe sentirsi deresponsabilizzato nella fase valutativa in ragione di un attestato certificatorio proveniente da un'autorità terza e perciò neutrale<sup>151</sup>.

<sup>146</sup> S. GANDI, *op. cit.*, p. 507.

<sup>147</sup> L. NOGLER, *op. cit.*, p. 888.

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> In particolare, si veda, G. CANNELLA, *Delega al Governo in materia di mercato del lavoro*, in *D.L. on line*, su [www.di-elle.it](http://www.di-elle.it), p. 8.

<sup>150</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d.lgs. 276/2003 (e del Decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in *RIDL*, 2004, 4, p. 523.

<sup>151</sup> G. RICCI, *La certificazione del contratto di lavoro: obiettivi, potenzialità, limiti*, in *Mercato del lavoro* (a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli), *op. cit.*, p. 334.

Tale deprecabile rischio, già altrove paventato, darebbe vita ad una “deflazione cattiva”<sup>152</sup>, causata dall’ambiguità della disciplina e dallo scoraggiamento obliquo dell’esercizio dei diritti e in ultima analisi dal loro sacrificio.

Una “deflazione cattiva” che rischierebbe a sua volta di trasformarsi in “giurisdizione cattiva”, se invece la certificazione dovesse assecondare i giudici meno attenti e scrupolosi a non approfondire fatti e problemi giuridici, appiattendosi sulle indicazioni della certificazione, magari con il retro pensiero di stare a posto con la coscienza in ragione della provenienza della certificazione da un’ autorità neutrale, eventualmente munita dei crismi di serietà e scientificità propri delle università, o “bilaterale”<sup>153</sup>.

A tutt’oggi, il pericolo che la certificazione possa rappresentare una sorta di precedente “semi-vincolante” o di “presunzione difficilmente vincibile”<sup>154</sup> non è certamente da sottovalutare (anche se da non demonizzare, associandoci fiduciosi a quanti ancora credono nell’*auctoritas* che viene riconosciuta a chi è istituzionalmente competente ad adottare decisioni giurisdizionali<sup>155</sup>).

Infatti, il preannunciato effetto soporifero della certificazione, che incentiverebbe la pigrizia dei giudici<sup>156</sup>, risulta, ad un attento esame, indubbiamente stimolato dall’*inprinting* che il legislatore del 2003 ha fornito all’istituto, scopertamente rivolto ad infondere una notevole forza di persuasione nell’atto certificato. Questo infatti, risulta chiaramente diretto a provocare un significativo effetto dissuasivo sulle parti contraenti e,

<sup>152</sup> S. CHIARLONI, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?*, in RTDPC, 1988, p. 752, secondo il quale si ha “deflazione cattiva” quando la riduzione del numero di processi va di pari passo con la riduzione dei livelli di tutela dei diritti dei lavoratori.

<sup>153</sup> L. DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 301.

<sup>154</sup> P.G. ALLEVA, *Un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti*, in P.G. ALLEVA, *Lavoro, ritorno al passato*, Roma, 2002, p. 87.

<sup>155</sup> L. NOGLER, *op. cit.*, p. 889.

<sup>156</sup> M.G. GAROFALO, *La legge delega...*, cit., p. 382.



contemporaneamente, ad acquisire “autorevolezza nei confronti del giudice”<sup>157</sup>, ove la commissione di certificazione sia attenta alle caratteristiche effettive del rapporto oggetto della certificazione, e nello stesso tempo duttile nel recepimento dei criteri legali-giurisprudenziali per la qualificazione dei rapporti di lavoro.

A tal punto, ulteriore rischio sarebbe che la giurisprudenza, al cospetto della certificazione, decida di operare nel senso di una nuova ridislocazione, per così dire, del “peso specifico” del criterio del *nomen iuris* che, divenuto ora criterio del “*nomen iuris* certificato”, verrebbe nuovamente, ma di certo con maggiore grado di autorevolezza, ad essere considerato quale indice giurisprudenziale forte ai fini della valutazione giudiziale<sup>158</sup>.

Tutte questioni che, però, sono andate semplicemente ad alimentare ulteriormente la *querelle* qualificatoria, senza effettivamente incidere sul ruolo deflattivo dell’istituto della certificazione, cosa che diversamente si sarebbe potuta verificare in presenza di un nuovo sistema di regole, distributivo delle tutele secondo criteri di graduazione confacenti alle diverse fattispecie, in grado di coniugare gli obiettivi di contenimento e riduzione del contenzioso con insopprimibili finalità di giustizia sociale<sup>159</sup>.

In realtà, la ricerca di una possibile soluzione al problema dell’esatta qualificazione dei rapporti di lavoro, a modesto avviso di chi scrive, sarebbe da ricercare non tanto in un sistema che restituisca certezza “dall’esterno” alla volontà espressa dalle parti, quanto piuttosto in un sistema che attribuisca certezza “dall’interno” alle operazioni qualificatorie<sup>160</sup>. Un sistema, dunque, che non marginalizzi la figura del giudice, “unico vero organo competente”<sup>161</sup>, finora legittimato in via esclusiva al controllo sulla qualificazione e a decidere circa la

<sup>157</sup> E. GHERA, *op. cit.*, p. 294.

<sup>158</sup> G. RICCI, *op. cit.*, p. 334.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 335.

<sup>160</sup> R. SCIOTTI, *op. cit.*, p. 36 e ss.

<sup>161</sup> L. DE ANGELIS, *La delega in materia di qualificazione...*, cit., p. 97.

natura delle tipologie contrattuali rientranti nell'oggetto della certificazione<sup>162</sup>.

Al contrario, la certificazione, come ideata dal legislatore del 2003, sembra essere null'altro che un mero tentativo di trovare una soluzione, con una procedura semplificata, alle complesse questioni nascenti dalla crisi della subordinazione e della capacità regolativa della legge, con finalità ambigue di deflazione del contenzioso e senza affrontare i veri problemi nascenti dalle trasformazioni nei modi di produrre e lavorare<sup>163</sup>.

La causa di tale stato dei fatti, come è stato osservato, è da individuare nella palese circostanza che ci si trova di fronte ad una riforma deviata se non abortita<sup>164</sup>.

Del resto, che il modello di riferimento cui la riforma intendeva programmaticamente (e forse un po' superficialmente) ispirarsi fosse quella del realismo giuridico di stampo anglosassone, non è un mistero<sup>165</sup>.

Altrettanto chiara è la propensione culturale di quel legislatore per la contaminazione tra diritto e società, spinta fino all'atecnicismo e al prassismo regolativi del d.lgs. 276/03<sup>166</sup>.

Orientamento confermato anche dal carattere sperimentale della misura normativa prescelta, che a sua volta spinge verso un metodo empirico per "tentativi e correzioni" tipico della cultura, anche giuridica, anglosassone, ma difficilmente assimilabile ai Paesi di tradizione giuridica romanistica.

Il legislatore si è trovato così stritolato tra l'intento azzardato di attribuire alla certificazione una forza tale da influen-

<sup>162</sup> G. PERONE, *Osservazioni sul valore giuridico della certificazione...*, cit., p. 4.

<sup>163</sup> V. SPEZIALE, *La certificazione...*, cit., p. 306.

<sup>164</sup> G. FERRARO, *op. cit.*, p. 15.

<sup>165</sup> A. TURSI, *op. cit.*, p. 44, chiarisce che proprio nel Libro Bianco dell'ottobre 2001 si auspicava una "modernizzazione dell'ordinamento del lavoro", da realizzarsi "sul piano delle tecniche di regolazione" mercè il ricorso a strumenti importati dalla *common law*, "come ad esempio i *codes of practices* e, più in generale, le *soft laws*", cioè "una nuova gamma di strumenti regolatori che già sono in uso in Paesi con cui l'Italia si confronta nella competizione globale".

<sup>166</sup> *Ibidem*.

zare l'interpretazione giudiziale attraverso la rivelazione-creazione di nuovi indici interpretativi e il *dictat* della Corte Costituzionale relativo all'assoluta indisponibilità del tipo contrattuale; dando così vita ad un ibrido derivato dall'artificiosa importazione di una "strumentazione regolatoria" estranea al nostro sistema, prima ancora che alla nostra cultura giuridica e producendo una sorta di "cortocircuito concettuale" tra metodo tipologico e metodo sussuntivo, tra sistema giuridico e *law in action*, tra concetti e metodi della *common law* e della *civil law*<sup>167</sup>.

In realtà, diversamente da quanto confusamente prospettato dal legislatore dell'epoca, gli indici tipizzanti, utili alla qualificazione del rapporto di lavoro, non possono essere "normati" da soggetti terzi (come gli enti bilaterali, ad esempio), deputati alla creazione di nuove ipotesi tipologiche, quanto meno in un sistema di *civil law*, basato sull'imperio della legge e non su quello della giurisprudenza.

Pertanto, l'unica salvezza alla funzionalità della "prima" certificazione non può che rinvenirsi nella possibilità che tale meccanismo rappresenti comunque una sorta di "timbro" qualificatorio al contratto, semplificando, seppur in minima parte, il lavoro del giudice, rispetto a quella giungla di tipi contrattuali, ulteriormente polverizzati con il d.lgs. 276/03.

Ciò, però, solo a condizione che la procedura di certificazione dei contratti di lavoro non si riduca ad una burocratica e standardizzata validazione delle dichiarazioni di volontà delle parti contraenti, e purché gli organi di certificazione contribuiscano, in termini dialettici e interattivi con le parti stesse, alla costruzione del singolo regolamento contrattuale ed alla esatta individuazione della tipologia contrattuale più congrua – e giuridicamente corretta – in relazione al tipo di attività che le parti intendono dedurre in contratto<sup>168</sup>.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>168</sup> G. PELLACANI e M. TIRABOSCHI, *Certificazione: è tempo di primi bilanci*, in *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Guida al lav.*, 2005, p. 5.

Diversamente, la disciplina delegata avrebbe potuto finire per legittimare un grave e pericoloso tentativo di paralizzare e marginalizzare l'attività qualificatoria della magistratura, coniando una nuova figura impropria di giudice, il cui compito sarebbe stato limitato esclusivamente a stabilire la corrispondenza o meno dei tipi negoziali, e generando un drammatico divario tra "criterio della verità" (comunque attribuito al giudice) e "criterio della certezza" (attribuito, invece, ad altri soggetti a tanto impropriamente legittimati).

6. *Il "Collegato Lavoro" e la "seconda" certificazione.* – A distanza di dieci anni dalla riforma introdotta dal Decreto legislativo n. 276 del 2003, l'istituto della certificazione sembra vivere in uno spazio senza tempo.

Sebbene, infatti, la certificazione sia ormai entrata a pieno titolo nel nostro ordinamento (perdendo definitivamente la connotazione di precarietà legata al ruolo sperimentale attribuite in origine), avendo trovato sul territorio nazionale pratica attuazione<sup>169</sup> e rappresentando ordinario argomento di studio a livello interpretativo e dottrinario, ad un attento esame, l'istituto in oggetto appare a tutt'oggi assolutamente impermeabile alle critiche e alle perplessità che lo avevano colpito (in maniera alluvionale) al suo sorgere.

Incredibilmente, infatti, quanto (di negativo) è stato affermato dalla dottrina in quasi un decennio sembra attualmente rinvigorito e rafforzato, nonostante l'istituto – durante questo non breve lasso di tempo – abbia vissuto ripetuti interventi, rimaneggiamenti e chiarimenti<sup>170</sup> da parte di un legislatore/estensore (rimasto sostanzialmente sempre lo stesso nonostante l'avvicinarsi delle legislature), che è apparso completamente

<sup>169</sup> Sul punto, si chiarirà, *amplius* in seguito, che l'istituto in realtà non ha riscontrato particolare successo, se non in alcune limitatissime realtà territoriali.

<sup>170</sup> Al d.lgs. n. 276/2003, sono seguiti: il d.lgs. n. 251 del 6 ottobre 2004; il Decreto Interministeriale del 14 giugno 2004 n. 177; il Decreto Ministeriale 21 luglio 2004; nonché l'Interpello n. 81 del 22 dicembre 2009; cfr. tutti su [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it).

sordo agli innumerevoli suggerimenti rivoltigli dalla dottrina e indifferente rispetto alla decisiva circostanza che la certificazione abbia trovato una limitatissima applicazione, la cui utilizzazione risulta di fatto concentrata in un'unica provincia del nostro Paese<sup>171</sup>.

Proprio per questi motivi, la scelta di rinvigorire l'istituto, ricalcandone sostanzialmente i tratti già esistenti, con una nuova normativa, segnatamente la legge 4 novembre 2010 n. 183, nota come "Collegato lavoro", è apparsa a numerosi commentatori (tra i quali persino il Presidente della Repubblica<sup>172</sup>) un maldestro (se non "sciatto"<sup>173</sup>) quanto consapevole tentativo di rilancio della cosiddetta "giustizia privata del lavoro", che si coniuga con una serie di disposizioni di carattere sostanziale che vanno a modificare, surrettiziamente, istituti fondamentali della materia<sup>174</sup>.

Ancora una volta, infatti, come già era accaduto per il Libro Bianco e per la cosiddetta "Legge Biagi", le finalità che si propone il Collegato lavoro sono rivolte a deflazionare il contenzioso in materia di lavoro.

In questo caso, però, la novella intende proporre misure più stringenti delle precedenti normative, focalizzando la pro-

<sup>171</sup> Si tratta della Provincia di Modena e Reggio Emilia, ove hanno sede il Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi" e la Fondazione Universitaria "Marco Biagi". Queste strutture – tra le prime ad ottenere l'autorizzazione allo svolgimento di attività di certificazione – rappresentano un'isola felice (se non l'unica) rispetto a un orizzonte desolante del resto del Paese, ove raramente vengono esperite pratiche certificatorie. Sul punto (per informazioni più dettagliate rispetto ai "numeri") si veda il Bollettino che il Centro Studi propone periodicamente sui propri siti *www.csmb.unimore.it*.

<sup>172</sup> Con un Messaggio alle Camere del 31 marzo 2010, il Presidente della Repubblica Napolitano ha, infatti, sottolineato come questo «...intendimento riformatore (...) deve essere esplicitato e precisato, non potendo semplicemente essere presupposto [e realizzato] con una discutibile linea di intervento legislativo, basato sugli istituti processuali e prima di quelli sostanziali». Cfr. *www.quirinale.it*.

<sup>173</sup> M. CINELLI e G. FERRARO, *Il contenzioso del Lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Giappichelli, 2011, p. XVII.

<sup>174</sup> *Ibidem*.

pria attenzione sulle dinamiche stragiudiziali, in un'ottica promozionale della conciliazione e dell'arbitrato, e ponendo, come fiore all'occhiello del proprio programma, la (rinnovata) certificazione, grazie alla quale le liti dovrebbero comporsi in luoghi e tempi lontanissimi dai tribunali.

Più specificamente – sulla base delle testuali parole di uno dei suoi principali estensori<sup>175</sup> – la legge si prefigge di «Liberrare il lavoro dal peso della cattiva regolazione. Da un formalismo giuridico esasperato. Causa ed effetto di un contenzioso abnorme, [che dipende] dalle norme di diritto sostanziale – incentrate sull'asse “norma inderogabile-giudice” e dalla cultura conflittuale e antagonista che la pervade».

Da qui la necessità di dare spazio ad una riforma che possa garantire «...maggiore tempestività ed effettività della giustizia del lavoro ma, più ancora, nella prospettiva di un arretramento dello Stato sulle questioni del lavoro per lasciare spazio, in un'ottica sussidiaria e partecipativa, alle libere dinamiche della contrattazione collettiva e del bilateralismo e, là dove adeguatamente sostenuta, anche alla stessa contrattazione individuale tra lavoratore e datore di lavoro»<sup>176</sup>.

Questa linea riformatrice, certamente non nuova ai giuslavoristi italiani, ancora una volta va a riguardare istituti processuali piuttosto che sostanziali, benché da tempo sia stato chiarito da acuti commentatori come «qualche probabilità di ridurre il contenzioso c'è solo se si opera in modo diretto sul diritto 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. Il dibattito che si è svolto intorno alla certificazione introdotta nel 2003 sembrava essere pervenuto ad una conclusione abbastanza netta (e per nulla

<sup>175</sup> M. TIRABOSCHI, *Premessa*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Collegato Lavoro. Commento alla Legge 4 novembre 2010*, n. 183, *Il Sole 24 Ore S.p.A.*, Milano, 2010, p. XIII.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 3.

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»<sup>177</sup>.

Ciò nonostante, il legislatore del 2010 ha preferito intervenire su istituti già di per sè complessi e certamente bisognosi di assestamenti teorici, regolativi e applicativi<sup>178</sup>, senza preoccuparsi di risolvere prima le lacune e le approssimazioni residue delle precedenti regolamentazioni, procedendo ad una stratificazione a dir poco precaria, fondata su un evidente “squilibrio tra mezzi da approntare per far funzionare la certificazione e finalità concretamente perseguibili”<sup>179</sup>.

Ciò che allora appare di tutta evidenza in questa nuova normativa è la palesata intenzione di incidere, attraverso la certificazione, sulla figura del giudice, indebolendone ulteriormente ruolo e sindacato.

Già dalla legge Biagi (ma l'orientamento è presente sin dal Libro Bianco), infatti, la figura del giudicante è stata – seppure in maniera meno evidente rispetto a oggi<sup>180</sup> – caricata di valenze negative, quasi demonizzata, affinché nell'immaginario collettivo potesse farsi spazio una sostanziale sfiducia nei confronti di tutti quei magistrati che, al contrario, garantiscono con il proprio lavoro serietà ed equilibrio nel giudizio.

Entrando più nello specifico, all'art. 30, comma 2 della l. n. 183/2010, si afferma che «*Nella qualificazione del contratto*

<sup>177</sup> L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, in W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT-102/2010, p. 9.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>179</sup> Ancora L. ZOPPOLI, *op. ult. cit.*, p. 3.

<sup>180</sup> Tale approccio appare evidente in A. CORVINO e M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 11 e ss., secondo i quali, in riferimento al concetto di “clausola generale”, «È evidente infatti che ove si legittimi il giudicante a valutazioni di merito e di opportunità tecnico-organizzativa, qualunque norma diviene non solo alquanto incerta, ma essa stessa fonte di contenzioso, perché vincolata ad interpretazioni soggettive e comunque eccessivamente ampie e contrastanti, assegnando al giudice un compito che non gli appartiene e che va ben oltre il controllo su frodi e abusi».

*di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro di cui al titolo VII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso e di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione».*

Se ci si attiene al dato letterale (oltre che teleologico) di questa disposizione, il giudice risulterebbe vincolato al rispetto della volontà negoziale espressa dalle parti in sede di certificazione, cioè a quanto dalle medesime dichiarato e fatto certificare, eccezion fatta per i casi di erronea qualificazione del contratto, di difformità tra programma negoziale certificato e sua successiva attuazione e di vizi del consenso. L'intervento del giudice sembrerebbe, pertanto, limitato ai soli casi in cui siano messe in discussione le dinamiche relative alla qualificazione del contratto (vizi o accertamento di incoerenze tra contratto certificato ed effettiva realizzazione dello stesso), restando esclusa ogni possibilità per il magistrato di "discostarsi" dalla volontà manifestata dalle parti con riguardo all'interpretazione delle clausole contrattuali.

Pertanto, sulla base di una interpretazione meramente letterale della disposizione, lo spirito del comma su richiamato sembrerebbe diretto a restringere il campo di azione del giudice, in nome del (più alto, secondo il legislatore) principio dello *stare pactis*<sup>181</sup>.

Da una parte, infatti, secondo tale ipotesi interpretativa, verrebbe valorizzata l'intenzione delle parti e delle loro manifestazioni di volontà, dall'altra, la *ratio legis* sembrerebbe diretta ad accrescere la forza di resistenza in giudizio del contratto certificato, al fine di rendere più "appetibile" l'istituto agli occhi di un datore di lavoro, che, stante il vincolo posto al

<sup>181</sup> Sul punto cfr. A. CORVINO e M. TIRABOSCHI, *Il rilancio della certificazione: nuovi ambiti di operatività e "tenuta" giudiziaria*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Collegato Lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, in *GL*, 2010, p. 3 e ss.).



giudice, potrebbe voler ricorrere alla certificazione persino in presenza di un contratto di lavoro subordinato, per cogliere i benefici che ne derivano in punto di stabilizzazione delle pat-tuizioni<sup>182</sup>.

La previsione, però, così interpretata, ha dato vita a non poche critiche, in quanto la certificazione è una qualificazione che non può essere sottratta al controllo del giudice<sup>183</sup>, a meno di non voler incorrere in evidenti rischi di illegittimità costituzionale.

Mentre il ruolo qualificatorio “terminale” del giudice non può essere messo in discussione in merito al modello negoziale scelto dalle parti del rapporto, essendo stato più volte chiarito che neppure il legislatore ha la disponibilità del tipo contrattuale (C. Cost. 121/93 e 115/94 cit.), ben differente sembrerebbe la regolamentazione, cui si richiama la nuova normativa, con il riferimento alle altre clausole negoziali certificate.

In assenza di un vizio del consenso, infatti, secondo il nuovo legislatore, la verifica giudiziale del contenuto del contratto emergente dalle clausole che lo compongono dovrebbe restare esclusa, con inevitabili conseguenti problemi di conformità al dettato costituzionale in particolare con l'art. 24 Cost., che attribuisce a chiunque la possibilità di agire in giudizio a tutela dei propri diritti, e con l'art. 101 Cost., che al comma 2 assoggetta i giudici solo alla legge<sup>184</sup>.

A tal punto, per baipassare l'intervento del giudice costituzionale, l'unico modo di interpretare la “puntualizzazione” dell'attuale legislatore sarebbe quella di svalutare la lettera della legge, ritenendo che l'inciso «interpretazione delle relative clausole» si riferisca alle sole clausole rilevanti ai fini dell'accertamento della tipologia contrattuale, considerando tale

<sup>182</sup> M. TATARELLI, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, in *MGL*, 2010, 12, p. 874 e ss.

<sup>183</sup> Cfr. sul punto A. VALLEBONA, *I disegni di riforma del processo del lavoro*, in *Boll. Adapt ed. speciale* del 14.3.2007, p. 3.

<sup>184</sup> M. TATARELLI, *op. cit.*, p. 877.

disposizione alla stregua di una norma sull'interpretazione del contratto, che ribadisca, quindi, quanto già previsto in generale dagli artt. 1362 e ss. c.c.<sup>185</sup>.

La disposizione appare, infatti, troppo ampia e generica per non richiedere comunque il controllo severo e occhiuto dei giudici togati, non potendo certo la valutazione delle parti, per quanto certificata, violare diritti fondamentali e/o indisponibili, quand'anche previsti da leggi o contratti collettivi<sup>186</sup>.

Sembra evidente, a tal punto, come, esaminando la forza di resistenza della "nuova" certificazione in sede contenziosa, nulla sia sostanzialmente cambiato, a meno di non voler negare al giudice il legittimo potere di qualificazione giuridica delle fattispecie, sostituendolo con il più generico principio dello *stare pactis*.

Al di là, dunque, del tentativo (più o meno riuscito) di restringere la discrezionalità del giudice in nome di un presunto rafforzamento dell'efficacia della certificazione, la vera novità, apportata dal Collegato lavoro, è rappresentata da un sostanziale allargamento del campo di applicazione dell'istituto.

La chiara *voluntas legis* è stata quella di estendere e valorizzare l'istituto della certificazione, non solo sul piano operativo della tempistica (come si chiarirà di seguito), consentendo

<sup>185</sup> Cfr., *amplius*, sul punto V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel "collegato lavoro"*, in *DLM*, 2010, I, p. 139 e ss., secondo cui, «in questo modo si avrebbe un effetto paradossale: mentre la qualificazione effettuata in sede di certificazione potrebbe essere contestata dinanzi al giudice in base ai tre vizi tradizionali (errore, vizi del consenso, difformità tra programma negoziale e sua attuazione), il magistrato sarebbe vincolato alle valutazioni delle parti in relazione all'oggetto del contratto che non potrebbero così più essere messe in discussione; nonché L. DE ANGELIS, *Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 111/2010. In senso opposto v. A. CORVINO e M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 15, secondo i quali «La disposizione, in quest'ottica, valorizza l'intenzione delle parti sia con riguardo alla qualificazione del rapporto di lavoro sia sul significato delle clausole contrattuali che le parti abbiano liberamente convenuto...In questi casi il giudice non può discostarsi da tale valutazione ove il contratto sia stato certificato da una apposita commissione ai sensi della Legge Biagi, [salvo nei casi previsti dalla legge].».

<sup>186</sup> L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 19.

l'emissione di pareri in ordine a contratti non ancora stipulati, o stipulati contestualmente, o stipulati già da tempo; ma soprattutto sul piano oggettivo, consentendo l'emissione di un parere su qualunque contratto in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro e inoltre su qualunque clausola del contratto stesso<sup>187</sup>.

Non solo, quindi, i contratti in cui parte contraente sia lo stesso lavoratore, ma anche quelli ove il lavoratore sia comunque coinvolto; ad esempio il contratto di somministrazione (contratto di tipo commerciale tra agenzia fornitrice ed utilizzatore, in cui il lavoratore, pur soggetto al potere direttivo dell'utilizzatore, è titolare di un ordinario contratto di lavoro subordinato con l'agenzia fornitrice), o l'ipotesi del distacco (che si configura quando un datore di lavoro, distaccante, per soddisfare un proprio interesse pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto, distaccatario, per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa)<sup>188</sup>.

In particolare, a norma dell'art. 30 comma 4 del Collegato lavoro, si afferma che: *L'articolo 75 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, è sostituito dal seguente: «Art. 75. - (Finalità). – 1. Al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro secondo la procedura volontaria stabilita nel presente titolo».*

Dopo aver ribadito la finalità deflativa del contenzioso del lavoro, dunque, il 4° comma dell'art. 30 amplia (nuovamente) l'oggetto dell'istituto.

Secondo l'iniziale regolamentazione, infatti, suscettibili di certificazione erano esclusivamente i contratti di lavoro indicati dall'originario art. 75 (contratto di lavoro intermittente, ripar-

<sup>187</sup> S. CENTOFANTI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. CINELLI e G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella l. 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato Lavoro)*, Giappichelli, 2011, pp. 30-31.

<sup>188</sup> M. LAI, *La certificazione nel cd. Collegato lavoro ed il ruolo della bilateralità*, in *RIDL*, 2012, III, p. 23.

tito e a tempo parziale, contratto a progetto, di associazione in partecipazione, il regolamento interno delle cooperative di lavoro, il contratto di appalto ai fini della distinzione con la somministrazione di lavoro, le rinunzie e transazioni dei lavoratori).

Con il d.lgs. 251/04, la possibilità di avvalersi della certificazione è stata estesa a tutte le tipologie contrattuali, purché in coerenza con le finalità di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione.

Più di recente, il legislatore aveva già manifestato l'intenzione di ampliare l'ambito di applicazione dell'istituto; tant'è che con l'Interpello n. 81 del 22 dicembre 2009 del Ministero del Lavoro, è stato affermato che la certificazione dei contratti può essere richiesta per ogni tipo di contratto e può «...valere anche per il contratto fra somministratore e utilizzatore».

La formula utilizzata oggi nella disposizione in commento, che richiama tutti i contratti «in cui sia dedotta direttamente o indirettamente una prestazione di lavoro», estende finalità e oggetto dell'istituto e va ad applicarsi non più solo alle ipotesi di contenzioso relativo alla qualificazione dei contratti di lavoro, ma comprende tutto il contenzioso lavoristico. Le commissioni di certificazione, quindi, saranno legittimate a certificare ogni aspetto legato ai rapporti di lavoro e ai modelli organizzativi d'impresa e non solo il contratto ai fini della sua corretta qualificazione giuridica<sup>189</sup>.

Appare evidente, però, che la novella del 4° comma rende ancor più generico l'oggetto della certificazione<sup>190</sup>, in quanto potranno essere certificati anche aspetti meramente connessi alla gestione dei rapporti di lavoro, cioè, tutti i casi in cui in un rapporto sia previsto (direttamente o indirettamente) lo svolgimento di una prestazione lavorativa, quali, ad esempio: contratti commerciali, come l'appalto o la somministrazione di ma-

<sup>189</sup> A. CORVINO e M. TIRABOSCHI, *Il rilancio della certificazione: nuovi ambiti di operatività e "tenuta" giudiziaria*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Collegato Lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, in *GL*, 2010, p. 3 e ss.

<sup>190</sup> Il rilievo è di L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 18.

nodopera, o contratti di associazione in partecipazione, che tecnicamente sono contratti di tipo societario.

Secondo alcuni autori, unica veramente rilevante conseguenza di tale innovazione è rappresentata dal fatto che anche per tali contratti, qualora siano stati certificati, non saranno effettuati accertamenti ispettivi<sup>191</sup>, in quanto si ipotizza che – soprattutto nei casi di esternalizzazione – le ispezioni saranno focalizzate verso quei rapporti non sottoposti a preventivo controllo, su base volontaria, relativamente alla effettiva sussistenza delle condizioni che legittimano una utilizzazione mediata della forza lavoro<sup>192</sup>.

Resta il fatto che, anche se la commissione potrà certificare “tutto”, si tratterà comunque di meri pareri, idonei a precludere, prima di una sentenza o di un provvedimento cautelare, solo eventuali provvedimenti alternativi da parte degli enti previdenziali, ma privi di ogni vincolatività in sede giudiziale<sup>193</sup>.

La più evidente novità che interviene sulla disciplina certificatoria e ne determina una meno modesta vigoria (rispetto ai tratti già descritti) è sicuramente quella che coinvolge l'efficacia dell'istituto.

L'innovazione dell'*ex art.* 79 del d.lgs. 276/2003 rende, in-

<sup>191</sup> E. GHERA e L. VALENTE, *Primo commento al Collegato Lavoro*, in *MGL*, 2010, 12, p. 864 e ss.

<sup>192</sup> A. CORVINO e M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 18, precisano che «...gli ispettori del lavoro non possono, a fronte di un contratto certificato, procedere autonomamente a una nuova qualificazione del rapporto di lavoro e, nell'ipotesi in cui non condividano il provvedimento di certificazione del contratto, devono adire la competente autorità giudiziaria e preventivamente esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione avanti all'organo certificatore».

<sup>193</sup> S. CENTOFANTI, *Certificazione dei contratti di lavoro*, in CINELLI - FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato Lavoro)*, Giappichelli, 2011, p. 17, specifica come «le parti potranno chiedere un parere circa il fatto ad esempio che determinate mansioni corrispondano a un determinato livello di inquadramento, o che sussista una valida causa di apposizione del termine, o che il contenuto integri un valido contratto di apprendistato, ma tutte queste valutazioni (e le infinite altre che si possono ipotizzare) resteranno sempre e solo a uno stadio meramente valutativo, senza alcuna attitudine a condizionare l'unica valutazione rilevante, e cioè quella giurisdizionale».

fatti, possibile un effetto retroattivo dell'accertamento realizzato nelle sedi certificatorie, realizzando un vero e proprio "effetto *stand by*"<sup>194</sup> del contratto certificato.

Con l'art. 31 comma 17, che dichiara: *All'art. 79 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è aggiunto in fine il seguente comma: «Gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro, nel caso di contratti in corso di esecuzione, si producono dal momento di inizio del contratto, ove la commissione abbia appurato che l'attuazione del medesimo è stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede. In caso di contratti non ancora sottoscritti dalle parti, gli effetti si producono soltanto ove e nel momento in cui queste ultime provvedano a sottoscriverli, con le eventuali integrazioni e modifiche suggerite dalla commissione adita»,* il legislatore tenta di dare una risposta ad alcuni problemi rimasti irrisolti nel precedente dettato normativo, introducendo, però, nuovi dubbi interpretativi.

L'originario disposto dell'art. 79, infatti, benché rubricato "efficacia giuridica della certificazione", non ha mai disciplinato gli effetti del provvedimento di certificazione, ma ne ha solo fissato la permanenza nel tempo, individuando per lo più una regola di efficacia giuridica "pre-giudiziale" per la certificazione, soprattutto garantendo le parti nei confronti di terzi<sup>195</sup>.

Così predisposta, la regolamentazione prevedeva sostanzialmente una sorta di efficacia "costitutiva" del provvedi-

<sup>194</sup> Sul punto cfr. già L. NOGLER, *Commento agli artt. 75-81*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, Commentario*, coordinato da M. Pedrazzoli, Bologna, 2004, p. 889.

<sup>195</sup> L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 14, secondo cui «...si può ritenere che l'art. 79 sia diretto soprattutto a 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. 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 le ingerenze esterne alle parti nella gestione del contratto, almeno nel caso in cui quelle ingerenze siano basate su una diversa qualificazione del contratto».

mento certificatorio, nel senso che l'istituto della certificazione veniva a rappresentare uno strumento di qualificazione *ex ante*, al quale le parti potevano accedere solo contestualmente alla stipula del contratto.

L'organo certificatore, dunque, era tenuto alla qualificazione del rapporto costituendo, escludendosi una certificazione realizzata in merito ad un rapporto di lavoro già in corso di esecuzione.

La nuova disciplina cerca di risolvere l'incertezza relativa alla "tempistica", nel senso che si attribuisce alle Commissioni il potere di certificare: 1) i contratti relativi a rapporti costituenti, ma anche 2) quelli non ancora sottoscritti dalle parti e relativi a rapporti non ancora iniziati, 3) nonché – e questa è la vera novità – contratti già sottoscritti e relativi a rapporti in corso di esecuzione.

Mentre per le prime due ipotesi *nulla quaestio*, dal momento che, nel primo caso, la previsione non determina alcuna modifica di rilievo rispetto alla normativa precedente e, nel secondo caso, si chiarisce che gli effetti della certificazione si produrranno soltanto ove e nel momento in cui le parti provvederanno a sottoscrivere il contratto (quindi *ex nunc*), con le eventuali integrazioni e modifiche suggerite dalla commissione adita, il discorso cambia, invece, per la terza ipotesi.

In quest'ultimo caso, infatti, il certificatore non si troverà semplicemente a dover qualificare un rapporto nel suo momento genetico, ma dovrà "appurare" il tipo di rapporto in corso di esecuzione, valutando, quindi, anche quanto verificatosi in passato tra le parti.

Di fatto ciò apre la possibilità di effettuare, attraverso le dichiarazioni rese dalle parti davanti alla commissione, una sorta di convalida dello svolgimento pregresso dei rapporti di lavoro<sup>196</sup>.

<sup>196</sup> Secondo A. CORVINO e M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 19, «In tale contesto, la certificazione assume un valore senza dubbio ancor più significativo in chiave deflattiva del contenzioso, ma anche – in caso di controversia – di supporto probatorio. In caso di contenzioso, infatti, le risultanze dell'attività istruttoria svolta dalla

Il comma in oggetto, dunque, attribuisce alle commissioni di certificazione, con riferimento ai contratti in corso di esecuzione, anche poteri di accertamento retroattivo, quindi di definizione e di stabilizzazione del passato, senza però precisare quali siano i poteri e gli strumenti istruttori che possono consentire alle commissioni di “appurare” la coerenza tra presente e passato<sup>197</sup>.

Il disposto normativo si limita, infatti, a chiarire esclusivamente che, qualora il contratto abbia già avuto esecuzione, gli effetti della certificazione si produrranno dal momento di inizio del contratto (*ex tunc*), ove la commissione abbia riscontrato che l’attuazione del medesimo sia stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede.

Di fatto ciò aprirebbe la possibilità di effettuare, attraverso le dichiarazioni rese dalle parti davanti alla commissione, una sorta di convalida dello svolgimento pregresso dei rapporti di lavoro<sup>198</sup>.

Resta il fatto, però, che il nuovo compito attribuito agli organi di certificazione sia diretto a costituire un parere qualificatorio circa un fatto storico<sup>199</sup>.

Un accertamento fattuale delle modalità di svolgimento del rapporto che, per sua natura, non dovrebbe svolgersi in modo appiattito sulle dichiarazioni rese dalle parti, ma dovrebbe richiedere una consistente attività istruttoria (audizione di testimoni, esame della documentazione, ecc.) di difficile

commissione (ad esempio le dichiarazioni delle parti circa le modalità di attuazione del rapporto) sono elementi di prova precostituiti di cui il magistrato eventualmente investito potrà e dovrà tenere conto e a cui potrebbe attribuire valore confessorio; in caso di controversia quindi l’istruttoria potrebbe con ogni probabilità risultarne notevolmente agevolata e la decisione verterebbe sulla questione di diritto circa la qualificazione operata dalla commissione».

<sup>197</sup> E. GHERA e L. VALENTE, *op. cit.*, p. 867.

<sup>198</sup> *Ibidem*.

<sup>199</sup> Per S. CENTOFANTI, *op. cit.*, p. 34, si tratta di «...appurare che l’attuazione del contratto sia stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto valutato in tale sede».



svolgimento in quella sede<sup>200</sup>. Circostanza questa che ancora una volta non potrà che determinare una inevitabile svalutazione della certificazione, la quale – con queste caratteristiche – non potrà che limitarsi ad una mera valutazione soggettiva priva di ogni rilevanza in sede giurisdizionale, nella quale il giudice, invece, alla luce di un più completo contraddittorio, potrà pervenire a una conclusione anche totalmente diversa<sup>201</sup>, come peraltro di recente già verificatosi presso la Corte di Appello di Brescia<sup>202</sup>, che ha già chiarito come «la certificazione (...) non può essere vincolante per il giudice».

7. *La certificazione nella recente giurisprudenza.* – Con una sentenza lapidaria del 2011, la Corte di Appello di Brescia ha stigmatizzato, con affermazioni dirompenti e senza possibilità di fraintendimenti, il ruolo che svolge l'istituto della certificazione nel nostro ordinamento.

Per la prima volta, infatti, a seguito di specifica contestazione da parte di un lavoratore, il Tribunale, chiamato a giudicare il valore giuridico da attribuire ad un contratto certificato, ha qualificato il rapporto di lavoro disattendendo completamente le conclusioni del *Certifier* e affermando l'assoluta inutilità della certificazione nel sistema giuridico<sup>203</sup> attuale.

Nello specifico, la società Isonzo Multiservice, cooperativa di trasporto merci per conto terzi, veniva condannata dal primo giudice all'assunzione a tempo indeterminato di un lavoratore ghanese, già proprio collaboratore con contratto di lavoro a progetto, essendo stata riconosciuta la natura subordinata del rapporto intercorso tra le parti.

<sup>200</sup> Secondo M. TATARELLI, *op. cit.*, il comma 17 attribuisce alle commissioni poteri di accertamento retroattivo, quindi di definizione e di stabilizzazione del passato, così amplificando la rilevanza della preclusione, senza, però, precisare quali siano gli strumenti istruttori che possano consentire tale operazione.

<sup>201</sup> S. CENTOFANTI, *op. cit.*, *passim*.

<sup>202</sup> Corte di Appello di Brescia 22.2.2011, in *RIDL*, 2011, 4, p. 1159.

<sup>203</sup> A. ROTA, *Sull'(in)efficacia deflattiva della certificazione nel contenzioso sulla qualificazione del rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 2011, 4, p. 1164.

A seguito dell'appello proposto dalla società, il giudice di secondo grado, confermava la precedente sentenza, riscontrando tra le mansioni del ricorrente, come già era avvenuto in primo grado, numerosi indici di subordinazione, in riferimento ai tempi e ai modi della prestazione, nonché alla soggezione del dipendente al potere disciplinare e gerarchico del datore di lavoro.

Inoltre, il giudicante, sia nel primo che nel secondo grado di giudizio, era stato chiamato a valutare “la reale volontà negoziale del lavoratore”, dal momento che – in pendenza di rapporto – il contratto di lavoro era stato certificato (contestualmente ad altri contratti di egual specie) ai sensi dell'art. 75 e ss. del d.lgs. 276/03 da una Commissione di certificazione presso una sede universitaria<sup>204</sup>, le cui attestazioni erano state contestate *in toto*.

In particolare, il Tribunale di Brescia rilevava che «...ben possono sussistere dubbi sulla spontaneità e condivisione dell'iniziativa [cioè, la decisione comune ad entrambe le parti di presentarsi dinanzi ad una commissione di certificazione, *nda*], attesa la diversa posizione dei due contraenti e attesa la circostanza che questa procedura di certificazione, come si evince dalla medesima, è stata fatta contestualmente per una molteplicità di contratti a progetto, conclusi con diversi lavoratori, per il servizio di cui si tratta, e a maggior ragione questi dubbi devono sussistere se si considera che il lavoratore è cittadino ghanese, che non necessariamente è in grado di apprezzare contenuto ed effetti di questa procedura. In ogni caso la volontà espressa dal lavoratore è stata una volontà di qualificare il contratto come contratto a progetto, ma se il contratto concluso non aveva i presupposti e le caratteristiche essenziali del contratto a progetto questa volontà è irrilevante».

Tanto premesso, il giudice di secondo grado, chiariva che, nonostante le numerose aperture interpretative in tema di qua-

<sup>204</sup> Nella specie si trattava del Centro Studi Marco Biagi, con sede presso l'Università di Modena e Reggio Emilia.

lificazione dei contratti, la giurisprudenza è sempre rimasta concorde nel ritenere che «la natura del rapporto di lavoro, a cui accedono tutele diverse e norme inderogabili diverse, non è materia disponibile per le parti».

Per questi motivi, la decisione della Corte di Appello stabiliva, in maniera inconfutabile, che «...la certificazione del contratto a progetto (effettuata dall'Università di Modena e Reggio Emilia) non può essere vincolante per il giudice».

Infatti, «se si espungono dalla certificazione tutte le affermazioni di pura valutazione, che a loro volta riprendono affermazioni di contenuto identico e analogo al contratto, al fine di enucleare le circostanze concrete che possono essere dirimenti per la qualificazione del rapporto di lavoro voluto dalle parti, non rimane di questa certificazione pressoché nulla».

La sentenza non lascia spazio a dubbi; la terminologia scelta dal giudicante è inequivocabile nella sua assoluta semplicità e chiarezza: la certificazione 1) non è vincolante per il giudice e 2) concretizzandosi in mere affermazioni formali, non ha alcun valore qualificatorio per le parti.

Infatti, pur trovandosi a sottolineare l'indiscutibile posizione di debolezza del lavoratore nel caso concreto, certamente dovuta quanto meno alla scarsa conoscenza linguistica e alla difficoltà di poter comprendere portata ed effetti della procedura certificatoria, il Tribunale di Brescia coglie l'occasione per ribadire come la volontà delle parti in sede di certificazione debba essere valutata come oggetto di prova e non come fondamento unico della decisione<sup>205</sup>.

Pertanto, senza voler mettere in discussione la buona fede del certificatore<sup>206</sup>, la Corte di Appello con poche battute demolisce il castello di carte su cui era stato edificato l'istituto della certificazione.

<sup>205</sup> A. ROTA, *op. cit.*, *passim*.

<sup>206</sup> Benché, aleggi tra le righe della sentenza un certo scetticismo sulla serietà dell'accertamento condotto dal *certifier*, al punto che la sentenza ha rappresentato anche un caso per la stampa. In particolare si veda L. PIANA, "Il bollino blu di Tiraboschi", in *L'Espresso*, Mondadori, del 18 agosto 2011.

L'esperienza pratica, infatti, ha sostanzialmente dimostrato che la tanto caldeggiata capacità deflattiva del contenzioso in materia di qualificazione del rapporto di lavoro attribuita all'istituto della certificazione, caratteristica che ne ha dall'origine giustificato l'introduzione nel nostro ordinamento, trova a tutt'oggi scarsissima applicazione nella realtà concreta.

Non solo, dunque, il certificatore non appare in grado di rappresentare una garanzia di certezza qualificatoria, ma, in ogni caso, la valutazione fornita dal *certifier* non risulta assolutamente in grado di impedire una ri-qualificazione da parte del giudice.

Una conclusione che, pur perfettamente coerente alla realtà dei fatti e rivelatrice delle effettive capacità dissuasive della certificazione rispetto alla litigiosità delle parti, si trova in totale dissonanza con l'operato del recente legislatore, che – come già precedentemente chiarito – ha azionato con la normativa del 2010 un processo di rivitalizzazione della certificazione, senza però in alcun modo risolvere le incoerenze della pregressa disciplina.

8. *Le “altre” certificazioni: il modello tedesco e quello inglese.* – Diversamente da quanto comunemente si ritiene, l'istituto italiano della certificazione non rappresenta un *unicum* incontrastato nel panorama giuslavoristico esistente (oltre i confini del nostro Stato), frutto di un esercizio intellettualistico e libresco<sup>207</sup> di pochi illuminati “pionieri”, adepti della derogabilità assistita.

Infatti, nell'ordinamento tedesco esiste un istituto comparabile: il cosiddetta *Statusfestellungsverfahren* (ovvero sia, un “procedimento di accertamento dello *status*” previdenziale).

L'istituto tedesco opera solo nell'ambito previdenziale, essendo finalizzato ad un accertamento volto a stabilire la sussistenza o meno degli obblighi di contribuzione previdenziale, in capo a rapporti di lavoro, il più delle volte, già esistenti<sup>208</sup>.

<sup>207</sup> L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DLRI*, 2004, 2, p. 237.

<sup>208</sup> G. ROSSBACH, *Einführung eines bundeseinheitlichen Anfrageverfahrens zum*

La *Statusfestellungsverfahren* è stata introdotta nell'ordinamento tedesco, in tempi relativamente recenti, con la legge di promozione del lavoro autonomo del 20 dicembre 1999 (dotata di effetto retroattivo al 1° gennaio dello stesso anno<sup>209</sup>), che regola l'istituto con tre disposizioni inserite nel par. 7 (lett. a-c) del libro IV del *Sozialgesetzbuch* (codice della legislazione sociale, *SGB*)<sup>210</sup>.

L'istituto, caratterizzato da una disciplina iniziale di carattere transitorio e sperimentale, segnata da una forte componente promozionale, differisce dalla certificazione "nostrana" per alcune principali disposizioni.

Dalla comparazione col modello tedesco, infatti, si può notare come:

1) l'atto amministrativo che conclude il procedimento tedesco assume rilevanza solo sul piano previdenziale, concretizzandosi – come già chiarito – in una sorta di accertamento sulla effettiva necessaria applicazione o meno degli obblighi contributivi di cui è onerato il datore di lavoro;

2) la funzione di accertamento (e la conseguente redazione dell'atto "certificato") è di competenza dell'istituto federale di previdenza degli impiegati, la cosiddetta *Bundesversicherungsanstalt für Angestellte* (in seguito sinteticamente denominato *BfA*), organo sopravvissuto alla differenziazione organizzativa del 1992, che aveva unificato il regime pensionistico di impiegati ed operai, lasciando, però, l'assicurazione degli operai ad una gestione di livello regionale e quella degli impiegati, invece, accentrata a livello federale;

*Sozialversicherungsrechtlichen Status*, in *Die Angestellten Versicherung*, p. 396, afferma che la certificazione è ammessa sia in relazione a rapporti già iniziati che a quelli ormai ultimati.

<sup>209</sup> Per un maggiore approfondimento della normativa citata, si veda M. BORZAGA, *Subordinazione e sicurezza sociale: le «riforme fallite» nella Repubblica Federale Tedesca*, in *DRI*, 2002, pp. 873 e ss.

<sup>210</sup> A cui sono state apportate più recenti modifiche con la successiva legge 23 dicembre 2002, denominata "seconda legge sui servizi moderni nel mercato del lavoro".

3) le parti interessate possono richiedere per iscritto, attraverso la compilazione di appositi formulari, che la *BfA* accerti (sia *ex ante*, che più spesso *ex post*, rispetto all'attuazione del rapporto) se sussista o meno un "rapporto di occupazione", soggetto ad assicurazione obbligatoria. Si precisa, in particolare, che, ai sensi del par. 7, comma 1, del *SGB IV*, per "occupazione" deve intendersi un'attività lavorativa svolta sulla base di un rapporto di lavoro<sup>211</sup>;

4) l'istanza di avvio del procedimento di accertamento di *status* previdenziale può essere avanzata anche da uno solo degli interessati (datore di lavoro o lavoratore che sia); in tal caso la *BfA* dovrà informare l'altra parte dell'avvio del procedimento. Una volta presentata l'istanza, l'Istituto federale di previdenza degli impiegati provvederà a comunicare per iscritto agli interessati quali sono le circostanze e i documenti di cui avrà bisogno per adottare la decisione, che deve aver luogo in base ad «una valutazione complessiva di tutte le particolarità del singolo caso» (par. 7, lett. *a*, comma 2, *SGB IV*). Allo scopo, la *BfA* fisserà, quindi, un termine alle parti entro il quale esse dovranno produrre il materiale necessario richiesto;

5) a questo punto, viene adottata una decisione "provvisoria", che permette alle stesse parti interessate, sulla base della esposizione anticipata delle circostanze su cui è basata la decisione medesima, il deposito di osservazioni. Seguirà poi la decisione "definitiva", contro la quale si potrà agire in sede giurisdizionale, ma solo presso appositi tribunali competenti per le liti previdenziali, debitamente distinti dai tribunali del lavoro. Il ricorso sospende l'efficacia dell'atto impugnato;

6) nel sistema tedesco, inoltre, la certificazione interviene normalmente dopo l'inizio della attuazione del rapporto contrattuale;

<sup>211</sup> Cfr. *amplius*, L. NOGLER, *op. ult. cit.*, p. 237, il quale ricorda come, a seguito della nota sentenza del *Bunderverfassungsgericht*, del 20 maggio 1996, *NJW*, 1996, 2644, è stato considerato legittimo l'uso del metodo tipologico classico al fine di specificare la fattispecie così prevista dal legislatore.

7) infine, per quanto riguarda l'efficacia dello strumento certificatorio, il modello tedesco è caratterizzato dal fatto (per il nostro ordinamento quasi improponibile) che la decisione della *BfA* possa anche non retroagire al momento dell'instaurazione del rapporto d'occupazione soggetto all'accertamento.

Tale ultima regola, con finalità manifestamente promozionali ed incentivanti, resta valida tanto in relazione al periodo iniziale di carattere transitorio della disciplina, quanto nel momento in cui l'istituto sarà a pieno regime. Con alcune differenziazioni applicative.

Infatti, ai sensi del par. 7, lett. *c*), *SGB IV*, se l'istanza di certificazione è stata presentata entro il 30 giugno 2000, l'eventuale obbligo contributivo scatterebbe solo *ex nunc*, qualora al momento della presentazione dell'istanza stessa: (*a*) sussistesse un dubbio sulla natura del rapporto di lavoro; (*b*) non fosse stato già adottato un provvedimento da parte di un'amministrazione pubblica sulla sussistenza dell'obbligo stesso; (*c*) il committente non avesse omesso di adempiere agli obblighi nei confronti dell'ente previdenziale (*in primis*, alla denuncia di instaurazione del rapporto) con dolo o colpa grave. Indice della sussistenza del dolo viene considerato il fatto che, già in relazione ad altri analoghi rapporti, al committente fosse stato ingiunto in passato il pagamento dei contributi previdenziali. La colpa grave, invece, sussiste allorquando, ad esempio, le stesse mansioni sono state in precedenza svolte dal medesimo soggetto in qualità di lavoratore subordinato (come nel caso frequente del pensionato)<sup>212</sup>.

Una volta entrata a regime la riforma, invece, l'efficacia *ex nunc* sarebbe possibile solo in presenza, cumulativamente, dei seguenti presupposti: *a*) presentazione dell'istanza per l'accertamento entro un mese dall'inizio dell'attività lavorativa; *b*) assenso dato dalla persona occupata; *c*) per il periodo che va dall'inizio dell'attività fino al momento della certificazione, coper-

<sup>212</sup> Sul punto, cfr. K.J. BIEBACK, *Das neue Anfrageverfahren bei der Feststellung der Sozialversicherungspflicht*, in *Betriebs-Barater*, p. 873 e ss.

tura con assicurazione (*Absicherung*) contro i rischi finanziari in caso di malattia o di vecchiaia che corrisponda, dal punto di vista delle prestazioni, a quelle garantite dall'assicurazione legale contro la malattia e assicurazione pensionistica<sup>213</sup>.

Diversamente da quello tedesco, nel sistema inglese, invece, seppure non sia rinvenibile un istituto completamente identificabile con la nostrana certificazione, è certamente ascrivibile ai cosiddetti Tribunali Industriali una funzione deflattiva e preventiva dei conflitti in materia di lavoro, assimilabile alla *ratio* del nostro strumento di qualificazione certificata.

Infatti, i Tribunali Industriali, formalmente istituiti per la prima volta nel Regno Unito con l'*Industrial Training Act* del 1964, nella più totale diffidenza dei sindacati, hanno poi acquisito col tempo un'importanza centrale nel sistema di relazioni industriali britannico<sup>214</sup>.

La giurisdizione, inizialmente alquanto circoscritta, si è lentamente estesa un po' a tutti i profili più significativi del rapporto individuale di lavoro (dall'indennità di licenziamento per esubero di personale ai licenziamenti ingiustificati, dalle discriminazioni al risarcimento danni per inadempimento del contratto di lavoro).

<sup>213</sup> È ancora L. NOGLER, *op. ult. cit.*, p. 239, a precisare che il libro sesto del codice della legislazione sociale (*SGB VI*) è dedicato alle assicurazioni pensionistiche legali (*gesetzliche Rentenversicherung*) e che il capitolo dedicato alle prestazioni è suddiviso in sei sezioni: la prima dedicata alla riabilitazione; la seconda alle pensioni; la terza alle prestazioni aggiuntive; la quarta alle informazioni pensionistiche; la quinta alle prestazioni degli aventi diritto all'estero e, infine, la sesta all'esecuzione. Inoltre, lo stesso K.J. BIEBACK, *op. cit.*, p. 876, chiarisce comunque che l'assicurazione si considera equivalente anche se le relative prestazioni sono solo di carattere minimale.

<sup>214</sup> Secondo M. TIRABOSCHI, *Tribunali Industriali e tecniche di tutela dei diritti dei lavoratori: il caso inglese*, in *DRI*, 1995, 2, pp. 161 e ss., in effetti è proprio nel progressivo sviluppo della giurisdizione dei Tribunali Industriali che si può probabilmente individuare la chiave di volta che ha contribuito a sostenere il delicato passaggio dal metodo del *legal abstentionism* e della *primacy of collective bargaining* all'attuale fase neo-liberale fortemente caratterizzata dall'egemonia del contratto individuale di lavoro, quale conseguenza di una vigorosa e ben nota strategia di deregolamentazione del mercato del lavoro e di destrutturazione della normativa di sostegno al sindacato.



I Tribunali Industriali sono ancora oggi organi giurisdizionali-amministrativi (*Administrative Tribunals*) a composizione tripartita, assolutamente indipendenti dalla magistratura ordinaria.

Infatti, a differenza delle *courts of law* ordinarie, i Tribunali Industriali trovano la loro legittimazione non nella *common law*, ma nella legge che di volta in volta li istituisce<sup>215</sup>; è, infatti, il cosiddetto *Lord Chancellor* che designa il Presidente dei Tribunali Industriali, scegliendo tra una lista di avvocati abilitati all'esercizio della professione davanti alle *superior courts* (*barristers*), ovvero di "legali" abilitati a patrocinare in giudizio in funzione di intermediari tra *barristers* e cliente (*solicitors*) con non meno di sette anni di servizio. Sarà poi il Presidente dei Tribunali Industriali a determinare di tanto in tanto il numero dei Tribunali da istituire, nonché le località geografiche e le scansioni temporali in cui si terranno le udienze<sup>216</sup>.

Si tratta, in ogni caso, di una giurisdizione espressamente concorrente con quella delle Corti Ordinarie.

Il processo del lavoro è imperniato su un sistema processuale di tipo accusatorio. Ciascuna delle parti è chiamata a dimostrare i fatti su cui fonda le proprie pretese od eccezioni, mentre il Tribunale non ha alcun potere inquisitorio d'ufficio e non è previsto alcun tentativo preliminare di conciliazione.

Nati per facilitare l'accesso dei privati alla giustizia e per superare gli inconvenienti causati dalla storica sfiducia del sindacato inglese nelle Corti Ordinarie<sup>217</sup>, i Tribunali Industriali si caratterizzano per una procedura informata ai principi dell'oralità, concentrazione ed immediatezza.

Si tratta, dunque, di una procedura flessibile e largamente influenzata dalle circostanze del singolo caso. Le parti possono

<sup>215</sup> P.W.D. REDMOND, *General Principles of English Law*, Singapore, 1990, pp. 37 e ss.

<sup>216</sup> M. TIRABOSCHI, *op. ult. cit.*, p. 164.

<sup>217</sup> J. CLARK, Lord Wedderburn of Chalton, *Modern Labour Law: Problems, Functions and Policies*, in LORD WEDDERBURN OF CHALTON, R. LEWIS, J. CLARK, *Labour Law and Industrial Relations. Building on Khan-Freund*, Oxford, 1983, p. 174.

anche fare a meno di un avvocato che le assista, data l'assoluta assenza di qualsivoglia formalismo.

Inoltre, proprio allo scopo di coadiuvare i privati nel processo, sono stati predisposti appositi "moduli" per ricorrere in giudizio e per difendersi, corredati da chiare note esplicative e soprattutto pensati in modo da consentire a qualsiasi cittadino di agire personalmente senza l'ausilio di rappresentanti legali.

Contro le decisioni del Tribunale Industriale è prevista la possibilità di proporre appello presso il Tribunale d'Appello del Lavoro, il quale può assumere esso stesso alcune delle funzioni decisionali dei Tribunali Ordinari di prima istanza, oppure rinviare il caso ai Tribunali Industriali per un'ulteriore valutazione dei fatti.

È, inoltre, possibile presentare un successivo appello presso la giurisdizione civile ordinaria della Corte d'Appello e l'*House of Lords*.

Il Tribunale d'Appello del Lavoro è competente a decidere esclusivamente su questioni di diritto e non su quelle di fatto, pertanto, una volta retrocessa una questione interpretativa a mera circostanza di fatto, automaticamente si viene a circoscrivere la possibilità per le parti di appellarsi contro una decisione dei Tribunali del Lavoro.

Anche per la giurisdizione delle Corti di Lavoro trova applicazione la regola del cosiddetto "precedente vincolante", tipica dei sistemi di *common law*: i Tribunali sono, cioè, tenuti a conformarsi alle decisioni del Tribunale d'Appello del Lavoro e di tutte le altre Corti superiori, mentre le decisioni dei Tribunali Industriali non hanno alcuna autorità precedente, ma al più mero valore persuasivo in fattispecie analoghe, in virtù del fatto che soltanto le *superior courts* possono stabilire precedenti vincolanti<sup>218</sup>.

Infine, anche in questo ambito, come per la giurisdizione ordinaria, i *codes of practice* sono considerati veri e propri ele-

<sup>218</sup> B. HEPPLÉ, *Restructuring Employment Rights*, in *ILJ*, 1986, vol. 15, pp. 69 e ss.

menti di prova davanti agli *Employment Tribunals*, diversamente dai codici di buone pratiche italiani, introdotti con la Legge Biagi, che rappresentano solo dei “parametri giudiziari” che il giudice, pur non essendone vincolato, può prendere in considerazione quale indizio delle condotte richieste dal datore di lavoro<sup>219</sup>.

Dal confronto con tali modelli, brevemente esaminati (senza alcuna pretesa di esaustività), non può che lasciare ulteriormente perplessi la scelta del legislatore italiano, il quale sembra più che mai compreso in una sorta di “vorrei ma non posso” riformista.

Sin dalla lettura del Libro Bianco, infatti, sembra evidente l'intenzione di non ricorrere a strumenti effettivi di diritto morbido (*soft law*)<sup>220</sup>, restando qualsiasi proposta di riforma schiacciata nella concorrenza esistente tra tecniche regolative di *hard law* e di *soft law*, in una duplicità di percorsi di intervento sul mercato del lavoro e, più in generale, sul diritto del lavoro, difficilmente contemperabili<sup>221</sup>.

<sup>219</sup> Sul punto cfr. *amplius* M. DELFINO, *Il diritto del lavoro comunitario e italiano fra inderogabilità e soft law*, in *DLM*, 2003, 3, pp. 653 e ss.

<sup>220</sup> Circostanza confermata anche dal d.lgs. 276/03, dal momento, come chiarisce M. DELFINO, *op. ult. cit.*, p. 680, «che gli artt. 78, comma 4, e 84, comma 2, dispongono che entro sei mesi il Ministro del Lavoro adotta con proprio decreto codici di buone pratiche, rispettivamente per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro ed in materia di interposizione illecita e di appalto genuino. Tali codici recepiscono, qualora esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali o in quelli di categoria. In questi casi, quindi, le presunte norme di *soft law* sono adottate in via diretta – cioè senza la necessità di un previo intervento della contrattazione collettiva – con un decreto ministeriale, atto decisorio con efficacia vincolante, che sembra abbia poco a che vedere con i provvedimenti di diritto morbido».

<sup>221</sup> Sempre M. DELFINO, *op. ult. cit.*, p. 681, specifica che «il primo sentiero, più innovativo, è caratterizzato dall'uso generalizzato delle norme derogabili e delle disposizioni di *soft law*, assegnando quasi sempre all'autonomia individuale la possibilità di modificare quanto previsto a livello legale e depotenziando nel contempo il ruolo della contrattazione collettiva, con il risultato di produrre una diminuzione del livello generale di tutela dei lavoratori. Questo scenario è certamente da criticare, in quanto implica l'abbandono della norma imperativa e la sua sostituzione con linee-

Sarebbe, pertanto, certamente più opportuno, in un'ottica di completamento della riforma del mercato del lavoro, attualmente in atto nel nostro Paese, e per gli ulteriori eventuali interventi del legislatore in ambito lavoristico, abbandonare la dicotomia *hard law/soft law* e sottolineare l'importanza, accanto all'inderogabilità, di quella che è già stata definita "regolamentazione leggera"<sup>222</sup> – o *light regulation* –, che è espressione del superamento della "monodimensionalità del diritto"<sup>223</sup> ed è volta ad introdurre norme ad efficacia cogente differenziata, come il *soft law*, la *soft regulation*, la legislazione per obiettivi, le norme *minus quam perfectae*, ma anche le norme relativamente derogabili, fondando tale tecnica normativa su un giusto bilanciamento del ricorso alle diverse disposizioni. Infatti, l'utilizzo di tecniche di produzione del diritto del lavoro è ammissibile solo se ciò non comporta il totale superamento del ricorso alle norme inderogabili, semplicemente attraverso una regolamentazione meno invasiva<sup>224</sup>.

guida ed orientamenti politici di derivazione comunitaria, che non hanno efficacia cogente.

Il secondo percorso, più tradizionale, non prevede il ricorso al "diritto morbido" e lascia in piedi il meccanismo dell'iderogabilità, che può essere ridotto, ma non abbandonato».

<sup>222</sup> *Idem.*

<sup>223</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992.

<sup>224</sup> M. DELFINO, *op. ult. cit.*, p. 682.



## CAPITOLO QUARTO

### AUTONOMIA COLLETTIVA E INDISPONIBILITÀ DEL TIPO

SOMMARIO: 1. La qualificazione del tipo contrattuale nell'epoca della *flexicurity*.  
– 2. La derogabilità della norma prima e dopo l'art. 8 della legge n. 148/2011. – 3. L'art. 8 e l'indisponibilità del tipo contrattuale.

1. *La qualificazione del tipo contrattuale nell'epoca della flexicurity.* – Come sin qui chiarito, con il d.lgs. 276/2003 si opera il primo vero cambiamento di rotta nella storia del diritto del lavoro italiano, rappresentando tale disciplina il prodromico segnale di una difficile contaminazione tra la centralità incontrastata della Carta Costituzionale, con il suo “decalogo” di principi ispiratori, quali l'uguaglianza, la libertà, la dignità, la giustizia sociale, e gli interessi di mercato di una società capitalistica da tempo soffocata dalla crisi.

Una proposta legislativa evidentemente influenzata da quel “pensiero unico”<sup>1</sup> sulla flessibilità del lavoro, divenuta di moda alla fine del secolo scorso<sup>2</sup>, che (con un carattere pervasivo se non “ossessivo”, secondo alcuni autori<sup>3</sup>) invita alla progressiva deregolamentazione dei rapporti di lavoro quale strumento indispensabile per garantire l'occupazione in mercati più inclusivi.

<sup>1</sup> A. PERULLI e V. SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione d'Agosto” del Diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT-132/2011, p. 12.

<sup>2</sup> F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT-133/2011, p. 38.

<sup>3</sup> A. PERULLI e V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 12, sottolineano la «continua reiterazione dei medesimi concetti».

Un assioma, quello ormai consumato della “flessibilità in uscita = creazione di nuovi posti di lavoro”, mai empiricamente riscontrato, nonostante la forza di suggestione collettiva che ha assunto tale opzione interpretativa nelle scelte di politica del diritto contemporanee.

Più volte, infatti, è stato chiarito come la tesi descritta sia priva di riscontri concreti e contestata a livello teorico, poiché vi sono numerosi studi che negano che vi sia una correlazione tra la “protezione” garantita dalla disciplina in materia di lavoro ed i livelli di disoccupazione<sup>4</sup>.

Secondo il pensiero unico, dunque, è nel mercato esterno all’impresa che si consuma il dramma della disoccupazione e ne deriva il corollario secondo cui tale dramma è curabile solo con la terapia della flessibilizzazione normativa o ri-regolazione delle tutele degli occupati, che non induce la loro abolizione totale, ma un loro ridimensionamento o riduzione<sup>5</sup>.

Si tratta della cosiddetta *flexicurity*, “soluzione” che oggi ha rivelato i propri limiti, determinando una nefasta dissociazione, che ha restituito una *flexibility* priva di *security*<sup>6</sup>.

Benché ancora timidamente, la Legge Biagi ha rappresentato certamente il primo passo verso un’improvvisa (*rectius*, improvvida) discontinuità nell’applicazione dei parametri costituzionali in direzione opposta al senso di marcia imboccato dalla classica idea di lavoratore “contraente debole” e, in quanto tale, bisognoso di tutele inderogabili.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 14, gli stessi AA. inoltre chiariscono (p. 17), come «in Italia esiste una vasta area di imprese alle quali non si applica la stabilità reale... eppure in questo contesto non si assiste ad un *turn over* occupazionale più dinamico. Anzi al contrario quest’area è caratterizzata da un’utilizzazione di contratti flessibili assai elevata, nonostante la possibilità di licenziare a costi molto contenuti».

<sup>5</sup> B. VENEZIANI, *Contrattazione di Prossimità e art. 8 della legge n. 148/2011, Presentazione*, in RGLPS, Ediesse, 2012, 3, p. 455.

<sup>6</sup> F. CARINCI, *op. cit.*, p. 38. Recentemente L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, 2012, ha più ampiamente descritto anche questo fenomeno utilizzando l’efficace neologismo di “*flex-insecurity*”.

Tale operazione, però, si è consumata in maniera quasi indolore<sup>7</sup>, in una prospettiva che non ha mai alterato gli equilibri endogeni cristallizzati nel nostro ordinamento tra eteronomia e autonomia collettiva, confermando la sostanziale intangibilità della norma (inderogabile) del diritto del lavoro e del suo patrimonio genetico costituzionale<sup>8</sup>.

Ciò fino all'agosto 2011, allorché, con il "famigerato" art. 8, della legge n. 148, il legislatore ha introdotto una disciplina – come riconosciuto unanimemente ed a prescindere da qualunque valutazione di merito – che ha un potenziale dirompente per l'intero sistema del diritto sindacale, ancora incentrato sul contratto di diritto comune e sulla storica teoria del mandato e dell'autonomia collettiva, e del diritto del rapporto di lavoro, prevalentemente costruito sulla norma inderogabile<sup>9</sup>.

In particolare, l'art. 8 sembra irrompere sulla scena del diritto del lavoro del periodo post-costituzionale, intervenendo direttamente sul "classico" modello dei rapporti tra eteronomia e autonomia collettiva nel segno dell'arretramento della prima rispetto alla seconda, o per meglio dire del suo compito di cornice e delega di compiti ai poteri privati collettivi<sup>10</sup>.

A ridosso dell'attuale crisi finanziaria, dunque, l'equilibrio sin qui mantenuto viene improvvisamente spostato sul fronte

<sup>7</sup> Si pensi, come è già stato chiarito, alla certificazione, emblema di questa operazione "dirompente", che, invece, si è esaurita in un sostanziale fallimento.

<sup>8</sup> B. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 455.

<sup>9</sup> Per R. PESSI, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, in *RIDL*, 2011, 1, p. 538 «Dirompente sul diritto sindacale, perché legifica il rapporto tra contratto collettivo nazionale ed integrativo, *rectius* "di prossimità", rivoluzionando un collaudato sistema gerarchico tra le fonti; e, soprattutto, supera almeno per il livello integrativo la mancata attuazione della norma costituzionale relativa all'efficacia generale degli accordi collettivi.

Dirompente sul diritto del lavoro, perché affida alla contrattazione collettiva il compito di aggiornare lo statuto protettivo del lavoro subordinato (ma non solo) al mutato contesto economico, chiamando il sindacato ad assumersi la responsabilità "piena" di coniugare le norme a garanzia della persona del lavoratore con altri "beni" ugualmente rilevanti, quali la tutela dei livelli occupazionali e lo sviluppo economico».

<sup>10</sup> B. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 457.



della primazia della contrattazione di prossimità: il legislatore sembrerebbe, infatti, voler ri-disegnare gli istituti del rapporto di lavoro su cui le parti sociali possono esercitare la volontà di deroga sia al contratto nazionale che alla legge<sup>11</sup>, invadendo il perimetro invalicabile (almeno sino ad ora) dell'inderogabilità.

A tale impatto non riesce a scampare neanche il tema della disponibilità/indisponibilità qualificatoria del tipo contrattuale.

Al centro di questo nuovo progetto normativo (la cui *ratio* ha origine nel Libro bianco e si sviluppa attraverso gli intenti della l. n. 183/2010, cd. Collegato Lavoro, per arrivare sino ad oggi) si pone la norma inderogabile, a cui sono dedicati gli indicati interventi legislativi, che si snodano senza soluzione di continuità lungo un percorso che prende avvio dal tentativo di introdurre una forma di autonomia individuale assistita (la certificazione, appunto), con la quale consentire al singolo atti di disposizione del tipo e di derogare alla disciplina legale, passando, quindi, attraverso l'asse norma inderogabile-giudice, valorizzando l'arbitrato di equità e alleggerendo il peso delle sanzioni nelle ipotesi di conversione del tipo, per intervenire, infine, sullo storico equilibrio tra garantismo individuale e collettivo, consentendo alla cosiddetta contrattazione collettiva di prossimità di derogare in peggio a una parte della disciplina legale del rapporto di lavoro<sup>12</sup>.

La nuova normativa pone numerosi problemi (sia interpretativi che di legittimità al dettato costituzionale) e l'immediata necessità di chiarire se e in quali termini l'assenza di argini alla derogabilità – promossa dal legislatore – possa mettere effettivamente in discussione il principio della indisponibilità

<sup>11</sup> *Ibidem.*, p. 457.

<sup>12</sup> Cfr., sul punto, A. GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT-139/2012, p. 3, che aggiunge come «nella testa dei governi di centro-destra era da tempo presente l'idea che l'inderogabilità della legge dovesse essere messa in discussione in maniera organica, e si era manifestata già in forme oblique, spesso inconsistenti sul piano pratico anche per insipienza tecnica legislativa».

del tipo contrattuale come prefigurato dal diritto nazionale e sovranazionale<sup>13</sup>, e se il “catalogo costituzionale” riesca ancora a rappresentare l’unico e invalicabile parametro di tollerabilità democratica dell’ordinamento giuridico del lavoro nel nostro Paese.

In questa prospettiva, l’interprete sembra doversi confrontare con due (apparentemente contrapposti) principi costituzionali: la libertà d’impresa, sancita dall’art. 41, co. 2, Cost., e il diritto al lavoro, garantito dall’art. 4 Cost.

Una “negoziante” che non può prescindere dai parametri ermeneutici della ragionevolezza ed adeguatezza, ma anche un esercizio interpretativo che deve necessariamente muovere dalla ricerca di quel nucleo «etico»<sup>14</sup> di ogni norma che non è tangibile senza snaturare il significato stesso della tutela ivi contemplata.

2. *La derogabilità della norma prima e dopo l’art. 8 della legge n. 148/2011.* – Secondo l’art. 8 della l. n. 148 del 2011, in determinate (e molto ampie) materie e addirittura rispetto all’intera «disciplina del diritto del lavoro» la contrattazione collettiva “di prossimità” può derogare anche *in peius* alla legge e al contratto collettivo di livello superiore<sup>15</sup>.

Una norma “piccola piccola, di cinque soli commi, ben lontana dalle più o meno recenti riforme del diritto del lavoro...ma con un potenziale dirompente”<sup>16</sup>.

Infatti, sia rispetto alle precedenti operazioni legislative, sia rispetto al recentissimo accordo interconfederale del 2011<sup>17</sup>,

<sup>13</sup> B. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 457.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 458.

<sup>15</sup> O. MAZZOTTA, «Apocalittici» e «integrati» alle prese con l’art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo, in LD, 2012, 1, p. 19.

<sup>16</sup> R. PESSI, *op. cit.*, p. 537.

<sup>17</sup> L’Accordo Interconfederale, secondo F. LISO, *Osservazioni sull’accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT-157/2012, p. 2, «cerca di

ciò che immediatamente salta all'occhio di qualsiasi (anche distratto) osservatore è certamente l'ampiezza del potere derogatorio attribuito alla contrattazione di prossimità.

L'art. 8 consente di derogare, non solo a quanto previsto dai contratti nazionali nell'ambito di un elenco di materie tanto ampio quanto indefinito (mentre l'accordo interconfederale limitava la possibilità di modifica a «la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro»), ma (e soprattutto) alla disciplina legale, secondo un modello non sconosciuto all'ordinamento ma ampliato sino a ricomprendervi la maggior parte degli istituti del rapporto individuale di lavoro<sup>18</sup>.

Non si tratta quindi di un'innovazione in senso assoluto.

Numerosi e frequenti sono stati in passato i rinvii disposti dal legislatore alla contrattazione collettiva al fine di regolamentare singole fattispecie (a livello esemplificativo, si va dalle norme integrative al precetto legale, come è accaduto per la recente regolazione dell'apprendistato di cui al d.lgs. n. 167/2011, a quelle suppletive dello stesso, come per il "classico" caso dell'art. 5 della legge 223/1991).

In questa realtà già esistente, in cui la legge affidava ai sindacati una potestà "para-legislativa", delegando questi ultimi a regolare specifiche materie con un valore pari alla legge, si trattava, tuttavia, di casi in cui si attribuiva alla contrattazione (per lo più a livello nazionale) una funzione "autorizzatoria" e non propriamente derogatoria, volta all'organizzazione del mercato

porre rimedio alla crisi di efficienza del sistema regolativo della contrattazione collettiva che si è prepotentemente manifestata a causa della forte divisione prodottasi tra le organizzazioni sindacali, che ha messo a nudo l'incapacità del sistema legale – a causa della sua forte anomia – a fornire certezze». Infatti, – grazie anche ad una ritrovata unità delle tre principali sigle sindacali nazionali –, com'è noto, l'Accordo ha sostanzialmente confermato l'esistenza di un doppio livello di contrattazione (nazionale e integrativo), aprendo, però, la possibilità per il contratto di secondo livello (solo per quello aziendale, dunque) di derogare quello nazionale, entro determinati limiti e mantenendo la centralità del contratto nazionale rispetto a quello di prossimità.

<sup>18</sup> R. PESSI, *op. cit.*, pp. 540-541.

del lavoro piuttosto che alla regolazione del rapporto del lavoro<sup>19</sup>.

Il principio generale, dunque, restava quello per cui il contratto collettivo, ai vari livelli, poteva derogare la legge in generale per lo più in senso migliorativo, mentre la deroga in senso peggiorativo era consentita soltanto nelle ipotesi eccezionali tassativamente specificate dalla fonte primaria<sup>20</sup>.

La nuova disposizione sovverte questo principio, imponendo la derogabilità *in peius* come regola generalizzata<sup>21</sup>.

L'orientamento del legislatore, dunque, già dalla fine degli anni '70 del secolo scorso, fondava il rapporto tra contratto collettivo e legge su una derogabilità bidirezionale, aprendo la strada a forme di garantismo flessibile e di flessibilità negoziata, in cui – però – la ricerca di un punto di equilibrio tra modulabilità organizzativa dell'impresa e tutele individuali era de-

<sup>19</sup> A. PERULLI e V. SPEZIALE, *op. cit.*, *passim*, chiariscono che «la nuova regolamentazione introduce una vera e propria rivoluzione nel sistema delle fonti del diritto del lavoro... Come dire che la dialettica tra garantismo individuale (norma inderogabile) e garantismo collettivo (contratto collettivo) rimaneva saldamente a vantaggio del primo termine, fatte salve ipotesi determinate e circoscritte in cui l'ordinamento, pragmaticamente, rende possibile o addirittura raccomanda la contrattazione al ribasso in funzione del mantenimento dei livelli occupazionali. Oggi invece gli interessi "di parte" espressi dall'autonomia collettiva sono assunti dall'ordinamento statale come equivalenti a quelli di carattere più generale fatti propri dalla legge. In sostanza l'autonomia collettiva regola determinate materie con la stessa forza della legge e gli interessi che esprime sono considerati equivalenti a quelli pubblici che sono a fondamento delle norme inderogabili di legge».

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>21</sup> Sul punto F. LISO, *op. cit.*, p. 37, chiarisce come «la legge implicitamente ammette che l'uniformità delle regole da essa poste possa risultare controproducente in determinate situazioni, per cui rimette all'autonomia collettiva il compito di consentirne l'armonizzazione con la concretezza degli interessi in gioco e delle condizioni oggettive idonee a consentirne il soddisfacimento. La legge è frutto, evidentemente, della convinzione che la finalità protettiva possa essere perseguita in maniera più efficace da una regolazione di prossimità, ritenuta in grado di correlarsi realisticamente alla dimensione economica ed organizzativa nella quale gli interessi protettivi sono destinati a trovare soddisfazione e con riferimento alla quale può anche capitare che subiscano una selezione o una diversa modulazione in ragione di priorità».

legata all'autonomia collettiva secondo uno schema che riconosceva nel risultato della contrattazione collettiva l'«adeguatezza sociale» della soluzione raggiunta<sup>22</sup>.

Oggi, l'art. 8 compie un vero e proprio “strappo” nella storia del rapporto contrattazione collettiva/legge, aprendo più chiaramente la strada alla flessibilità negoziata con le parti sindacali e abbandonando definitivamente ogni ipotesi di derogabilità – seppur assistita – dello statuto protettivo del lavoro subordinato, tuttavia discostandosi dal modello originario per l'illimitatezza della delega: si prevede, infatti, una delega permanente e generale alla contrattazione, ma senza condizionarla al rispetto di norme minime inderogabili, se non ai principi costituzionali e a quelli derivanti da norme sovrastatali<sup>23</sup>.

Nel caotico e amplissimo elenco delle materie derogabili (che spazia dagli impianti audiovisivi alle mansioni e inquadramento del lavoratore; dai contratti a termine all'orario di lavoro; dai casi di appalto e somministrazione al recesso dal rapporto di lavoro), che finisce per ricomprendere – quindi – l'intero diritto del rapporto individuale di lavoro<sup>24</sup>, la norma appare con ogni evidenza sprovvista di qualsivoglia strumento capace di imporre un idoneo perimetro all'incidenza della contrattazione di prossimità sul nucleo fondamentale di diritti inderogabili.

Unici limiti deducibili dal dettato normativo sono, da una parte, la cd. “funzionalizzazione” della disposizione legale al rispetto dei “vincoli di scopo” imposti alla contrattazione di prossimità (la cui genericità e astrattezza, rende la deroga facilmente applicabile alle situazioni più disparate) e il comma 2-*bis*

<sup>22</sup> R. PESSI, *op. cit.*, p. 548. Più in generale sull'evoluzione della rappresentanza negoziale nel nostro Paese, cfr. anche B. CARUSO, *La rappresentanza negoziale irrisolta. Il caso Fiat tra teoria, ideologia, tecnica... e cronaca*, in RIDL, 2011, III, p. 265.

<sup>23</sup> Ancora R. PESSI, *op. cit.*, p. 549.

<sup>24</sup> Secondo G. FERRARO, *Profili costituzionali della disponibilità del sistema di tutele del diritto del lavoro subordinato*, in RGLPS, 2012, 3, p. 474, «lascia quanto mai disorientati l'ampio arco tematico su cui la contrattazione aziendale può incidere, suscettibile di investire praticamente l'intero sistema protettivo vigente».

del medesimo articolo, che vincola la derogabilità al precetto legale al rispetto delle norme costituzionali e alle imposizioni derivanti dalla disciplina comunitaria e dai trattati internazionali.

Un richiamo, quest'ultimo, certamente opportuno, anche se piuttosto pleonastico e ridondante<sup>25</sup> – come è stato fatto notare da numerosi autori – dato che risulta abbastanza agevole sostenere che qualunque attività contrattuale, sia essa individuale o collettiva, debba necessariamente uniformarsi alle direttive dell'Unione europea e alle regole della comunità internazionale<sup>26</sup>; praticamente tutto il diritto del lavoro nasce dall'esigenza di dare attuazione a principi contenuti nella Costituzione (a partire dagli articoli 3 e 4), ovvero entra nell'ordinamento a seguito del recepimento di direttive comunitarie e/o norme internazionali<sup>27</sup>.

Questo non vuol dire, però, che l'intero *corpus* normativo del diritto del lavoro sia inderogabile; in realtà, se tutte o (quasi) le discipline legali del diritto del lavoro trovano ispirazione in valori di rango costituzionale, non per questo possono essere considerate intangibili le modalità o le misure delle singole tutele che sono naturalmente esposte alle cangianti dinamiche sociali, politiche o dei rapporti di forza, senza rischiare di essere automaticamente tacciate di incostituzionalità, se non risulta violato il nucleo duro dei precetti costituzionali<sup>28</sup>.

I limiti (soggettivi ed oggettivi) imposti dall'art. 8, dunque, per quanto scontati o addirittura pleonastici, divengono un parametro interpretativo determinante ed essenziale per accedere ad una lettura più organica e obiettiva (*rectius*, non emotivamente condizionata) della normativa, soprattutto laddove sembra valicare l'intangibile principio di indisponibilità del tipo contrattuale.

<sup>25</sup> Cfr., tra gli altri, G. FERRARO, p. 475.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 476.

<sup>27</sup> R. PESSI, *op. cit.*, p. 551.

<sup>28</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *ADL*, 2012, 1, p. 22.

3. *L'art. 8 e l'indisponibilità del tipo contrattuale.* – Il comma 2 dell'art. 8, nella sua (indifendibile) “genericità e omnicomprensività”<sup>29</sup>, affidando poteri derogatori periferici alla contrattazione collettiva, con il disposto di cui alla lett. e), sembrerebbe volto ad intaccare l'integrità del tipo contrattuale, stabilendo che «le specifiche intese [a livello decentrato] possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento...alle modalità di assunzione e *disciplina del rapporto di lavoro*».

L'indeterminatezza della delega attribuita alla contrattazione di prossimità – che letteralmente richiama l'intera disciplina del rapporto di lavoro – sembrerebbe eccessivamente (ed ingiustificatamente) elevata, al punto che non pochi interpreti hanno immediatamente auspicato un intervento correttivo del legislatore finalizzato ad una più chiara delimitazione degli ambiti applicativi della disciplina, prefigurando – tra gli altri – il rischio evidente che nasconde questa disposizione, capace di incidere anche sull'assetto del tipo contrattuale.

Nelle more di un intervento chiarificatore, parte della dottrina si è chiesta se il potere derogatorio rispetto alle fonti contrattuali collettive sovraordinate e soprattutto rispetto alla legge, previsto dall'art. 8, sia tale da mettere effettivamente in discussione il tipo contrattuale e – comunque – quali siano i limiti/vincoli costituzionali, che rendono rigido il tipo negoziale al punto da impedire l'effettiva attuabilità dell'operazione derogatoria<sup>30</sup>.

In realtà, benché sia obbiettivamente eccessivo l'ambito delle norme divenute semimperative (cioè dotate di efficacia cogente solo nei confronti della autonomia individuale, come

<sup>29</sup> Così R. DE LUCA TAMAJO, cit., in *ADL*, 2012, 1, p. 23; ma dello stesso avviso è la maggior parte della dottrina giuslavoristica italiana. Per tutti si veda L. ZOPPOLI, *Articolo 8, analisi di una norma mal scritta*, in *Eguaglianza&Libertà. Rivista critica sociale*, [www.eguaglianzaeliberta.it](http://www.eguaglianzaeliberta.it) p. 4, secondo cui «il secondo comma è formulato in maniera assai tortuosa e involuta, passando da formule limitative a formule generiche e viceversa, con una sintassi che ingenera ogni forma di incertezza e confusione».

<sup>30</sup> O. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 20.

nel caso del riferimento all'intera disciplina del lavoro), sarebbe erroneo (quanto affrettato) parlare di un grave *vulnus* inferto alla Costituzione o di caducazione legislativa delle più importanti norme dello Statuto dei lavoratori<sup>31</sup>.

Infatti, una cosa è dire che le norme di diritto del lavoro hanno una vocazione al perseguimento di interessi generali e alla conseguente inderogabilità, altra è che il legislatore non sia libero di attenuare, in determinate circostanze e per determinate materie, tale carattere normativo in favore della contrattazione collettiva, cioè a dire di trasformare norme inderogabili in norme semimperative, vincolanti la sola autonomia individuale. L'inderogabilità nei confronti dell'autonomia collettiva è infatti un tratto caratteristico della nostra materia, ma non rappresenta di per sé un valore costituzionalizzato, insuscettibile di eccezione<sup>32</sup>.

Pertanto, il legislatore può legittimamente “ridisegnare la sagoma del contratto di lavoro”, adeguandone contenuti e tutele alle mutate esigenze economiche<sup>33</sup>, purché tale attività non si discosti irrimediabilmente da quei principi, garanzie e diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato, come più volte specificato dalle note sentenze degli anni '90 del secolo scorso della Corte Costituzionale e grazie alle quali la rigidità del tipo legale appare a tutt'oggi ferma e indiscutibile.

Infatti, secondo gli insegnamenti della Consulta, certamente vi è un limite oltre il quale la riduzione delle tutele diventa incompatibile con la salvezza della fattispecie legale, presupponendo intrinsecamente la subordinazione un certo livello di tutele<sup>34</sup>.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di qualificazione dei rapporti garantisce, dunque, la sussistenza di

<sup>31</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'art. 8 della legge n. 148/2011*, in *DRI*, 2012, 1, p. 12-13.

<sup>32</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, in *ADL*, p. 22.

<sup>33</sup> O. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 25.

<sup>34</sup> G. FERRARO, *op. cit.*, p. 477, aggiunge che «si tratta pur sempre di un limite esterno che va verificato in concreto nella pratica attuazione».



forti elementi di stabilità, che impediscono la divaricazione tra la qualificazione del rapporto e l'effettività dello stesso.

Ciò nonostante, i diritti che sono propri di questi rapporti – come chiarito – possono comunque essere modulati secondo ragionevolezza, essendo il potere discrezionale del legislatore e (oggi) dell'autonomia collettiva vincolato ai criteri di proporzionalità ed adeguatezza desumibili dalla Carta Costituzionale e anche dalle fonti sovranazionali<sup>35</sup>.

Se, dunque, l'appartenenza al tipo costituisce il presupposto per l'accesso alla normativa inderogabile, un intervento legislativo, come quello del 2011, volto a modificare le consuete regole vigenti in materia, pur essendo un'operazione tecnicamente possibile, non può avvenire in modo implicito (con un non detto), dato che comunque va ad incidere sulla norma legale non già alterandone il contenuto, ma attenuandone la forza precettiva<sup>36</sup>.

Pertanto, la nuova normativa, seppure in linea di massima non può essere pregiudizialmente condannata *in toto*, non può sottrarsi al vaglio di legittimità costituzionale allo scopo di fugare (o, meglio, di rivelare) ogni dubbio di contrarietà ai principi della Carta Costituzionale.

Da tempo, infatti, la giurisprudenza costituzionale risolve il rapporto tra diritto ed economia sul parametro dell'equilibrato bilanciamento delle rispettive ragioni, sostituendo al controllo formale di costituzionalità, un sindacato che apprezza significativamente gli interessi ed i principi, approfondendo i profili materiali e i valori sottostanti alle norme e sottoponendo proprio al vaglio di ragionevolezza il potere discrezionale riconosciuto al legislatore<sup>37</sup>.

«Com'è noto, il criterio di razionalità/ragionevolezza è fondato sull'idea di misura e di proporzione ed è sempre in-

<sup>35</sup> R. PESSI, *op. cit.*, p. 552.

<sup>36</sup> A. MARESCA, *Prime interpretazioni del decreto*, in *Il diario del lavoro*, [www.ildiariodellavoro.it](http://www.ildiariodellavoro.it), p. 3.

<sup>37</sup> R. PESSI, *op. cit.*, p. 553.

scritto entro le coordinate di valore del sistema giuridico, vale a dire nella dimensione assiologica della razionalità in funzione della quale è orientata l'azione normativa. Non si tratta di un semplice problema di coerenza e funzionalità, il cui controllo si arresta a un giudizio di mera compatibilità tra mezzi e fini, bensì di una questione più avanzata di efficienza strumentale, che impone di verificare se la norma è davvero idonea allo scopo, se concretamente realizza l'obiettivo prefissato»<sup>38</sup>.

A fronte di tale operazione interpretativa, l'art. 8 sembrerebbe entrare in rotta di collisione proprio con le sentenze della Corte Costituzionale, presentando alcuni palesi profili di incostituzionalità, che si evidenziano proprio nel confuso elenco delle materie nelle quali la contrattazione di prossimità può intervenire, ed in particolare proprio nel punto in cui si richiama genericamente la «disciplina del lavoro», legittimando così una serie pressoché illimitata di modifiche peggiorative<sup>39</sup>.

Infatti, mentre appare assolutamente privo di fondamento il timore espresso da chi<sup>40</sup> ha recentemente sostenuto che la contrattazione aziendale con questa normativa sarebbe abilitata financo a modificare i connotati tipologici del contratto di lavoro a progetto, consentendo di ricondurre a tale qualifica contrattuale rapporti di lavoro in realtà subordinati, più consistente risulta, invece, il pericolo di una polverizzazione della disciplina e quindi del tipo in una serie indefinita di contratti di lavoro "minori" o a "minore tutela", al di fuori di ogni possibile pianificazione razionale, con un'ulteriore frammentazione del mercato del lavoro, in evidente contrasto con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> A. PERULLI e V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 30.

<sup>39</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, in *ADL*, p. 23.

<sup>40</sup> L. GALLINO, *Come abolire il diritto del lavoro*, in *La Repubblica*, 5 settembre 2011.

<sup>41</sup> Sul punto, cfr., tra gli altri, R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, in *ADL*, p. 23 e O. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 25-27, il quale chiarisce che: «con l'art. 8 il legislatore avallerebbe, una volta per tutte, la disponibilità collettiva del tipo normativo, attraverso la creazione di sottotipi, scelti dalla contrattazione collettiva periferica e connotati da

Tale rischio, però, per quanto concreto, appare allo stato di difficile realizzazione nella realtà dei fatti, in quanto una giurisprudenza che da sempre ha contribuito a costruire il diritto del lavoro, fondandolo sulla norma inderogabile, potrebbe dimostrarsi, alla prova dei fatti, restia a disarticolare proprio quei principi rispetto alla mutata realtà normativa, peraltro ancora di dubbia legittimità.

Ne consegue che, di fronte ad un legislatore che ha concepito poteri derogatori rispetto ad una materia assolutamente indistinta, tanto da rendere l'oggetto di tale potere del tutto indeterminato<sup>42</sup>, resta immutato l'insegnamento della Consulta, secondo cui, se neanche al legislatore è consentita, per l'evidente contrasto con precetti costituzionali, una disponibilità qualificatoria elusiva della normativa di tutela del lavoro subordinato, analogo divieto opera nei confronti della contrattazione collettiva: questa potrà, quindi, modificare taluna delle previsioni legali in materia (ad esempio le causali e le modalità di recesso o i requisiti di forma), ma certo non incidere sulla fattispecie legale, pena appunto la violazione di una serie di norme costituzionali protettive del lavoro subordinato<sup>43</sup>.

L'avvertimento della Corte, seppur datato, appare ad oggi quanto mai attuale e realmente capace di dare adeguata rispo-

un minor apparato protettivo, in funzione di certe controprestazioni premianti e/o in presenza di una situazione economica (più o meno) transeunte, rispetto alla quale ogni verifica di congruità sarebbe tecnicamente e politicamente improbabile». In merito, R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, in *DRI*, p. 13, invece ritiene che «tranne ipotesi limite di rappresentanze sindacali di comodo, come tali facilmente aggredibili *ex art.* 17 St. Lav., la garanzia di tenuta dei pilastri del sistema protettivo è fornita sia dalla barriera – cosiddetta dal legislatore invalicabile – dei principi costituzionali, delle norme comunitarie e delle convenzioni internazionali, che, nella loro ampiezza in tema di lavoro, rappresentano una rete di sicurezza, sia dal senso di responsabilità delle OO.SS.: queste difficilmente varcheranno la soglia di garanzie più significative (quali, ad esempio, la sanzione reintegratoria in tema di licenziamenti) e potrebbero addirittura formalizzare un'intesa (priva di efficacia reale, ma di forte valenza politica) volta a escludere dalla facoltà derogatoria taluna delle materie lasciate dal legislatore alla disponibilità collettiva».

<sup>42</sup> O. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 27.

<sup>43</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, in *DRI*, pp. 13-14.

sta ai dubbi sollevati da gran parte della dottrina contemporanea.

Infatti, rispetto a questa rimodulazione delle tutele realizzata dal legislatore del 2011, non può parlarsi con eccessiva leggerezza di attacco indiscriminato ai principi che assistono l'inderogabilità del tipo contrattuale, dimenticando come la Consulta abbia, già da tempo, espressamente individuato un'area di assoluta inderogabilità connessa ai diritti indisponibili del lavoratore in quanto persona, o meglio di una indisponibilità delle garanzie connesse a quei diritti alla cui rinuncia corrisponderebbe una abdicazione dell'«essere» stesso dello statuto protettivo; si tratta cioè di tutti quei diritti che attengono alla tutela alla salute ed alla sicurezza del lavoratore, alla garanzia di non discriminazione, alla tutela alla riservatezza, alla libertà di associazione e negoziazione sindacale; in altre parole, di quei diritti stabilmente integrati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>44</sup> e (implicitamente) richiamati dalla *ratio* del comma 2-*bis* della norma in esame.

Le dichiarazioni di principio della Corte Costituzionale rappresentano, pertanto, un ostacolo insuperabile (*rectius*, una garanzia invalicabile) nei confronti di norme legali volte a consentire ad una contrattazione privata, realizzata in ambiti molto ristretti, di intaccare il sistema delle tutele che organicamente si connette alla fattispecie lavoro subordinato, dato che quelle tutele hanno come tratto intrinseco l'inderogabilità che scaturisce direttamente dal dettato costituzionale.

La nostra Costituzione, infatti, assumendo come valore qualificante la tutela del lavoro dipendente (attraverso un apparato rigido di tutele finalizzato non solo a riequilibrare una disparità di potere congenita alle società capitalistiche, ma anche a preservare valori fondamentali della persona implicata in processi produttivi, in chiave, quindi, emancipatoria ed evolutivista dei soggetti sociali<sup>45</sup>), restringe al minimo gli spazi di

<sup>44</sup> R. PESSI, *op. cit.*, pp. 554-555.

<sup>45</sup> G. FERRARO, *op. cit.*, p. 478.

attuazione di deroghe peggiorative alla disciplina del contratto e nel processo di qualificazione del rapporto di lavoro che ne deriva.

In questo senso, il legislatore, anche allorquando deleghi ad altri (segnatamente, alle parti collettive) il potere di modificare la legge (anche in senso peggiorativo), spingendosi fino ad un'operazione di eventuale riscrittura del tipo, dovrà necessariamente procedere entro limiti rigorosamente predeterminati sul piano soggettivo ed oggettivo<sup>46</sup>, attuando – in tali casi – una costruzione di sottotipi adeguatamente dotati di sufficiente autonomia concettuale, onde evitare i descritti rischi di illegittimità in ordine ai connessi limiti costituzionali, comunitari ed internazionali<sup>47</sup>.

In conclusione, al di là dei paventati (anche se concreti) rischi di una improvvida frammentazione della disciplina dettata dall'art. 2094 c.c., che potrebbe essere disgregato in una miriade incontrollata di sottotipi negoziali “al ribasso”, e nonostante la criticabile scelta terminologica di un legislatore eccessivamente generico (se non, a tratti, impreciso), al punto da far ipotizzare con ogni probabilità l'apertura di un nuovo vasto fronte dialettico nel nostro (già affollatissimo) contenzioso giudiziario, alla resa dei conti, appare, allo stato, altrettanto probabile che il tanto temuto intervento legislativo del 2011 si risolva in una sostanziale ineffettività (o quanto meno in una reticente applicazione), grazie ai solidi argini posti dalla Corte Costituzionale. Tali limiti risultano sicuramente in grado di

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 479.

<sup>47</sup> Sul punto si veda R. PESSI, *op. cit.*, p. 556, secondo il quale: «le obiettive difficoltà applicative che la complessità del dettato legislativo pone, potrebbe sconsigliare gli operatori a porre in essere tentativi di concretizzazione dell'ipotesi normativa stante le incertezze sull'esito nella inevitabile dialettica del contenzioso giudiziario». Anche per O. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 28, «ove alla delega fosse dato effettivo corso, non potrà che esser[vi] la polverizzazione della riforma in un contenzioso dai confini assolutamente indeterminati ed incerti, che non appare un esito auspicabile in funzione del valore minimo, più che della sola e ormai esausta certezza del diritto, delle stesse relazioni economiche».

contrastare qualsiasi attacco (per quanto dirompente) alla indisponibilità qualificatoria che intenda intaccare quel nocciolo duro di tutele costituzionali rese inviolabili tanto per il legislatore, quanto per la contrattazione collettiva nazionale e, a maggior ragione, per quella di prossimità, che – nonostante i più recenti orientamenti volti ad attribuire nuovo vigore a quest'ultimo livello contrattuale – resta una fonte di “rango inferiore”.

In ogni caso, i veri limiti alla contrattazione di prossimità sono individuabili già nello stesso art. 8, laddove – segnatamente al comma 2-*bis* – si vincola la derogabilità del precetto legale al rispetto delle norme costituzionali ed a quelle derivanti dalla disciplina comunitaria e internazionale.

Infatti, il legislatore, pur investendo l'interprete del gravoso compito di individuare quel nucleo di diritti inderogabili cui lo statuto protettivo non può rinunciare, appare pienamente consapevole, con l'inserimento del comma 2-*bis*, del fatto che l'indeterminatezza della delega alla contrattazione di prossimità potrebbe risultare eccessivamente elevata se non arginata da quello statuto minimo di principi, garanzie e diritti, che sono espressione di valori costituzionalmente tutelati, ovvero che discendono dall'adesione dell'Italia ad un sistema di valori sovranazionali espresso dalla sua adesione alla Comunità europea (si pensi alla Carta di Nizza, alle convenzioni Oil, al Trattato Ue, così come alle fonti comunitarie secondarie), al punto da poter creare rischi di contenzioso permanente, con conseguenze paralizzanti per l'operatività stessa della norma<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> R. PESSI, *op. cit.*, p. 551; da ultimo cfr. anche V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci Ed., 2012, pp. 171-173.



## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, Utet, Torino, 1998, n. 21.
- ALLEVA P.G., *Un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti*, in P.G. ALLEVA, *Lavoro, ritorno al passato*, Roma, 2002, p. 87.
- ALLEVA P.G., ANDRONI 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 [www.cgil.it/giuridico/Politiche-deldiritti/Dirittodellavoro/Librobianco](http://www.cgil.it/giuridico/Politiche-deldiritti/Dirittodellavoro/Librobianco), p. 8.
- ANGELINI L., *Sulla rilevanza del nomen iuris nel processo di qualificazione del rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 1999, 3, p. 670.
- AVIO A., *La subordinazione ex lege non è costituzionale*, in *RIDL*, 1995, II, p. 277.
- AVONDOLA A., *Certificazione e legittimità costituzionale*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, pp. 305 e ss.
- AVONDOLA A., *Una breccia nel muro invalicabile della indisponibilità qualificatoria nel diritto del lavoro?*, *RIDL*, 2006, 3, pp. 552 e ss.
- BALLESTRERO M.V., *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *DL*, 1987, p. 41 e ss.
- BAVARO V., *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci Ed., 2012.
- BELLAVISTA A., *Divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di E. Gagnoli e A. Perulli, Padova, 2004, p. 789.
- BIEBACK K.J., *Das neue Anfrageverfahren bei der Festsellung der Sozialversicherungsppflicht*, in *Betriebs-Barater*, p. 873 e ss.
- BORZAGA M., *Subordinazione e sicurezza sociale: le «riforme fallite» nella Repubblica Federale Tedesca*, in *DRI*, 2002, pp. 873 e ss.
- BRINO V., *La derogabilità assistita nel lavoro a progetto: potenzialità e limiti*, in *Atti del Convegno Aidlass su Autonomia individuale e au-*



- tonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004, p. 290.
- BUBOLA G. e PASQUINI F., *Collaborazioni a progetto: la riforma cambia le regole*, in *I Supplementi di Guida al Lavoro*, Gruppo 24 ore, 2012, 3, p. 20 e ss.
- CANNELLA C., *Delega al Governo in materia di mercato del lavoro*, in atti del Convegno "Riforma o controriforma del mercato del lavoro? Dalla nuova legge delega alle proposte della CGIL", Roma, 12.3.03, in *D.L. on line*, su [www.di-elle.it](http://www.di-elle.it).
- CARABELLI U., *Intervento*, in Atti del Convegno Aidlass 2008, *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Modena 18-19 aprile 2008, Giuffrè, 2009, p. 279.
- CARINCI F., *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. IT-133/2011.
- CARINCI F., *Complimenti Dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *W.P. Massimo D'Antona: il dibattito sulla riforma italiana di diritto del lavoro*, in [www.csdle.lex.unict.it](http://www.csdle.lex.unict.it).
- CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., TREU T., *Il rapporto di lavoro subordinato*, Manuale di diritto del lavoro, Torino, 2005.
- CARUSO B., *La rappresentanza negoziale irrisolta. Il caso Fiat tra teoria, ideologia, tecnica... e cronaca*, in *RIDL*, 2011, III, p. 265.
- CASELLA M., *Il contratto e l'interpretazione*, Milano, 1961.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, 2000, p. 332 e ss.
- CENTOFANTI S., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. CINELLI e G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella l. 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato Lavoro)*, Giappichelli, 2011, pp. 30-31.
- CESTER C., voce *Rinunzie e transazioni (dir. lav.)*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, p. 986.
- CHIARLONI S., *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?*, in *RTDPC*, 1988, p. 752.
- CINELLI M. e FERRARO G., *Il contenzioso del Lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Giappichelli, 2011, p. XVII.
- CLARK J., LORD WEDDERBURN OF CHALTON, *Modern Labour Law: Problems, Functions and Policies*, in Lord Wedderburn of Chalton, R. Lewis, J. CLARK, *Labour Law and Industrial Relations. Building on Khan-Freund*, Oxford, 1983, p. 174.
- CORDIO R., *Lavori atipici e tutela giurisdizionale: l'azione di riconduzione del rapporto al suo contenuto effettivo*, in Atti dell'Incontro di stu-

- dio del CSM “*La riforma del diritto del lavoro: nuove tipologie contrattuali*”, Roma, 7-8 luglio 2005.
- CORVINO A. e TIRABOSCHI M., *Il rilancio della certificazione: nuovi ambiti di operatività e “tenuta” giudiziaria*, in M. TIRABOSCHI (a cura di) *Collegato Lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, in *GL*, 2010, p. 3 e ss.).
- D’ANTONA M., *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 1990, p. 529 e ss.
- D’ANTONA M., *L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, Relazione introduttiva al X Congresso Aidlass, Udine 1991, in *DLRI*, 1991, 3, p. 457.
- D’ANTONA M., *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in *Lavoro subordinato e dintorni*. Il Mulino, Bologna, 1989.
- D’ANTONA M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, 1, p. 63 ss.
- DE ANGELIS L., *Certificazione dei rapporti di lavoro e poteri del giudice: quale deflazione del contenzioso?*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema* (a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli), Napoli, 2003, p. 295.
- DE ANGELIS L., *Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 111/2010.
- DE ANGELIS L., *Contratti di lavoro a progetto: rilievi in tema di certificazione dopo il decreto n. 251 del 2004*, in *FI*, 2004, p. 49.
- DE ANGELIS L., *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal Libro Bianco al Disegno di legge delega*, Milano, 2002, p. 9.
- DE ANGELIS L., *Le certificazioni all’interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, 2004, 2, p. 247.
- DE LUCA TAMAJO R., *L’ipotesi di un tertium genus e il disegno di legge n. 5651 sui cd. lavori atipici*, in *DL*, 2000, 4, p. 263.
- DE LUCA TAMAJO R., *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull’art. 8 della legge n. 148/2011*, in *DRI*, 2012, 1.
- DE LUCA TAMAJO R., *Dal lavoro parasubordinato al lavoro “a progetto”*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2003, 9.
- DE LUCA TAMAJO R., *Intervento*, in *Atti del Convegno Aidlass 2008, Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Modena 18-19 aprile 2008, Giuffrè, 2009, p. 264.

- DE LUCA TAMAJO R., *L'impatto del lavoro a progetto sulla sistematica qualificatoria del diritto del lavoro*.
- DE LUCA TAMAJO R., *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del lavoro coordinato*, in ADL, 1997, p. 41.
- DE LUCA TAMAJO R., *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in ADL, 2012, 1.
- DE LUCA TAMAJO R., *Quei tre destini possibili per i 2 milioni di Co.co.co.*, su *Il Mattino*, 8.6.2003.
- DE LUCA TAMAJO R., *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in RIDL, 2004, 4, I, p. 521.
- DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974, p. 14.
- DELFINO M., *Il diritto del lavoro comunitario e italiano fra inderogabilità e soft law*, in DLM, 2003, 3, pp. 653 e ss.
- DELL'OLIO M., *Atti del Convegno Aidlass su Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004.
- FERRARO G., *Profili costituzionali della disponibilità del sistema di tutele del diritto del lavoro subordinato*, in RGLPS, 2012, 3.
- FERRARO G., *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 30/2005.
- FLAMMIA R., *Un nuovo tipo di lavoro coordinato*, in *Mass. Giur. lav.*, 1997, p. 161 e ss.
- FONTANA G., *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema* (a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli), Napoli, 2003, pp. 311 e ss.
- GABRIELLI L., *Sulla rilevanza decisiva della subordinazione ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro autonomo o subordinato*, in *Giur. it.*, 1986, p. 106.
- GAETA L., *Lavoro a distanza e subordinazione*, Esi, Napoli, 1993.
- GALANTINO L., *I nuovi tipi della subordinazione*, in *D.L.*, 2003, 5, p. 283.
- GALLINO L., *Come abolire il diritto del lavoro*, in *La Repubblica*, 5 settembre 2011.
- GANDI S., *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità ed ambiguità*, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, 7, p. 487.
- GARGIULO U., *Natura ed effetti del negozio certificato*, in *in Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema* (a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli), Napoli, 2003, pp. 321 e ss.

- GARILLI A., *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT-139/2012.
- GAROFALO M.G., *La legge delega sul mercato del lavoro prime osservazioni*, in RGL, 2003, 2, p. 378.
- GAROFALO M.G., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Lavoro e diritti dopo il Decreto Legislativo 276/2003*, (a cura di Curzio), Bari, 2004, p. 429.
- GENTILI A., *La certificazione dei rapporti di lavoro: tra verità e accordo*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, 2005, p. 803.
- GHERA E. e VALENTE L., *Primo commento al Collegato Lavoro*, in MGL, 2010, 12 p. 864 e ss.
- GHERA E., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, p. 278.
- GHERA E., *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *D&P lav.*, 2002, 8, p. 527.
- GHEZZI G. - ROMAGNOLI U., *Il rapporto di lavoro*, Bologna, Il Mulino, 1967, 2<sup>a</sup> ed., 1.
- GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, 1993, II, pp. 484-485.
- GIUGNI G., *Diritto sindacale*, Bari, 2001, p. 75.
- GIUGNI G., *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: riesame critico*, in *DL*, 1970, I, p. 4 e ss.
- GRAGNOLI E., *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, in RGL, 2004, 4, pp. 543 e ss.
- GRAMICCIA G., *Prime osservazioni sul contratto di lavoro a progetto*, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, p. 27.
- GRANDI M., *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *ADL*, 1999, p. 337.
- GRANDI M., *Recensione a PEDRAZZOLI M., La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 77.
- GRECO P., *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VII, tomo III, Torino, 1939, p. 460.
- HEPPLE B., *Restructuring Employment Rights*, in *ILJ*, 1986, vol. 15, pp. 69 e ss.
- HERNANDEZ S., *Il disegno di legge sui lavori atipici: verso nuove rigidità?*, in *Dir. lav.*, 1999, p. 391.
- IANNIELLO A., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *D.L. on line*, su [www.di-elle.it](http://www.di-elle.it).

- ICHINO P., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989.
- ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 290.
- ICHINO P., *L'anima laburista della Legge Biagi. Subordinazione e dipendenza nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, in *Giust. civ.*, 2005, II.
- ICHINO P., *La rilevanza della volontà negoziale ai fini della qualificazione del contratto di lavoro*, in *RIDL*, 1989, p. 47.
- ICHINO P., *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, in *RIDL*, 1987, 1, pp. 82-83.
- LAI M., *La certificazione nel cd. Collegato lavoro ed il ruolo della bilateralità*, in *RIDL*, 2012, III, p. 23.
- LISO F., *Osservazioni sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. IT-157/2012.
- LUNARDON F., *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, in *DLRI*, 1990, 1, p. 419.
- LYON-CAEN A., *Actualité du contrat de travail*, in *Dir. soc.*, 1988, p. 540.
- MAGNANI M. e SPATARO S., *Il lavoro a progetto*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2004, 11.
- MANNA A., *Subordinazione e autonomia della prestazione di lavoro nella più recente giurisprudenza*, in *D&L*, 1996, p. 874.
- MARESCA A., *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, p. 43.
- MARESCA A., *Prime interpretazioni del decreto*, in *Il diario del lavoro*, [www.ildiariodellavoro.it](http://www.ildiariodellavoro.it).
- MARIANI M., *La legge 8 novembre 1991, n. 381, sulle cooperative sociali*, in *RIDL*, 1992, I, p. 209 ss.
- MARIUCCI L., *Interrogativi sugli enti bilaterali*, in *LD*, 2003, pp. 163 e ss.
- MARONGIU N., *La trasformazione del lavoro a progetto in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato*, in *RIDL*, 2006, 2, p. 438.
- MAZZONI G., *Manuale di diritto del lavoro*, a cura di A. Aranguren, Milano, Giuffrè, 1988, vol. I, pp. 151 e ss.
- MAZZOTTA O., *«Apocalittici» e «integrati» alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo*, in *LD*, 2012, 1.
- MAZZOTTA O., *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro* (Atti del X Congresso Aidlass di Udine del 1991), in *GDLRI*, 1991, n. 51, 3, p. 495.

- MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, in RIDL, 1991, I, p. 38.
- MAZZOTTA O., *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".
- MAZZOTTA O., *Rapporti interpositori e contratti di lavoro*, Milano, 1979, p. 201 e ss.
- MENEGHINI L., *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in QDLRI, 1998, p. 167.
- MENGGONI L., *Quale disciplina per il lavoro atipici?*, in Atti del Convegno «Quale disciplina per il lavoro tipici», Vicenza, 28-29 gennaio 2000, estratto in *Dir. lav.*, 2000, p. 73.
- MEZZACAPO D., *La fattispecie "lavoro a progetto"*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2004, 25.
- MISCIONE M., *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. giur.*, 2003, 9, p. 821.
- MONTUSCHI L., *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *L.D.*, 1993, 1, p. 24.
- NAPOLI M., *Relazione per le giornate di studio Aidlass, Padova, 21-22 maggio 2004, sul tema "Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme"*, p. 21.
- NOGLER L., *Ancora su tipo e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *ADL*, 2002, 1, p. 109.
- NOGLER L., *Commento agli artt. 75-81*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, Commentario*, coordinato da M. Pedrazzoli, Bologna, 2004, p. 889.
- NOGLER L., *Cos'è la certificazione dei contratti di lavoro?*, in *Il nuovo mercato del lavoro* (Commentario a cura di L. Montuschi, F. Liso, M. Pedrazzoli, P. Ichino, A. Maresca, C. Zoli, R. Romei, R. Del Punta, P. Tullini, L. Nogler, P. Bellocchi), Zanichelli, 2003, 3, p. 879.
- NOGLER L., *Forza contrattuale delle parti e qualificazione del rapporto di lavoro del direttore generale di una SpA, con società collegate*, in RIDL, 1994, p. 317 e ss.
- NOGLER L., *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, 3, p. 112.
- NOGLER L., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DLRI, 2004, 2, p. 206.
- NOGLER L., *La certificazione nei contratti di lavoro*, in *Guida lav.*, 2003, n. 10, p. 16.

- NOGLER L., *La certificazione nei contratti di lavoro*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2003, 23.
- NOGLER L., *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro*, in RIDL, 1990, I, p. 215.
- NOGLER L., *Osservazioni su accertamento e qualificazione del rapporto*, in Giust. civ., 1992, p. 108.
- NOVELLA M., *Atti del Convegno Aidlass su Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004, p. 329.
- NOVELLA M., *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in ADL, 2003, 2, p. 520.
- NOVELLA M., *Intervento*, in Atti del Convegno Aidlass 2008, *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Modena 18-19 aprile 2008, Giuffrè, 2009, p. 259.
- NOVELLA M., *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009.
- PALLINI M., *Il lavoro a progetto: ritorno al...futuro?*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2005, 32.
- PANNESI P., *La certificazione dei contratti di lavoro presso le Dpl e le Province*, in Guida al lav., 2005, p. 60.
- PASQUINI F. e TIRABOSCHI M., *La certificazione dopo il Collegato lavoro (l. 183/2010)*, Gruppo Il Sole 24 Ore, Milano, 2011.
- PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Bologna, 1989.
- PEDRAZZOLI M., *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in QDLRI, Torino, 1998, n. 21, p. 27.
- PEDRAZZOLI M., *Dai lavoratori autonomi ai lavoratori subordinati*, in GDLRI, 1998, pp. 509 e ss.
- PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985.
- PEDRAZZOLI M., *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in RIDL, 1984, I, p. 506.
- PEDRAZZOLI M., *Tipologie contrattuali, a progetto e occasionali. Commento al titolo VII del d.lgs. 276/2003*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2004, 13.
- PELLACANI G. e TIRABOSCHI M., *Certificazione: è tempo di primi bilanci*, in *La certificazione dei contratti di lavoro*, in Guida al lav., 2005, p. 5.

- PELLACANI G., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro. La divergenza tra il programma contrattuale ed il concreto atteggiarsi del rapporto*, Torino, 2002.
- PELLACANI G., *Lavoro a progetto nella legge di riforma*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 29, pp. 1817 e ss.
- PERA G., *Diritto del Lavoro*, 6<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2000.
- PERA G., *Sul valore della volontà cartolare per la qualificazione del rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 1997, II, p. 702.
- PERSIANI M., *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. lav.*, I., 1998, p. 203.
- PERULLI A. e SPEZIALE V., *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione d'Agosto" del Diritto del lavoro*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. IT-132/2011.
- PERULLI A., *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *Lav. e dir.*, 2004,1, pp. 87 e ss.
- PERULLI A., *Locatio operis e lavoro "sans phrase" nella prospettiva di un nuovo statuto giuridico dei lavori*, in *QDLRI*, 1998, 21, p. 73.
- PESSI R., *I rapporti di lavoro cosiddetti atipici tra autonomia e subordinazione nella prospettiva dell'integrazione europea*, in *RIDL*, 1992, I, p. 135.
- PESSI R., *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, in *RIDL*, 2011, 1.
- PIANA L., *Il bollino blu di Tiraboschi*, in *L'Espresso*, Mondadori, del 18 agosto 2011.
- PINTO V., *Le collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. Curzio, Bari, 2004, pp. 328 e ss.
- PINTO V., *Prime chiose sulla nuova disciplina del lavoro a progetto*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. IT-151/2012.
- PINTO V., VOZA R., *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal libro bianco al disegno di legge delega*, in *RGL*, 2002, I.
- PIZZOFERRATO A., *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *Italian Labour Law e Journal*, in [www.labourlawjournal.it](http://www.labourlawjournal.it).
- PROSPERETTI U., *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, Milano, 1964.
- REDMOND P.W.D., *General Principles of English Law*, Singapore, 1990, pp. 37 e ss.
- RICCI G., *La certificazione del contratto di lavoro: obiettivi, potenzialità e limiti*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema* (a cura di



- R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli), Napoli, 2003, pp. 329.
- ROCCELLA M., TREU T., *Il diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 1992.
- ROSSBACH G., *Einführung eines bundeseinheitlichen Anfrageverfahrens zum Sozialversicherungsrechtlichen Status*, in *Die Agestellten Versicherung*, p. 396.
- ROTA A., *Sull'inefficacia deflattiva della certificazione nel contenzioso sulla qualificazione del rapporto di lavoro*, in RIDL, 2010.
- RUSCIANO M., *A proposito del Libro Bianco sul mercato del lavoro*, in *Diritto del Lavoro on line* ([www.unicz.it/lavoro](http://www.unicz.it/lavoro)).
- SANTONI F., *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, Napoli, 1979.
- SANTORO PASSARELLI F., *Sull'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro*, in GCCC, 1948, II, p. 53.
- SANTORO PASSARELLI G., *Le novità normative sul lavoro a progetto e sulle prestazioni di lavoro autonomo rese dalle partite IVA nella l. n. 92/2012 (Art. 1, commi 23-27)*, in F. CARINCI e M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012)*, Ipsoa, 2012, p. 139.
- SANTORO PASSARELLI G., *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, in ADL, 2004, 1, p. 41.
- SCIOTTI R., *Considerazioni sulla rilevanza qualificatoria della certificazione dei contratti di lavoro*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 46/2004.
- SCOGNAMIGLIO R., *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in RIDL, 2001, I, p. 95 e ss.
- SIMITIS P., *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in DLRI, 1990, p. 92.
- SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico critici*, Napoli, 1967.
- SPEZIALE V., in *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro, Titolo VII, VIII e IX - Artt. 61-86*, in AA.VV., *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, 2004, p. 140.
- SPEZIALE V., *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in RGL, 2003, 2, p. 280.
- SPEZIALE V., *La certificazione dei rapporti di lavoro; funzioni ispettive e controversie di lavoro*, in Atti del Seminario su "La nuova legge sul mercato del lavoro", Roma 5 febbraio 2003.

- SPEZIALE V., *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel "collegato lavoro"*, in *DLM*, 2010, I, p. 139 e ss.
- SPEZIALE V., *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276* coordinato da F. Carinci (a cura di P. Bellocci, F. Lunardon, V. Speziale), Milano, 2003, p. 164.
- TATARELLI M., *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, in *MGL*, 2010, 12, p. 874 e ss.
- TIMELLINI C., *Qualificazione del rapporto: subordinazione e onere della prova*, in *MGL*, 2002, 8-9, p. 543.
- TIRABOSCHI M., *Autonomia e subordinazione nelle tecniche di interpretazione dei precedenti giudiziari*, in *RIDL*, 1994, II, p. 364.
- TIRABOSCHI M., *La cd. certificazione dei lavori atipici e la sua tenuta giudiziaria*, in *AA.VV., Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, p. 107-108.
- TIRABOSCHI M., *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, in *La riforma Biagi del mercato del lavoro* (a cura di M. Traboschi), Padova, 2003, pp. 237 e ss.
- TIRABOSCHI M., *Premessa*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Collegato Lavoro. Commento alla Legge 4 novembre 2010, n. 183, Il Sole 24 Ore S.p.A.*, Milano, 2010, p. XIII.
- TIRABOSCHI M., *Tribunali Industriali e tecniche di tutela dei diritti dei lavoratori: il caso inglese*, in *DRI*, 1995, 2, pp. 161 e ss.
- TOFFOLETTO G., *«Scommessa» sulla certificazione*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 settembre 2003, p. 18.
- TOSI P., LUNARDON F., *Introduzione al diritto del lavoro. L'ordinamento europeo*, Roma-Bari, 2005.
- TREU T., *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione e arbitrato*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, I, p. 89.
- TULLINI P., *Certificazione dei contratti di lavoro, Artt. 75-81*, in *La riforma del mercato del lavoro e nuovi modello contrattuali* (a cura di E. Gragnoli, A. Perulli), Padova, 2004, pp. 831-833.
- TULLINI P., *Relazione introduttiva*, in *Atti del Convegno Aidlass 2008, Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Modena 18-19 aprile 2008, Giuffrè, 2009, *passim*.
- TURSI A., *La certificazione dei contratti di lavoro*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 41/2004, in *lex.unict.it/labourweb*.

- VALLEBONA A., *I disegni di riforma del processo del lavoro*, in *Boll. Adapt* ed. speciale del 14.3.2007, p. 3.
- VALLEBONA A., *La riforma dei lavori*, Padova, 2004.
- VALLEBONA A., *La riforma del mercato del lavoro: cambia poco ed è sbagliata*, in *Dir. lav.*, 2003, 3, p. 191 e ss.
- VALLEBONA A., *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *ADL*, 2004, 1, pp. 293 e ss.
- VALLEBONA A., *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *DL*, 1992, p. 479.
- VENEZIANI B., *Contrattazione di Prossimità e art. 8 della legge n. 148/2011, Presentazione*, in *RGLPS*, Ediesse, 2012, 3.
- VOZA R., *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2007.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, 1992.
- ZOLI C., *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Atti del Convegno Aidlass su Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004.
- ZOPPOLI L., *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. IT-102/2010.
- ZOPPOLI L., *Articolo 8, analisi di una norma mal scritta*, in *Eguaglianza&Libertà. Rivista critica sociale*, [www.eguaglianzaeliberta.it](http://www.eguaglianzaeliberta.it).
- ZOPPOLI L., *Certificazione del contratto di lavoro e contrattazione collettiva*, in *Istituzioni e regole del lavoro flessibile* (a cura di) M. Rusciano, C. Zoli, L. Zoppoli, Ed. Scientifica, Napoli, 2006, p. 335.
- ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, 2012.

Finito di stampare  
nel marzo 2013  
Ink Print Service - Napoli











