

Collana Fondazione Marco Biagi

Direttore responsabile
Francesco Basenghi

Comitato Scientifico
Marina Orlandi Biagi (*Presidente*), Tindara Addabbo, Francesco Basenghi,
Janice Bellace, Roger Blanpain, Tommaso M. Fabbri, Luigi E. Golzio, Csilla
Kollonay, Luigi Montuschi, Mario Napoli, Alan C. Neal, Jacques Rojot,
Yasuo Suwa, Tiziano Treu, Manfred Weiss

Comitato di redazione
Ylenia Curzi, Alberto Russo, Olga Rymkevich, Iacopo Senatori, Carlotta
Serra

Segreteria di redazione
Fondazione Marco Biagi, Università di Modena e Reggio Emilia
Largo Marco Biagi 10, 41121 Modena
Tel. +39 059 2056031; Fax. +39 059 2056068
E-mail: fondazionemarcobiagi@unimore.it
Sito Internet: www.fmb.unimore.it

Francesco Basenghi - Alberto Russo
(a cura di)

Giustizia del lavoro ed effettività dei diritti

Contributi sulla legge n. 183/2010

Collana Fondazione Marco Biagi

Almanach
5/5/2012

G. Giappichelli Editore – Torino



© Copyright 2012 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-2597-6

Composizione: Compograf - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

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

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

Indice-Sommario

	<i>pag.</i>
Prefazione <i>Francesco Basenghi e Alberto Russo</i>	IX
Introduzione <i>Francesco Basenghi</i>	XI
Parte I – Atti del convegno <i>Giustizia del lavoro ed effettività dei diritti</i> <i>dopo la legge n. 183/2010</i>	
Poteri imprenditoriali e ruolo della magistratura del lavoro nelle più recenti riforme <i>Giuseppe Ferraro</i>	3
Durata del processo e risarcimento del danno <i>Antonio Vallebona</i>	15
Il nuovo disegno della certificazione e le competenze delle Commissioni nella legge 4 novembre 2010, n. 183 <i>Alessandro Bellavista</i>	33
Novità procedurali e profili di tutela sostanziale nella legge n. 183/2010: in particolare la nuova certificazione <i>Gaetano Zilio Grandi</i>	41

Il nuovo disegno della certificazione e le competenze delle Commissioni nella legge 4 novembre 2010, n. 183

Alessandro Bellavista

1. Premessa

L'istituto della certificazione dei contratti di lavoro è stato introdotto, nell'ordinamento italiano, dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, allo scopo di alleggerire il contenzioso in materia di qualificazione del rapporto. Così, esso è stato congegnato come una procedura volontaria, nella quale una Commissione – istituita presso le sedi indicate dal legislatore – convalida la qualificazione del contratto data dalle parti stipulanti.

Lo strumento certificatorio ha avuto, in sostanza, una genesi *bipartisan*¹. Infatti, esso è stato elaborato, in prima battuta, da Marco Biagi, prendendo spunto da alcune suggestioni di Antonio Vallebona², come elemento del più ampio progetto di uno "Statuto dei lavori"³, durante i governi di centrosinistra della fine degli anni novanta del secolo scorso; e poi l'idea è stata ripresa dai successivi governi di centrodestra, a partire dal libro bianco del 2001, fino a trovare consacrazione legislativa negli artt. 75-84 del già citato d.lgs. n. 276/2003⁴.

¹ Cfr. L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DLRI*, 2004, 203 ss.

² A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *DL*, 1992, I, 479 ss.

³ Cfr. M. BIAGI, *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, in *QDLRI*, 1998, 346 ss.; ID., *Progetto per la predisposizione di uno "Statuto dei lavori"*, 25 marzo 1998, in *DRI*, 1999, 275 ss.; M. MAGNANI, *Verso uno "Statuto dei lavori"?*, *ivi*, 311 ss.

⁴ Cfr. P.G. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del d.lgs. n. 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, I, 920 ss.; V. SPEZIALE, *Sub artt. 75-84*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, Ipsoa, Milano, 2004, 139 ss.; ID., *Sub art. 75*, in *Il "correttivo" alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2005, 169 ss.

Comunque, al di là di tutto, uno degli aspetti più singolari dell'istituto è quello che, pur volendo ridurre il contenzioso, apre lo spazio a tutta una serie di ricorsi giurisdizionali, tra cui per giunta quelli presso il giudice amministrativo, che di norma non è competente per le cause di lavoro nel settore privato.

L'effetto più importante della certificazione è senza dubbio quello di vincolare a quanto ivi stabilito, seppure *medio tempore*, anche i soggetti terzi (diversi dalle parti: soprattutto gli enti previdenziali e fiscali) che avrebbero un interesse ad una diversa qualificazione del contratto⁵. Ciò risulta dall'art. 79 del d.lgs. n. 276/2003 secondo cui "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, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'art. 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari". L'accertamento è vincolante solo *medio tempore*, perché ovviamente un ostacolo invalicabile a qualunque forma di certificazione inoppugnabile è rappresentato dal principio dell'indisponibilità del tipo, anche da parte del legislatore, come sancito dalle note pronunce della Corte costituzionale⁶.

2. Le ultime modifiche alla disciplina della certificazione

La legge 4 novembre 2010, n. 183, introduce alcune modifiche all'istituto della certificazione, probabilmente allo scopo di rivitalizzarlo stante lo scarso successo da esso riscontrato nella realtà effettuale.

Infatti, in primo luogo, viene riformulata la disposizione di esordio del Titolo VIII del d.lgs. n. 276/2003 – dedicato alle "procedure di certificazione" –, e cioè l'art. 75, la cui rubrica appunto è denominata "finalità" (dell'istituto). Nella versione originaria l'art. 75 affermava che "al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione del contratto secondo la procedura volontaria stabilita nel presente titolo". Ora, dopo la novella apportata dal comma 4 dell'art. 30 della legge n. 183/2010, la disposizione sancisce che "al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro, le parti possono otte-

⁵ Cfr. A. GUADAGNINO, *Gli effetti vincolanti della certificazione sull'attività ispettiva degli enti previdenziali*, in *DRI*, 2011, 126 ss.

⁶ Cfr. F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, 7ª ed., Utet, Torino, 2011, 27 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *RIDL*, 2001, I, 95 ss.

tere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro secondo la procedura volontaria stabilita nel presente titolo".

Quindi l'obiettivo perseguito dall'istituto è sicuramente più ampio rispetto alla versione precedente, almeno stando alle dichiarazioni d'intenti contenute nella normativa. Questo perché una cosa è quanto il legislatore afferma di volere realizzare con un istituto, altra cosa, ben diversa, è quanto quello stesso istituto consente effettivamente di realizzare. Sicuramente è possibile ritenere che la riforma produce un ampliamento del campo dei contratti certificabili. In precedenza i contratti certificabili erano solo quelli nei quali fosse direttamente dedotta una prestazione di lavoro, subordinato o autonomo, con le eccezioni, di cui agli artt. 83 e 84 del d.lgs. n. 276/2003, del regolamento interno delle cooperative e del contratto di appalto. A seguito della novella sembra che la certificazione si possa estendere a tutte le tipologie contrattuali dove è dedotta direttamente o indirettamente una prestazione di lavoro: e perciò anche alla somministrazione, al trasferimento d'azienda o di un suo ramo, al distacco.

Il comma 5 dell'art. 30 della legge n. 183/2010 aggiunge un nuovo periodo alla lett. c-ter) del comma 1 dell'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003. Questo stabilisce che le commissioni istituite presso i consigli provinciali dei consulenti del lavoro, oltre a rispettare le condizioni già vigenti, possono operare "unicamente nell'ambito di intese definite tra il Ministro 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". Va condivisa l'opinione secondo cui non si tratta di un atto di diffidenza del legislatore nei confronti dei consulenti del lavoro, ma solo della predisposizione di un sistema che assicuri modalità operative uniformi. Ciò anche in considerazione del fatto che presso tutte le sedi di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003 è oggi possibile, a seguito delle innovazioni apportate dall'art. 31, commi 12 e 13, della legge n. 183/2010, sia svolgere il tentativo facoltativo di conciliazione di cui al nuovo art. 410 c.p.c., sia istituire camere arbitrali⁷.

Non facile è peraltro pervenire alla conclusione che la certificazione non è più limitata alla scelta della tipologia contrattuale, ma si estende anche alle clausole che disciplinano il relativo rapporto.

Infatti, il comma 2 dell'art. 30 della legge n. 183/2010 stabilisce che

⁷ Cfr. M. MARAZZA, *Oggetto ed effetti della nuova certificazione dei contratti di lavoro*, in *ADL*, 2011, 61.

“nella qualificazione del contratto 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 VIII del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione”.

La farraginosità della formulazione dell’enunciato è evidente. Tuttavia, una lettura calibrata induce a ritenere che l’intenzione del legislatore sia quella di ampliare lo spazio operativo della certificazione. Questa non dovrebbe essere più limitata alla qualificazione del contratto, bensì potrebbe anche toccare il contenuto dei singoli istituti contrattuali. D’altra parte, l’enunciato è parte di una disposizione più ampia il cui *trait d’union* è quello del tentativo di limitare i poteri del giudice, seppure con strumenti non particolarmente raffinati sul piano tecnico⁸.

In effetti, sorprende come il legislatore miri a rafforzare il ruolo della certificazione in modo ambiguo: e cioè, non affermando esplicitamente a cosa serva la certificazione, ma indirettamente stabilendo dove si deve arrestare il giudice nel valutare l’atto certificato. Per giunta, il legislatore utilizza, nello stesso ambito, espressioni tra di loro in contraddizione. Come s’è appena visto, il comma 2 dell’art. 30 dice che “il giudice non può discostarsi dalle valutazioni”; ma il successivo comma 3 della stessa disposizione afferma, più blandamente, che “nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo ...”.

Comunque sia, la soluzione più ragionevole sta nella circostanza di ritenere che queste disposizioni non siano altro che specificazioni delle regole di cui all’art. 1362 c.c. ss. in tema di interpretazione del contratto. Pertanto, il giudice deve utilizzare le “valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione”, proprio allo scopo di ricercare la “comune intenzione” di esse, secondo quanto prescrive l’art. 1362 c.c. E, al riguardo, risulta che la giurisprudenza dominante ritiene prevalente il criterio letterale quale strumento di esegesi del testo contrattuale. Sicché, l’attenzione a quanto espresso in sede di certificazione permette di concretare il principio della priorità dell’interpretazione letterale⁹.

⁸ Cfr. F. SCARPELLI, *Il tentativo di limitare i poteri del giudice*, in *Legge n. 183/2010*, Supplemento al n. 45/2010 di *Rass. sind.*, 2010, 54 ss.

⁹ Così, V. SPEZIALE, *La certificazione e l’arbitrato dopo il “Collegato lavoro”*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 118/2011, 16.

D’altronde, nulla lascia intendere che il comma 2 dell’art. 30 possa costituire una surrettizia porta d’ingresso a forme di derogabilità assistita dei diritti (inderogabili) dei lavoratori. Ciò per vari motivi. In primo luogo, una soluzione del genere contrasta con le osservazioni contenute nel messaggio del Presidente della Repubblica del 31 marzo 2010 (con cui è stato rinviato alle Camere il testo originariamente approvato), che rimarcano la condizione di debolezza contrattuale del lavoratore non superabile con la presenza dell’organo di certificazione. Inoltre, la derogabilità assistita realizzata per il tramite della certificazione integra una forma di disposizione di diritti futuri radicalmente nulla e assoggettabile ad un diverso regime giuridico solo in presenza di una chiara e netta presa di posizione del legislatore. E le stesse considerazioni valgono anche per le clausole di tipizzazione di giusta causa e/o di giustificato motivo di cui al comma 3 dell’art. 32. La verità è che, proprio nella fase costitutiva del rapporto, è massima la condizione di debolezza del prestatore di lavoro e pertanto in tale momento è *in re ipsa* esclusa la effettiva volontarietà delle negoziazioni da costui poste in essere¹⁰.

Ma a simili conclusioni si perviene anche riguardo alla nuova ipotesi di certificazione delle clausole contrattuali durante lo svolgimento del rapporto. In effetti, il comma 17 dell’art. 31 della legge n. 183/2010 aggiunge un nuovo comma all’art. 79 del d.lgs. n. 276/2003, il quale sancisce che “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”.

Tuttavia, la certificazione non potrebbe mai legittimare atti dispositivi di diritti futuri del lavoratore. E per il passato la stessa certificazione avrebbe solo un valore di chiarificazione di punti oscuri, senza potere contrastare con la realtà effettuale. Altrimenti v’è il rischio che gli stessi com-

¹⁰ Così, M. ROCCELLA, *Lo squilibrio legalizzato tra imprese e lavoratori*, in *Il Manifesto*, 21 ottobre 2010; V. SPEZIALE, *La certificazione*, cit., 10 ss.; L. NOGLER, *Opinioni sul “Collegato lavoro”*, in *DLRI*, 2011, 131 ss.; L. DE ANGELIS, *Opinioni sul “Collegato lavoro”*, cit., 135 ss. Di diverso avviso cfr. A. VALLEBONA, *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in *MGL*, 2010, 901 ss.; M. MARAZZA, *Oggetto*, cit., 64 ss.

ponenti della commissione di certificazione concorrano ad integrare le fattispecie elusive delle disposizioni poste a tutela dei diritti dei lavoratori.

3. Ma allora a cosa serve la certificazione?

Va respinta così la tentazione di utilizzare la certificazione per destrutturare l'impianto tradizionale del diritto del lavoro. Però, come ha osservato Tiziano Treu, "anche se la rilevanza del procedimento certificativo è circoscritta, la sua utilità pratica non può essere sottovalutata"¹¹. E cioè, "anzitutto per il contributo che può dare alla chiarezza e certezza dei rapporti, in particolare nell'area grigia di confine tra lavoro autonomo e subordinato e in generale dei lavori atipici o nuovi". In ciò consiste quello che, in base a tale opinione, va definito come il "valore persuasivo" della certificazione. Vale a dire il contributo ad avviare percorsi condivisi nella qualificazione e nella costruzione dei contenuti dei rapporti contrattuali.

Tuttavia, la realizzazione di questo obiettivo richiede la presenza di alcuni presupposti. Il primo è che vi sia una fiducia diffusa sulla pratica certificativa. Ma la fiducia è una risorsa scarsa, difficile da costruire e facile da distruggere. E infatti andrebbero evitati casi in cui si offre al giudice una vera e propria autostrada per smantellare qualificazioni in termini di autonomia di rapporti chiaramente subordinati: come quello di Bergamo del lavoratore a progetto incaricato di consegnare giornali alle edicole, ma in realtà da considerare lavoratore subordinato. Mentre la qualificazione come lavoro autonomo era stata avallata dalla commissione di certificazione dell'Università di Modena¹².

Altro requisito per diffondere il carattere persuasivo della certificazione è quello di convincere anche il lavoratore della convenienza dello strumento; e pure nella direzione della costruzione di impegni più gravosi della generalità dei casi, ma adeguatamente ricompensati. Per fare ciò è indispensabile la presenza e la collaborazione dei sindacati dei lavoratori. Sicché, andrebbe valorizzato lo spunto previsto nell'ultimo periodo del comma 10 dell'art. 31 della legge n. 183/2010 e rendere di fatto obbligatoria la presenza di rappresentanti sindacali delle parti davanti alle commissioni di certificazione in tutti i casi in cui si possa o si voglia ricorrere a tale pratica.

Ulteriore condizione è quella dell'affidabilità delle stesse commissioni di

¹¹ T. TREU, *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione ed arbitrato*, in *DRI*, 2003, 89.

¹² Cfr. Trib. Bergamo, 20 maggio 2010, in *LG*, 2011, 301 ss.

certificazione, quantomeno in relazione allo loro imparzialità. Purtroppo, l'ampliamento delle sedi abilitate alla certificazione, promossa dal legislatore in provvedimenti precedenti, non contribuisce alla creazione dell'anzidetta fiducia: soprattutto se le competenze certificatorie vengono attribuite a soggetti non graditi (anche a torto) dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori.

Il valore della certificazione verrebbe peraltro esaltato qualora si adottassero e si diffondessero tecniche condivise. E per fare ciò andrebbero valorizzate le indicazioni contenute nei commi 4 e 5 dell'art. 78 del d.lgs. n. 276/2003: laddove proprio si fa riferimento alla predisposizione di codici di buone pratiche, di moduli e formulari. Sicché, le sedi di certificazione potrebbero svolgere appieno il ruolo di controllo sociale e istituzionale, auspicato nella recente direttiva del ministro Sacconi, del 18 settembre 2008. Così, con il risparmio in termini di efficienza, concentrare gli accertamenti ispettivi, almeno in prima battuta, sui rapporti non volontariamente certificati.

4. Certificazione ed arbitrato

Sia consentito accennare brevemente, e senza il necessario approfondimento, alla questione al momento estremamente controversa della connessione instaurata dalla legge n. 183/2010 tra certificazione e arbitrato d'equità che, secondo alcune opinioni, permetterebbe di aggirare ogni forma di tutela giurisdizionale e una completa dismissione dei diritti inderogabili del lavoratore. Qui ci si limita a sottolineare che tale preoccupazione appare infondata, perché nulla impedisce al lavoratore di scegliere la via giudiziale, in quanto la previsione di un arbitrato obbligatorio sarebbe incostituzionale. E analoga conclusione dovrebbe logicamente operare anche qualora si accertasse che la nuova normativa determini, di fatto, un condizionamento sostanziale della libertà negoziale del lavoratore tale da imporgli di scegliere la via arbitrale¹³.

Inoltre, lo spazio del giudizio di equità è circoscritto e limitato, dai commi 5 e 6 dell'art. 31 della legge n. 183/2010, "nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari". Il che significa il venir meno del rischio, paventato nel messaggio del Presidente della Repubblica, di una incisione sulla disciplina sostanziale del rapporto di lavoro. Anche perché, se il giu-

¹³ Cfr. M. ROCCELLA, *Lo squilibrio*, cit.

dizio di equità consentisse un "giudizio extragiuridico", la clausola compromissoria integrerebbe un'inammissibile disposizione di diritti futuri derivanti da normative inderogabili¹⁴.

¹⁴ Cfr., *amplius*, V. SPEZIALE, *La certificazione*, cit., 16 ss.; R. DEL PUNTA-A. BARBA-G. COSTANTINO, *Opinioni sul "Collegato lavoro"*, cit., rispett. 137 ss., 150 ss. e 165 ss.; M. MISCIONE, *Quale arbitrato d'equità in materia di lavoro*, in *DPL*, 2010, n. 23, 1298 ss.

Novità procedurali e profili di tutela sostanziale nella legge n. 183/2010: in particolare la nuova certificazione

Gaetano Zilio Grandi

1. Premessa

Con il c.d. collegato lavoro il nostro diritto del lavoro subisce un altro, prevedibile, assestamento orientato ad una semplificazione di taluni aspetti critici, da un lato, e allo spostamento in sede non giudiziaria, con conseguente, prevista, deflazione del contenzioso, dall'altro.

Emblematici esempi di tali indirizzi del legislatore sono gli artt. 30 e 32 e, per altro verso, l'art. 31.

2. Clausole generali e certificazione

Con la prima delle due norme citate si cerca infatti di limitare, nei vari aspetti nei quali si svolge e soprattutto cessa il rapporto di lavoro, la discrezionalità del giudice, che non a caso ha infatti portato alcuni, tra cui il sottoscritto, a ritenere ad esempio "impossibile" un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, specie se legato a situazioni di sopravvenuta impossibilità della prestazione da parte del lavoratore.

Per far questo viene ribadito che il giudice deve astenersi dal sindacato di merito sulle valutazioni tecniche e produttive del datore o committente, per i motivi che si sono appena richiamati, ovvero un utilizzo improprio di tale sindacato contrastante con l'art. 41 Cost.; ed ancor più viene rilanciato il ruolo delle commissioni di certificazione, con il limite, non indifferente, della erronea qualificazione del contratto da parte della stessa, dei vizi del consenso e della difformità tra il programma negoziale certificato e quanto realmente attuato dalle parti. Tale linea di sviluppo riguarda anche, si badi bene, le tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo, per le quali si rinvia ai contratti collettivi ma anche ai contratti individuali, con ciò provo-