

LA CERTIFICAZIONE DOPO VENT'ANNI, TRA PROBLEMI IRRISOLTI E POTENZIALITÀ INESPRESSE

Antonio Leonardo Fraioli

Professore Associato di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Abstract: il saggio analizza l'istituto della certificazione a vent'anni dalla sua introduzione, prendendo in esame le sue diverse caratteristiche e funzioni, dall'idea di derogabilità assistita, alla certificazione-qualificazione del contratto e delle singole clausole, all'attività di assistenza e consulenza. Vengono esaminati i problemi dell'efficacia della certificazione ed i rimedi esperibili nei confronti della stessa. Infine il saggio affronta il delicato problema della certificazione obbligatoria per gli ambienti confinati e/o sospetti di inquinamento. Si conclude che la certificazione ha ancora potenzialità inespresse, nell'ottica di offrire una protezione sempre più concreta al lavoratore.

Abstract: the essay analyzes the labour law certification twenty years after its introduction, examining its different characteristics and functions, from the idea of assisted derogation, to the certification-qualification of the contract and of the individual clauses, to the assistance and advice activities. The study examines the problems of the effectiveness of the certification and the remedies available for it. Finally, the essay analyzes the delicate problem of mandatory certification for confined and/or suspected pollution environments. The Author concludes that certification still has unexpressed potential, in order to offer a growing concrete protection to the worker.

SOMMARIO: 1. L'introduzione della certificazione nell'ordinamento giuridico. - 2. Il modello non attuato della c.d. volontà assistita. - 3. La certificazione del contratto di lavoro e delle singole clausole: verso la derogabilità assistita? - 4. Certificazione e giurisdizione. - 4.1. *Segue:* L'efficacia della certificazione. - 5. I rimedi esperibili nei confronti della certificazione. - 6. La certificazione dell'appalto. - 7. La certificazione obbligatoria per gli ambienti confinati e/o sospetti di inquinamento. - 8. Conclusioni.

1. L'introduzione della certificazione nell'ordinamento giuridico.

L'istituto della certificazione viene introdotto nel nostro ordinamento dagli artt. 75 e ss. del d. lgs. n. 276/2003, in attuazione dell'art. 5 della legge delega n. 30/2003, per essere subito modificato dal c.d. decreto correttivo d. lgs. n. 251/2004 e poi dalla legge n. 183/2010 (Collegato Lavoro).

Il legislatore codifica un modello preciso di certificazione e cioè la certificazione-qualificazione, anche se poi, come vedremo, verrà utilizzata dal legislatore anche quale strumento di assistenza per il conseguimento di atti giuridici¹.

¹ Uno dei primi a trattare il tema della volontà assistita è stato A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, VI, pp. 479 ss.; successivamente, sull'introduzione della certificazione, tra i molti, si veda V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra*

Il legislatore rinuncia quindi alla codificazione del più ambizioso e dirompente modello di certificazione della c.d. derogabilità assistita, proposto dalla dottrina e fatto proprio dal Libro Bianco del 2011 sul mercato del lavoro².

Per una parte rilevante della dottrina, l'istituto della certificazione, e quindi il suo problema originario teorico-concettuale, sarebbe *incompatibile* con il *proprium* del diritto del lavoro³; in particolare, stando alla critica più fondata, si allude al processo di qualificazione da parte della commissione che necessariamente riguarda il momento contrattuale, mentre come noto nel diritto del lavoro vige il principio di effettività per cui il giudice, nel momento qualificatorio, attribuisce rilevanza unicamente alle modalità esecutive del rapporto. Ed invero, proprio in tema di interpretazione del contratto, mentre ai civilisti basterebbe, per così dire, il 1° comma dell'art. 1362 c.c. («*Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole*») ed infatti si chiedono quale sia il senso del 2° comma dell'art. 1362 c.c. («*Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto*»), i lavoristi si interrogano sulla rilevanza della volontà espressa nel contratto, essendo del tutto assorbente il momento esecutivo⁴.

A prescindere in questa sede dai rimedi contro la certificazione, va rilevato che la fase esecutiva, in sede di certificazione, ha una sua rilevanza solo in ipotesi di contratti già in essere, sulla base delle dichiarazioni delle parti nel corso della loro audizione da parte della commissione. D'altra parte va messo in evidenza come sia insita nella certificazione una qualificazione *ex ante* (diversamente dalla qualificazione giudiziale che è sempre *ex post*), ciò che può essere considerato il peccato originario della stessa, posto che la certificazione, per la sua finalità deflattiva del contenzioso, non potrà che essere preventiva. Per comprendere appieno la natura della certificazione, si deve poi considerare il contesto normativo nel quale venne introdotta oltre vent'anni fa, un contesto, quello di cui alla riforma del d. lgs. n. 276/2003, che vedeva l'introduzione di molteplici tipologie contrattuali lavoristiche c.d. flessibili; in particolare veniva introdotta la tipologia contrattuale più complessa e difficile dal punto di vista qualificatorio, quale quella del lavoro a progetto.

In tale prospettiva, nell'ambito di una proliferazione per così dire di tipologie contrattuali veniva previsto un istituto, la certificazione appunto, volto a ridurre l'incertezza qualificatoria che una tale pluralità di tipologie poteva comportare.

2. Il modello non attuato della c.d. volontà assistita.

L'esigenza del modello della c.d. volontà assistita era quello di allentare la rigidità della disciplina lavoristica, come noto improntata alla inderogabilità *in pejus* da parte

qualificazione del rapporto e volontà assistita, in *Lavoro e dir.*, 2006, II-III; M.T. CARINCI, *Le funzioni della certificazione*, in *Dir. pratica del lav.*, 2009, XXII, p. 1269; M.G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006; G. PERONE, *Osservazioni sul valore giuridico della certificazione regolata dal d. lgs. n. 276/2003*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I-II; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. MAGNANI-P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2005.

² Su tutti si veda A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, 2004; ID., *La riforma del mercato del lavoro: cambia poco ed è sbagliata*, in *Riv. it. Dir. lav.*, 2003, III, pp. 191 ss.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Introduzione, Le nuove leggi del lavoro*, Giappichelli, 2004, IX ss.

³ Si veda per tutti E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2004, p. 543 ss.

⁴ Si veda P. ICHINO, *Il contratto di lavoro, Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 2000, I, pp. 292 ss.

dell'autonomia contrattuale individuale; si immaginava, invero, che con l'assistenza di un organo terzo ed imparziale che informasse il lavoratore e superasse per tale via le c.d. asimmetrie contrattuali, si potesse pervenire - non alla qualificazione di una fattispecie - ma alla costituzione di un regolamento contrattuale anche in deroga alla normativa legale e contrattuale collettiva⁵.

In particolare, come recita il Libro Bianco del 2001, la certificazione doveva costituire una derogabilità assistita nell'ambito di una riforma finalizzata a ridefinire «il rapporto tra momento collettivo ed individuale nella regolazione del rapporto di lavoro ... per rispondere alle attese di flessibilità delle imprese, ma anche alle nuove soggettività dei prestatori di lavoro».

E come ricorda un'attenta dottrina, si tratterebbe di «autorizzare il sindacato ad assistere la volontà individuale del lavoratore non solo come già previsto (art. 2113 c.c.) nella fase di disposizione di 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»⁶.

Si tratta, come evidente, della rottura con la sperimentata tecnica normativa della c.d. flessibilità collettiva che aveva consentito, nel tempo, di adeguare la normativa lavoristica alle nuove esigenze scaturenti dai mutamenti economici ed organizzativi sottostanti⁷.

È noto come la dottrina dominante, sulla scorta della disciplina positiva dell'istituto della certificazione, nega che sia stato introdotto nell'ordinamento giuridico il modello della c.d. derogabilità assistita, concludendo per l'introduzione della certificazione-qualificazione del contratto di lavoro, con effetti deflattivi.

In realtà, sin dal momento della sua introduzione, il legislatore attribuisce all'istituto della certificazione una duplicità di funzioni ambedue mantenute ed ampliate nel corso del tempo:

5 Si veda in generale A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, cit.; R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2007; P. ALLEVA - A. ANDREONI - V. ANGIOLINI - F. COCCIA - G. NACCARI, *La delega al Governo per il mercato del lavoro: un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti*, AA.VV., *Lavoro: ritorno al passato*, Ediesse, 2002; A. TURSI, *La volontà assistita nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Dir. relazioni ind.*, 2004, II, pp. 247 ss.; M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro: norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009; F. LAMBERTI, *I limiti dell'autonomia individuale del lavoratore: percorsi e prospettive tra inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Jovene, 2020; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, pp. 341 ss.

6 A. VALLEBONA, *La riforma del mercato del lavoro: cambia poco ed è sbagliata*, cit., pp. 191 ss. Altri hanno edulcorato tale tesi sostenendo che, accanto ad un nucleo di inderogabilità assoluta dovrebbe affiancarsi la c.d. "inderogabilità relativa" disponibile tramite l'assistenza di un organo amministrativo o sindacale, si veda A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT*, 19/2004, il quale ricorda come già nella prima iniziativa legislativa in materia (cd. "bozza Biagi" del 1998) si parlava dell'inderogabilità relativa delle norme lavoristiche, intesa quale strumento di flessibilizzazione delle fonti del diritto del lavoro e quindi non solo come derogabilità delle norme legali e contrattuali collettive ad opera della contrattazione individuale "assistita", ma anche come derogabilità delle norme legali da parte della contrattazione collettiva.

7 Molteplici critiche sono state mosse a tale teoria; tra le altre si riteneva che per tale via la funzione sindacale sarebbe stata ridotta a "ruolo ancillare dell'autonomia individuale" chiamando i sindacati a non svolgere più il loro tradizionale compito di "portatori di interessi collettivi". In tale prospettiva la flessibilizzazione della norma inderogabile (con l'asse norma inderogabile/giudice) non potrebbe essere rimessa alla volontà del lavoratore con l'ausilio di un soggetto terzo, ma dovrebbe essere effettuata dalla legge o, su delega della legge, dalla contrattazione collettiva in una logica di ponderazione delle varie istanze pubbliche e superindividuali, sul modello dell'art. 2113, 4° comma, c.c. In tal senso si veda P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Riv. giu. Lav.*, I, 4, pp. 887 ss.

quella volta alla qualificazione giuridica del regolamento contrattuale posto in essere dalle parti, in funzione deflattiva, in via preventiva del contenzioso sulla qualificazione (funzione poi ampliata con la legge n. 183/2010); e quella di assistenza alle parti (*id est*: lavoratore) nella conclusione di un determinato atto giuridico, che alle origini era assistenza alla volontà delle parti e che nel corso del tempo si è meglio specificata (attualmente ad es. clausola compromissoria, clausola elastica nel *part time*, certificazione negativa dell'eteroorganizzazione nelle collaborazioni coordinate e continuative, patto di demansionamento/modifica *in pejus* delle mansioni, certificazione di rinunzie e transazioni).

L'attuale formulazione dell'articolato normativo si deve al *restyling* della certificazione ad opera della legge n. 183/2010 (c.d. Collegato Lavoro) che ha ampliato l'ambito oggettivo dell'istituto, che diventa di più difficile inquadramento concettuale; ed infatti l'art. 75 del d. lgs. n. 276/2003, nell'attuale formulazione, individua la finalità della certificazione nella riduzione del contenzioso "*in materia di lavoro*", con una formula vaga e poco rigorosa, ricomprendendo quindi un qualsiasi contratto «*in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro*»⁸.

Nella sua originaria versione l'art. 75 faceva invece riferimento alla riduzione del contenzioso «*in materia di qualificazione dei contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto di cui al presente decreto, nonché dei contratti di associazione in partecipazione di cui agli articoli 2549-2554 del codice civile*»; a seguito della modifica di cui al d. lgs. n. 251/2004, c.d. decreto correttivo, si ampliava il riferimento a tutte le tipologie contrattuali di lavoro con l'espressione «*in materia di qualificazione dei contratti di lavoro*».

3. La certificazione del contratto di lavoro e delle singole clausole: verso la derogabilità assistita?

Il riferimento contenuto nell'art. 75 citato, ai rapporti in cui anche *indirettamente* sia dedotta una prestazione di lavoro, verosimilmente pensata in origine per la somministrazione, secondo una parte della dottrina⁹ aprirebbe le porte della certificazione ai contratti di impresa e commerciali, quali ad esempio l'agenzia, il trasporto, il franchising, l'appalto e il subappalto, la subfornitura, la cessione del ramo di azienda, e quindi non sarebbe riferita ai soli rapporti di lavoro in senso stretto.

In realtà è lecito nutrire dubbi sulla capacità della commissione di certificazione (conoscendo l'effettiva sua composizione nelle esperienze note) a conoscere e qualificare, in assenza tra l'altro di poteri istruttori, moduli negoziali che non si limitano alla valutazione della volontà delle parti (*id est*: lavoratore).

Resta da chiarire il tentativo legislativo volto, ambiguamente, a vincolare il giudice alla certificazione del contratto di lavoro, compresa l'interpretazione delle relative clausole (art. 30, comma 2, legge n. 183/2010) nonché, in sede di valutazione delle motivazioni poste a base del licenziamento, alle tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo presenti nei

⁸ V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel "collegato lavoro"*, in *Dir. lav. merc.* 2010, pp. 139 ss.; A. D'ALELIO, *Le novità del collegato lavoro sulla certificazione dei contratti*, in *Dir. lav.*, 2011, pp. 1 ss.; L. NOGLER, *Art. 30 - Clausole generali e certificazioni del contratto di lavoro*, in M. MARINELLI-L. NOGLER (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010 n. 183*, Utet, 2012; F. PASQUINI-M. TIRABOSCHI, *La certificazione dopo il collegato lavoro (L. 183 del 2010)*, Sole 24 ore, Milano, 2011.

⁹ M. MARAZZA, *Oggetto ed effetti della nuova certificazione dei contratti di lavoro*, in *Arg. Dir. lav.*, 2011, pp. 61 ss.

contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazioni («*il giudice tiene conto...*», art. 30, comma 3, legge n. 183/2010).

Tale tentativo legislativo è stato depotenziato della sua teorica dirompenza dalla dottrina maggioritaria con argomentazioni comunque condivisibili¹⁰.

A tal riguardo è sufficiente ribadire come anche in presenza di una certificazione del contratto, le parti individuali devono determinare il contenuto dello stesso nel rispetto della normativa di legge e di contratto collettivo inderogabili e quindi non possono essere certificate clausole *contra legem*.

Anche le ipotesi di giusta causa e giustificato motivo tipizzate nei contratti individuali certificati non sono vincolanti per il giudice, secondo i consueti principi lavoristici, nel senso che non sono idonee ad escludere dalla rilevanza della giusta causa o del giustificato motivo comportamenti non previsti dal contratto stesso, né ad escludere il potere del giudice di verificare la proporzionalità del licenziamento e quindi tali tipizzazioni individuali certificate integrano (solo) un importante elemento di valutazione ai fini del complessivo giudizio sulla fattispecie¹¹. Si pensi alla certificazione della tipizzazione del ritardo di pochi minuti quale giusta causa di licenziamento, che si porrebbe in contrasto con l'art. 2119 c.c. (nozione legale di giusta causa) e con l'art. 2106 c.c. (principio di proporzionalità).

Come già ricordato, l'innovazione legislativa sarebbe dirompente se si dovesse ritenere di imporre al giudice, *sic et simpliciter*, scelte pattizie, sia pure certificate, sicché con l'opinione dominante va avvalorata la lettura secondo cui tali tipizzazioni costituiscono solo un elemento di convincimento per il giudice, dovendo tutt'al più motivare il suo discostamento.

In caso contrario si avrebbe un'alterazione nella gerarchia delle fonti e l'introduzione del ricordato modello della c.d. derogabilità assistita.

Un altro rilevante problema conseguente all'ampliamento dell'oggetto della certificazione è quello della resistenza in giudizio delle singole clausole certificate del contratto individuale di lavoro che, come si è già detto, sarebbe possibile a fronte della nuova formulazione dell'art. 75 citato. Una parte della dottrina è propensa a credere che, mancando uno specifico rimedio per "giustiziare" l'illegittimità di tali clausole, queste confermerebbero la loro intrinseca legittimità in quanto abilitate a derogare al precetto legale¹². Ed invero va ricordato come i rimedi avverso la certificazione, vengono previsti testualmente, a livello di disciplina positiva, solo dall'art. 80 del d. lgs. n. 276/2003 ed essi sono sintonici con la

10 Tra i molti, si veda C. A. NICOLINI, *Certificazione dei contratti e contenzioso nel "Collegato lavoro"*, in *Riv. lav. nella giur.*, IV, pp. 350 ss.; M. CORTI, *Il c.d. collegato lavoro: clausole generali, certificazione, conciliazione e arbitrato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, p. 1.

11 In tal senso si veda M. TIRABOSCHI, *La matrice riformista del collegato lavoro*, in *Giur. lav.*, XLII, p. 11; V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato dopo il "Collegato lavoro"*, *Biblioteca '20 Maggio' - 1/2011*, pp. 93 ss.; L. DE ANGELIS, *Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 111/2010, p. 14. *Contra*, ma non condivisibilmente, si veda M. MARAZZA, *Oggetto ed effetti della nuova certificazione dei contratti di lavoro*, *cit.*, p. 66, per il quale la norma avrebbe valenza derogatoria e quindi il giudice non potrebbe sindacare il merito delle tipizzazioni. Secondo G. PELLACANI, *Il cosiddetto "collegato lavoro" e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, in *Riv. it. Dir. lav.*, 2010, II, 1, p. 244, il giudice potrà non tener conto delle espressioni delle parti ma avrà l'onere di motivare adeguatamente tale discostamento, c.d. motivazione rafforzata.

12 In tal senso M. MARAZZA, *Oggetto ed effetti della nuova certificazione dei contratti di lavoro*, *cit.*, 2011, pp. 61 ss.; *contra* il resto della dottrina, si vedano per tutti M. TIRABOSCHI, *La matrice riformista del collegato lavoro*, in *giur. lav.*, XLII, p. 11; V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato dopo il "Collegato lavoro"*, *Biblioteca '20 Maggio' - 1/2011*, pp. 93 ss.

certificazione/qualificazione: non è infatti prevista la violazione e/o falsa applicazione della norma imperativa.

Cionondimeno ad una complessiva valutazione dell'istituto della certificazione, nonché dei principi generali, sulla scia di una parte della dottrina¹³, si deve ritenere come anche la violazione o falsa applicazione della norma imperativa sia riconducibile all'ambito operativo dell'art. 80 citato, sul presupposto che l'attività di qualificazione è molto ampia e non limitata alla questione della riconduzione di un rapporto entro le categorie alternative della subordinazione o dell'autonomia, ma è estesa ad ogni questione relativa alla sussistenza di una fattispecie giuridica.

Quindi, secondo quanto si è detto, in ogni caso le singole clausole del contratto individuale di lavoro devono essere conformi alla legge e alla contrattazione collettiva (inderogabili) ed ogni loro violazione sarà giustiziabile con i rimedi di cui all'art. 80 citato, pena l'incostituzionalità di tale certificazione per contrasto con gli artt. 24 e 102 Cost.

Si è detto sin qui come l'istituto della certificazione, anche con riferimento a singole clausole del contratto, si mantiene, per opinione pressoché unanime, nell'ambito del perimetro della inderogabilità lavoristica.

Tuttavia, è sicuramente da rilevare come, da ultimo, il legislatore, non consapevole degli effetti del suo intervento, è venuto a configurare nell'ambito dell'ordinamento quello che può essere definito un frammento di c.d. derogabilità assistita e ciò con riferimento all'ipotesi del c.d. demansionamento consensuale (art. 2103, 6° comma, c.c.). Come noto, si tratta della certificazione di accordi individuali attraverso cui le parti del contratto di lavoro, decidono «*la modifica delle mansioni, della categoria legale, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione*» nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità, o al miglioramento delle condizioni di vita.

In queste ipotesi, i patti modificativi delle mansioni possono essere stipulati in sede protetta ai sensi dell'art. 2113, 4° comma, c.c., ovvero innanzi alle commissioni di certificazione, con l'assistenza o di un rappresentante dell'associazione sindacale cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato o da un avvocato, ovvero da un consulente del lavoro.

A tal riguardo va rilevato come la norma di cui all'art. 2103 c.c. continua ad essere inderogabile in via generale e dunque il c.d. patto di demansionamento può bene essere considerato un frammento di c.d. derogabilità assistita, nel nostro caso attraverso l'istituto della certificazione.

4. Certificazione e giurisdizione.

Anzitutto va ricordato come non sia possibile alcuna assimilazione tra certificazione e giurisdizione, anche se di fatto il certificatore, per certi versi, si comporta come un giudice, nel senso che, seppur con diversi e limitati poteri, procede all'operazione di qualificazione del regolamento contrattuale.

La certificazione, invero, non può mai essere configurata alla stregua di un accertamento giurisdizionale, essendo priva dell'attitudine a diventare incontrovertibile (cosa giudicata materiale) perché, appunto, non è svolta da un giudice in un processo, nel contraddittorio tra le parti.

¹³ L. NOGLER, *Art. 30 cit.*, pp. 253 ss.

La commissione di certificazione, poi, come si è ricordato, non ha i poteri istruttori tipici del giudice e quindi il suo accertamento sarà limitato all'esame dei documenti prodotti dalle parti e all'audizione delle parti stesse¹⁴.

Dal punto di vista strutturale, la certificazione mette capo ad un atto amministrativo riconducibile all'attività di certazione dei rapporti privati¹⁵ con lo scopo di conferire loro certezza pubblica (art. 80, 5° comma) e ha l'attitudine a creare tale certezza in ordine ad una determinata qualificazione di un regolamento posto in essere dalle parti, ovvero in ordine alla conformità di una clausola contrattuale rispetto all'ordinamento giuridico, sino al diverso, eventuale, accertamento giudiziale.

Insomma, la certificazione, che quindi ha un'efficacia giuridica c.d. *stand by*, non può comunque impedire, pena la sua incostituzionalità per contrarietà agli artt. 24 e 102 della Costituzione, l'accesso alla giurisdizione¹⁶.

Né la certificazione vincola il giudice in quanto essa può costituire solo uno degli elementi sui quali si forma il suo libero convincimento. È solo e sempre il giudice ad avere l'esclusiva competenza in merito alla determinazione della natura giuridica dei rapporti di lavoro¹⁷ ed in nessun caso, dunque, il legislatore potrebbe autorizzare gli organismi sindacali o amministrativi a svolgere detta funzione, essendo solo il giudice l'organo a tal fine competente.

Dallo scrutinio della giurisprudenza, emerge un esiguo numero di contratti certificati oggetto di impugnazione giudiziale, e ciò può essere considerato un elemento di conferma circa il raggiungimento del fine deflattivo dell'istituto della certificazione; va anche sottolineato come, in concreto, la tenuta della certificazione si basa tutto sull'autorevolezza della commissione di certificazione¹⁸.

4.1. *Segue: L'efficacia della certificazione.*

L'atto di certificazione, come detto, possiede la forza giuridica della certezza pubblica che deve essere assunta da tutti, non solo dalle parti, ma anche dai terzi portatori di autonomi interessi alla corretta qualificazione come conforme all'ordinamento, sino a quando non si pronunzi eventualmente un giudice.

Tuttavia, a tal riguardo, non può non essere sollevata una questione che a nostro avviso risulta centrale in tema di efficacia dell'istituto della certificazione. Si tratta, insomma, di

14 In senso concorde si veda B. GRANDI, *La certificazione dei rapporti di lavoro tra le categorie generali del diritto*, in *Dir. rel. ind.*, II, p. 6; G. DONDI, *Le procedure di certificazione*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto e rapporto di lavoro*, in F. CARINCI-M. PERSIANI (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, p. 136; *contra* M. BARBERIO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autoregolazione e certezza del diritto*, Giappichelli, 2023, p. 263, per la quale la Commissione dovrebbe addirittura visitare i locali in cui ad esempio si svolge l'appalto.

15 Si veda per tutti O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, IV ed., 2011, pp. 69 ss.

16 In dottrina, si veda G. PERONE, *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, in *La Certificazione dei contratti di lavoro*, G. PERONE-A. VALLEBONA (a cura di), *Le nuove leggi del Lavoro*, Giappichelli, 2004, pp. 408 ss., per il quale, non essendo l'atto di certificazione incontrovertibile, l'utilità ed efficacia della certificazione si deve trovare nell'autorevolezza degli organi imparziali di certificazione, avendo il legislatore riconosciuto in loro doti di approfondita conoscenza dell'ambiente sociale nel quale si inscrivono i rapporti certificati, di esperienza del loro controllo amministrativo e del loro studio scientifico, oltre alla persuasività dei loro provvedimenti.

17 Corte cost. n. 121/1993 e n. 115/1994.

18 Si veda sempre G. PERONE, *Certificazione*, cit., p. 408.

capire quale sia la relazione tra gli adempimenti di cui all'art. 78, comma 1, lettera "d" del d. lgs. n. 276/2003 che, con un'espressione non del tutto chiara, prevede che «l'atto di certificazione deve contenere esplicita menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione», con la successiva disposizione dell'art. 79 che prevede come «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» In concreto, dall'esperienza positiva emerge come le parti istanti richiedano la certificazione indistintamente ai fini di tutti gli effetti sopra indicati, così che il provvedimento certificatorio produrrà effetti con riferimento a ciascuno di tali ambiti.

Tuttavia, a livello teorico, il problema si pone e non è di poco conto, perché incide sull'efficacia della certificazione; se invero le parti, nell'istanza di certificazione, non indicassero ad esempio di voler certificare anche agli effetti previdenziali, la certificazione del contratto non sarebbe opponibile agli enti previdenziali e così lo stesso per gli effetti, civili, amministrativi e fiscali.

Ed invero, parte della dottrina rileva chiaramente l'inefficacia della certificazione nei confronti dell'ente previdenziale, in assenza di richiesta a tal fine in sede di istanza di certificazione¹⁹.

Sicuramente, se tali conclusioni sono plausibili, non si comprende fino in fondo la *ratio* del citato disposto normativo, posto che l'efficacia della certificazione verrebbe ancor più ridotta e rimessa interamente alla volontà delle parti, anche su questioni che però mantengono una rilevanza pubblicistica, quali gli effetti previdenziali, amministrativi e fiscali.

D'altro canto, se è vero che l'ordinamento giuridico prevede la rilevanza a diversi fini di una nozione (ad esempio la retribuzione come corrispettivo del sinallagma contrattuale e la retribuzione rilevante a fini previdenziali) non è superfluo ricordare che comunque la *ratio* dell'art. 75 è la riduzione del contenzioso "in materia di lavoro", formula che ricomprende sicuramente la certificazione-qualificazione del rapporto di lavoro, cui conseguono diversi effetti ordinamentali in materia amministrativa, previdenziale, fiscale.

Ed in tale prospettiva, come ricordato, depono la prassi applicativa, per la quale la definizione per così dire lavoristica (effetti civili) è richiesta unitamente agli altri effetti amministrativi, previdenziali e fiscali.

A tal riguardo non è superfluo ricordare, quale ennesimo esempio di una sostanziale opacità dell'istituto certificazione per come è stato costruito nel tempo, come fino a qualche anno fa, anche in presenza della richiesta delle parti in ordine alla rilevanza della certificazione a fini fiscali, l'Amministrazione finanziaria ignorava del tutto l'avvenuta certificazione del contratto di appalto, esercitando la propria potestà impositiva.

A partire però dalla pronuncia della Commissione tributaria regionale dell'Emilia Romagna del 25.3.2019, n. 639 si è stabilito che l'Amministrazione finanziaria non possa recuperare l'IVA inerente ad una pretesa falsa fatturazione di appalti fittizi ma certificati, dovendo, secondo le regole in materia di certificazione, essere impugnata giudizialmente la certificazione²⁰.

19 A. ANDREONI- L. FASSINA- F. FONSO, *Osservazioni sulle funzioni della commissione di certificazione*, www.cgil.it/giuridico.

20 Di senso contrario era stata la sentenza di primo grado della Commissione tributaria di Modena, sentenza n. 275 del 7.5.2018, che aveva invece ritenuto di poter *incidenter tantum* operare una valutazione sul rapporto

Insomma, si vuole evidenziare come nella prassi applicativa i vari enti pubblici non hanno dato rilievo alla volontà delle parti espressa nell'istanza di certificazione, in ordine agli effetti da conseguire.

Diverso è il discorso relativo al profilo penale, non citato dall'art. 78, comma 1, lettera "d", e rispetto al quale la certificazione non rileva: si pensi all'ipotesi di somministrazione fraudolenta, rispetto alla quale la certificazione non avrà effetti preclusivi in merito alla qualificazione della condotta penalmente rilevante.

Allo stato della normativa, concludendo su una materia spinosa, l'utilità della certificazione risiede quindi nella sua forza di cristallizzare la qualificazione giuridica data dalla commissione, sino ad un'eventuale sentenza che accerti una diversa qualificazione nei confronti delle parti e dei terzi che sono stati parti del procedimento (ai sensi dell'art. 78 citato), quali il Ministero del Lavoro, l'INPS, l'INAIL, l'Agenzia delle Entrate, cioè di tutti quei terzi che potrebbero vantare delle pretese derivanti da una diversa qualificazione del rapporto²¹.

Pertanto occorre a questo punto ritenere che la formula lapidaria di cui all'art. 79 secondo cui la certificazione è efficace nei confronti delle parti e dei terzi, vada ulteriormente specificata e forse chiarita, nel senso che tale effetto si produce, con la conseguente paralisi della pretesa impositiva, in senso relativo e cioè solo con riferimento agli effetti richiesti dalle parti nell'istanza di attivazione del procedimento di certificazione.

Con riferimento a tale richiesta, la forza giuridica della certezza pubblica fornita dalla certificazione è massima nei confronti degli enti previdenziali e fiscali e degli stessi organi di vigilanza del Ministero del lavoro, i quali devono sobbarcarsi l'onere di un giudizio di impugnazione per l'emanazione di provvedimenti esecutivi volti alla riscossione dei contributi o delle sanzioni e comunque per l'imposizione di atti amministrativi²². I poteri di accertamento e di vigilanza degli enti restano fermi, ma è appunto inibito loro di adottare i relativi provvedimenti impositivi²³.

sottoposto al suo esame.

21 L'utilità della certificazione, a pochi anni dalla sua introduzione, emergeva anche dalla c.d. Direttiva Sacconi del 18.9.2008, cui si sono conformati gli enti, la quale, nel dettare gli indirizzi operativi, prescriveva che l'accertamento ispettivo dovesse concentrarsi esclusivamente sui contratti di collaborazione coordinata e continuativa che non fossero stati già sottoposti al vaglio delle commissioni di certificazione, salvo che si evincesse con evidenza immediata e non controvertibile la palese incongruenza tra quanto certificato e le modalità concrete di svolgimento del rapporto e fatta salva la segnalazione da parte del lavoratore. Successivamente, in tale ambito è intervenuta la circolare del Ministero del lavoro n. 9 del 1.6.2018 che ha cercato di fare chiarezza, distinguendo tra attività ispettive iniziate dopo l'istanza di certificazione ma prima del provvedimento ed attività ispettive iniziate prima ancora dell'istanza. In entrambi i casi gli ispettori dovranno comunicare alla commissione la pendenza di accertamenti ispettivi, al fine di far sospendere l'iter certificatorio sino ad ispezione terminata. In dottrina si veda M. TIRABOSCHI, *Ispezioni sul lavoro: la direttiva del Ministero*, in *Giur. lav.*, 2008, n. 38, pp. 12 ss.

22 Si veda L. NOGLER, *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, n. 3, pp. 110 ss.; E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO-M. RUSCIANO-L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Napoli, 2004, p. 290; P. RAUSEI, *Certificazione dei contratti di lavoro, indagine ispettiva e sistema sanzionatorio*, in *Dir. e prat. lav.*, 2006, XLII, p. 2369; *contra*, ma apoditticamente, M.G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 600; E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione tra autonomia e subordinazione*, cit., in *Riv. giur. lav.*, I, p. 543.

23 Critico su tale forza della certificazione è L. NOGLER, *Rapporto contributivo e certificazione*, *Prev. Ass. pubbl. priv.*, 2004, 2, pp. 385 ss.

In ogni caso, qualora le parti abbiano richiesto la certificazione anche a fini previdenziali, amministrativi e fiscali, si ritiene che l'istituto della certificazione abbia incrinato quella tutela processuale speciale che, risalentemente, l'ordinamento ha concesso agli enti pubblici per assicurare il rapido recupero dei crediti contributivi. E cioè, a differenza di quanto accade nel diritto processuale dove il titolo esecutivo (salvo i titoli stragiudiziali di cui all'art. 474 c.p.c.) consacra un accertamento (sulla ricorrenza del credito) compiuto con la garanzia del contraddittorio, per gli enti pubblici l'azione esecutiva si realizza sulla base di un titolo esecutivo che è formato stragiudizialmente *ex ante* dallo stesso ente (accertamento ispettivo, verbali ispettivi, ordinanze impositive) che solo nell'ambito del giudizio di opposizione all'ordinanza ingiunzione o alla cartella esattoriale costituirà oggetto di accertamento giudiziale.

Nel caso di contratto certificato, invece, tali enti pubblici, per procedere esecutivamente dovranno essere in possesso di un titolo giudiziale, alla stregua di una normale parte processuale.

5. I rimedi esperibili nei confronti della certificazione.

L'art. 80 del d. lgs. n. 276/2003 prevede che l'atto di certificazione possa essere impugnato innanzi al giudice del lavoro per erronea qualificazione del contratto, per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione (c.d. difformità attuativa), per i vizi del consenso, ovvero innanzi al giudice amministrativo per violazione del procedimento o per eccesso di potere²⁴.

Anche nell'imprecisione della legge - per alcuni si tratta di un vero e proprio errore tecnico del legislatore²⁵ - l'oggetto del giudizio innanzi al giudice del lavoro è il contratto certificato e non il provvedimento di certificazione e cioè l'oggetto del giudizio è sempre la corretta qualificazione, originaria o sopravvenuta, del contratto di lavoro.

Come noto, il giudice del lavoro non potrebbe annullare un atto amministrativo ma può procedere alla disapplicazione dello stesso e successivamente accertare la corretta qualificazione del rapporto di lavoro²⁶.

L'erronea qualificazione potrà riguardare sia errori di fatto che errori di diritto commessi dalla Commissione, la quale sarà responsabile solo in caso di dolo o colpa grave, essendo il procedimento qualificatorio un atto complesso, in presenza di indici qualificatori non sempre

24 Sul tema delle impugnazioni della certificazione, si veda S. VISONÀ, *Il controllo giurisdizionale della certificazione*, in S. CIUCCIOVINO (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro, Problemi e questioni aperte*, Giappichelli, 2014, pp. 65 ss.; A. PERULLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell'imprenditore: il ruolo del giudice*, in A. PERULLI-L. FIORILLO (a cura di), *La riforma del lavoro*, 2014, IV, pp. 274 ss.

25 E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Riv. dir. e pratica lav.*, VIII, pp. 530 ss.

26 In dottrina V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75-84*, in V. SPEZIALE-F. LUNARDON-P. BELLOCCHI (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, IV, Ipsoa, 2004, p. 192. *Contra* si veda L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 8/2003, pp. 233 ss. In giurisprudenza si veda Tribunale di Milano 5.3.2013 e 8.4.2013 secondo i quali, in un caso di certificazione della clausola del termine apposta al contratto di lavoro, il provvedimento di certificazione dovrebbe essere impugnato innanzi al Tribunale amministrativo regionale competente.

univoci, anche in assenza dell'emanazione da parte del Ministero dei *famosi* codici di buone pratiche²⁷.

Il vizio della difformità attuativa si verifica, invece, quando le modalità concrete di svolgimento del rapporto contrastano con la volontà espressa nel regolamento contrattuale ed è ciò che caratterizza la gran parte delle impugnazioni giudiziali. Tale circostanza, tra l'altro, dimostra la già ricordata debolezza originaria della certificazione che non può che avvenire *ex ante* con riferimento al contratto e senza alcuna considerazione del momento esecutivo dello stesso²⁸.

L'impugnazione dei vizi del consenso riguarda le parti contrattuali e si riverbera sulla certificazione²⁹: si tratta dell'ipotesi di impugnazione di diritto comune, che sarebbe sempre possibile, anche in assenza di specifica previsione nell'articolato normativo della certificazione.

Anche il riferimento alla possibilità di ricorrere innanzi al giudice amministrativo per violazione del procedimento o per eccesso di potere risulta ultroneo, poiché il provvedimento di certificazione, essendo un atto amministrativo, potrà sempre essere oggetto di impugnazione innanzi ai tribunali amministrativi regionali per i relativi vizi³⁰.

Si deve piuttosto capire se il vizio dell'eccesso di potere possa davvero essere ravvisabile nell'attività di certificazione, essendo quella della commissione un'attività amministrativa del tutto vincolata al rispetto dei criteri di qualificazione previsti dalle relative fattispecie di riferimento, nonché della giurisprudenza in materia.

In realtà, nel rimedio dell'erronea qualificazione sarebbero da ricomprendere anche tutti gli errori della certificazione relativi ad esempio alla qualificazione della legittimità delle clausole del termine o di altre clausole quali ad esempio quelle relative alle tipizzazioni di giustificazione dei licenziamenti. In tal modo si evita, peraltro, l'inutile pregiudiziale amministrativa prima di dover instaurare l'altro giudizio innanzi al giudice del lavoro³¹, con

27 V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, cit., p. 383; P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-A. MARESCA, *La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali. Le fonti del diritto italiano*, I, Giuffrè, 2013, p. 1433; P. TULLINI, *Commento agli artt. 76-80*, in E. GRAGNOLI-A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, 2004, p. 855.

28 A. VALLEBONA, *La conversione legale automatica dei contratti di lavoro atipici invalidi non è costituzionalmente necessitata*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, III, pp. 835 ss. In questo caso la Commissione non avrà responsabilità se ha proceduto alla corretta qualificazione del contratto e non avrà alcun potere con riferimento a difformi attuazioni del rapporto, sia che esse siano concordate da entrambe le parti (c.d. novazione oggettiva), ovvero imposte dal datore di lavoro: in questo caso la Commissione ha certificato un contratto diverso da quello posto in essere tra le parti.

29 Sul problema se i vizi riguardino il contratto, il provvedimento, ovvero il procedimento certificatorio si veda L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno del mercato del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 253, il quale ritiene che tale vizio integri un eccesso di potere; M. G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, 2004, p. 435; M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, III, 1, pp. 331 ss.

30 In tal senso si veda F. CARINCI, *Una svolta tra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, I, Ipsa, 2004, pp. 1 ss.

31 Di diverso avviso è stato il Tribunale di Milano 1.6.2012, 8.4.2013, 6.3.2013 il quale, proprio con riferimento alle clausole del termine, afferma la necessità di far annullare l'atto certificatorio dal giudice amministrativo. Nel senso di chi scrive, invece, si veda Trib. Bergamo, 20.5.2010 n. 516, in *Lav. Giur.*, 2011, III, 301 con nota di A. MINERVINI, il quale ha affermato che sussiste la competenza del giudice del lavoro nel caso di un'erronea

ciò rispettando il fine primo ed ultimo dell'istituto della certificazione che resta quello deflattivo del contenzioso.

Innanzitutto al giudice amministrativo, quindi, resterebbero giustiziabili tutti quei vizi attinenti alla procedura di certificazione prevista dalla legge e dai regolamenti delle diverse commissioni, così come quei comportamenti delle commissioni contrarie a norme di legge, quali ad esempio, il rifiuto ingiustificato di certificare un contratto³², ovvero quel comportamento con il quale la Commissione attribuisca alla certificazione effetti ulteriori o diversi non richiesti dalle parti.

6. La certificazione dell'appalto.

L'art. 84 del d. lgs. n. 276/2003, rubricato «*Interposizione illecita e appalto genuino*», dispone che «*le procedure di certificazione ... possono essere utilizzate sia in sede di stipulazione di appalto di cui all'art. 1655 del codice civile, sia nella fasi di attuazione del relativo programma negoziale, anche ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto...*».

A tal riguardo la commissione di certificazione è chiamata a verificare che la fattispecie concreta portata alla sua cognizione integri effettivamente la fattispecie dell'appalto c.d. genuino e non mascheri invece una illegittima somministrazione, cioè che sia rispettato il sempre permanente divieto di interposizione nei rapporti di lavoro, divieto che assume vesti diverse nell'attuale mercato del lavoro, posta l'abrogazione della legge n. 1369/1960 ad opera del d. lgs. n. 276/2003³³.

L'art. 29 del d. lgs. n. 276/2003 si occupa dell'appalto, non creando una nuova fattispecie, posto il rinvio all'art. 1655 c.c., ma disciplinandone la rilevanza lavoristica, proprio al fine di distinguere tale istituto da quello della fornitura di manodopera, che oggi trova la sua disciplina nell'art. 30 e ss. del d. lgs. n. 81/2015.

Come è stato rilevato, la cifra della disciplina dell'appalto, sta nell'aver preso in considerazione una concezione più moderna di impresa, non solo post fordista, ma soprattutto post-industriale, essendo invero la fattispecie disciplinata soprattutto con riferimento agli appalti di servizi c.d. *labour intensive*, più che agli appalti di opere.

Si fa riferimento quindi ad una nozione smaterializzata di impresa e viene codificato un principio di relatività degli indici e dei criteri qualificatori dell'appalto genuino, giacché la liceità dell'appalto deve essere valutata caso per caso, in ragione delle concrete esigenze dell'opera o del servizio.

La difficoltà della qualificazione da parte della commissione di certificazione, nell'accoglimento della ricordata nozione dematerializzata di organizzazione, sta proprio nella distinzione tra potere direttivo (che deve, come noto, mantenersi in capo al datore di lavoro appaltatore per poter essere l'appalto genuino) e potere di conformazione e verifica

qualificazione di un contratto di lavoro a progetto. Tale sentenza è stata confermata da Corte app. Brescia, 22.2.2011, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, 163 con nota di PASQUALETTO. Si segnala inoltre, nella sparuta giurisprudenza sulla certificazione della clausola del termine, Cass. 29.10.2021, n. 30745, avente ad oggetto la certificazione di una clausola del termine per ragioni sostitutive, con la quale la Suprema Corte ha affermato che si può ricorrere ai sensi dell'art. 80 d. lgs. n. 276/2003 quando emerga una difformità tra la clausola certificata e quella reale (tale principio è stato enunciato in un caso in cui il datore di lavoro aveva ommesso di indicare il nome, le mansioni e la sede di lavoro del lavoratore che doveva essere sostituito).

³² Si veda Tar Lombardia, 7.2.2012, n. 430 che ha ritenuto violato l'art. 10 bis della legge n. 241/1990.

³³ D. GAROFALO, *Il perdurante divieto di intermediazione*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro. Disciplina lavoristica*, Giappichelli, 2017, pp. 3 ss.; R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, *Studi in onore di E. Ghera*, Cacucci, 2008, pp. 315 ss.

che il codice civile pone in capo al committente (artt. 1461 e 1462 c.c.), soprattutto quando l'appalto viene eseguito in ambienti di pertinenza del committente ed in situazioni di contiguità tra le organizzazioni produttive.

A tale difficoltà va aggiunta quella relativa all'utilizzazione della tecnologia da parte delle imprese, giacché la possibile eterodirezione della prestazione di lavoro da parte del committente (il che sarebbe indice di non genuinità dell'appalto) è veicolata sempre più spesso attraverso sistemi tecnologici e algoritmi di cui è difficile conoscere l'effettivo funzionamento. Si rileva come, ad esempio nel settore della logistica, il committente, tramite procedure interamente automatizzate, potrebbe esercitare un ruolo attivo, se non un vero e proprio potere direttivo, ciò che renderebbe non genuino l'appalto³⁴.

Va da sé che la commissione di certificazione si limita a dichiarare la genuinità o meno della fattispecie dell'appalto sottoposta al suo apprezzamento e non giunge fino al punto, che non le compete, di qualificare diversamente l'appalto non genuino quale somministrazione illecita o addirittura fraudolenta.

Più in generale, va sottolineato come in assenza dei codici di buone pratiche la commissione sicuramente deve tener conto delle diverse circolari amministrative, ma ancora di più della giurisprudenza in materia, che è il riferimento effettivo per ogni commissione di certificazione.

Nell'attività di certificazione dell'appalto, al pari di quanto avviene nelle altre ipotesi di certificazione, la commissione userà tutti i poteri documentali relativi alla natura delle imprese coinvolte, alla loro effettiva consistenza imprenditoriale, effettuerà l'audizione delle parti in merito al contratto di appalto, esaminerà il contratto stesso, che è quanto può effettivamente svolgere, non disponendo di ulteriori specifici poteri istruttori. A tal riguardo, ai fini della certificazione della genuinità dell'appalto, non si comprende l'utilità di visita/ispezione presso i locali in cui l'appalto si svolge, come invece qualche commissione suggerisce.

7. La certificazione obbligatoria per gli ambienti confinati e/o sospetti di inquinamento.

Diversamente dalle altre ipotesi di certificazione, ove vige il principio della volontarietà, sono stati previsti due procedimenti obbligatori di certificazione nel caso della clausola compromissoria³⁵ ed in quello dei contratti di appalto e subappalto in ambienti confinati e/o sospetti di inquinamento.

Soffermando l'attenzione su tale seconda ipotesi, questa è stata introdotta con il D.P.R. n. 177/2011, che ha previsto un sistema di qualificazione delle imprese che svolgono la propria attività in ambienti di lavoro sospetti di inquinamento e/o confinati, attuando quindi il

³⁴ Si veda la sentenza del Tribunale di Padova, n. 126 del 03.03.2023, secondo la quale nei contesti di lavoro in cui i poteri di direzione e controllo sulle prestazioni del lavoratore sono gestiti da un hardware su cui è installato un software, il rapporto di lavoro è ricondotto all'imprenditore che gestisce il sistema informatico. Nel caso in questione, valutando l'attività svolta dai soci lavoratori di una cooperativa nel settore logistico, il giudice prende atto di un sistema di organizzazione interamente rimesso a strumenti informatici: posto che tale attività è gestita da un software, si ricade nella fattispecie dell'intermediazione illecita quando l'appaltatore non ha nessun controllo del sistema informatico e non lo gestisce.

³⁵ Fattispecie introdotta con l'art. 31, comma 10, legge n. 183/2010. In dottrina si veda A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, in *Mass. Giur. lav.*, IV, p. 211; C. CESTER, *La clausola compromissoria nel Collegato lavoro*, in *Riv. lav. nella giur.*, I, 2010, pp. 30 ss.

disposto dell'art. 27 del d. lgs. n. 81/2008 che prevede l'adozione di sistemi di qualificazione delle imprese³⁶.

L'obbligatorietà di tale procedimento certificatorio è stata confermata nella nota ministeriale n. 11649 del 27.6.2013 in tema di «*Vigilanza nel settore degli ambienti sospetti di inquinamento o confinati. Applicazione dell'art. 2, comma 1, lett. c), del d.p.r. n. 177 del 14.9.2011*», al fine di evitare l'utilizzo di lavoratori non specializzati in attività ad alto rischio di infortunio.

Il mancato rispetto di tale obbligo è assistito dalla tecnica penale ingiunzionale nei confronti del committente, reo di non aver correttamente verificato l'idoneità tecnico-professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi prevista dall'art. 26, comma 1, lett. a del d. lgs. n. 81/2008. Con riguardo a tale fattispecie "atipica" di certificazione bisogna fare alcune considerazioni per comprendere il complesso quadro normativo nella quale è inserita.

In primo luogo si deve fare chiarezza sulla terminologia utilizzata e cioè sul fatto che la certificazione cui fa riferimento l'art. 26, comma 1, lett. "a" n. 2, del d. lgs. n. 81/2008, è una mera autocertificazione di qualità dell'impresa appaltatrice o dei lavoratori autonomi del possesso dei requisiti di idoneità tecnico professionale (ai sensi dell'articolo 47 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445) e dunque non ha nulla a che vedere con la certificazione "lavoristica" di cui agli artt. 75 e ss. del d. lgs. n. 276/2003.

Mentre il riferimento alla certificazione "lavoristica" è contenuto nell'art. 27, comma 1, del d. lgs. n. 81/2008 che, delegando ad un futuro decreto (mai attuato) l'individuazione dei settori e dei criteri per la definizione di un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi in materia di sicurezza sul lavoro, prevede la certificazione con riferimento ai contratti flessibili e ai contratti di appalto.

Alla mancata attuazione del decreto attuativo di cui all'art. 27, comma 1 citato, consegue anche l'inoperatività di tutto il sistema della c.d. patente a punti in tema di sicurezza sul lavoro nell'edilizia (art. 27, comma 1 bis, d. lgs. n. 81/2008): si tratta di un curioso sistema ove si dovrebbe procedere alla decurtazione dei punti a seguito dell'accertamento di violazioni in materia di salute e sicurezza e dove l'azzeramento dei punti comporta la sospensione dell'attività di impresa, ma non è previsto il modo in cui sia possibile recuperare tali punti.

36 L'art. 27 del d. lgs. n. 81/2008 rimette ad un decreto del Presidente della Repubblica, l'individuazione dei settori e dei criteri finalizzati alla definizione di un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi, in relazione alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, fondato sulla base della specifica esperienza, competenza e conoscenza, acquisite anche attraverso percorsi formativi mirati, nonché sull'applicazione di determinati standard contrattuali e organizzativi nell'impiego della manodopera, anche in relazione agli appalti e alle tipologie di lavoro flessibile, certificati ai sensi del titolo VIII, capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni. M. TIRABOSCHI, *Il sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (D.lgs. n. 106/2009). Commentario al decreto legislativo n. 81/2008 come modificato e integrato dal decreto legislativo n. 106/2009*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 119 ss.; P. TULLINI, *Art. 27 - Sistema di qualificazione delle imprese*, in C. ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, in *Commentario*, diretto da L. MONTUSCHI, *La nuova sicurezza sul lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2011, pp. 382 ss.; L. FANTINI, *La qualificazione delle imprese: obiettivi normativi, stato dell'arte e prospettive di sviluppo*, in M. PERSIANI-M. LEPORE (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Utet, 2012, pp. 495 ss.; P. RAUSEI, *Il sistema di qualificazione delle imprese operanti negli spazi confinati*, in *Riv. igiene e sicurezza sul lav.*, 2012, I, p. 6.

Ora, in tale ambito l'istituto della certificazione è richiamato dal D.P.R. n. 177/2011, all'art. 1, comma 1, lett. "c" e all'art. 2 comma 2.

Nel primo caso è previsto che qualsiasi attività lavorativa negli ambienti sospetti di inquinamento e/o confinati possa essere svolta solo se l'impresa abbia una percentuale di forza lavoro, non inferiore al 30%, con esperienza almeno triennale relativa a lavori in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, assunta con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ovvero anche con altre tipologie contrattuali o di appalto, a condizione, in questa seconda ipotesi, che i relativi contratti siano stati preventivamente certificati.

In tale ipotesi, quindi, vige l'obbligo di certificazione di quei contratti di lavoro diversi dai contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato che abbiano un'esperienza almeno triennale in ambienti confinati e la *ratio* di tale disciplina risiede nell'accertare che anche i lavoratori assunti con contratti c.d. atipici abbiano un'effettiva esperienza in tali ambienti pericolosi.

Nel caso del contratto di appalto stipulato nell'ambito di lavori in ambienti sospetti di inquinamento o confinati (sempre previsto nel citato art. 1, comma 1, lett. "c"), non vi è unitarietà di vedute in merito all'obbligo di certificare solo detto contratto ovvero anche i singoli contratti di lavoro dell'appaltatore, visto che la certificazione del contratto di appalto non si riverbera sui contratti di lavoro³⁷.

Si ritiene che nel caso di lavorazioni oggetto di appalto, sarà sufficiente la certificazione del solo contratto di appalto e non anche dei contratti dei lavoratori della società appaltatrice. Ed infatti la *ratio* della norma è quella di affidare alla commissione di certificazione un controllo sulle attività svolte direttamente dai lavoratori assunti con contratti c.d. atipici ovvero svolte da un'impresa appaltatrice e ciò in linea con il sistema di qualificazione delle imprese citato con il D.P.R. 177/2011.

La seconda ipotesi, prevista dall'art. 2, comma 2 del D.P.R. n. 177/2011 sancisce il divieto di ricorrere ai subappalti «*se non autorizzati espressamente dal datore di lavoro committente e certificati ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni e integrazioni*». Tale ipotesi, che non crea particolari dubbi interpretativi, integra un obbligo generalizzato in tutti i casi di subappalto, visti i rischi sulla sicurezza connaturati proprio alle ipotesi di subappalto³⁸. Ora, posto che il D.P.R. n. 177/2011 nulla dice in merito ai poteri delle commissioni di certificazione con riferimento a tale particolare attività certificatoria, ci si deve interrogare su quali siano i poteri di dette commissioni e cioè capire se queste, oltre alla ordinaria attività di qualificazione dei rapporti di lavoro c.d. atipici o di distinzione tra appalto genuino e somministrazione irregolare, possano assolvere all'ulteriore funzione certificatoria in relazione al sistema di qualificazione delle imprese attraverso la verifica della idoneità professionale richiesta dall'art. 26 del d. lgs. n. 81/2008 e dall'art. 2 del D.P.R. n. 177/2011.

Secondo l'articolato normativo, la commissione dovrebbe entrare nel merito della professionalità dei lavoratori e, dall'esame della documentazione prodotta e dall'audizione delle parti, accertare il ricorrere dell'esperienza triennale in capo ai lavoratori e la loro

³⁷ La questione è stata oggetto dell'interpello n. 6/2015 alla quale la Commissione interPELLI, costituita ai sensi dell'art. 12 del d. lgs. n. 81/2008, non ha ancora fornito risposta. In dottrina su tale problematica si veda M. BARBERIO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autoregolazione e certezza del diritto*, cit., pp. 65 ss.

³⁸ Si veda sempre M. BARBERIO, *La certificazione*, cit., pp. 65 ss.

idoneità a svolgere la prestazione lavorativa in ambienti sospetti di inquinamento e/o confinati.

Si ritiene che le commissioni composte solo da esperti di diritto del lavoro non abbiano però adeguata professionalità e mezzi per la verifica dell'idoneità professionale dei soggetti, poiché dovrebbero conoscere i particolari degli specifici settori produttivi e capire se una determinata professionalità possa rendere il lavoratore idoneo a lavorare in quel particolare *teatro* lavorativo.

Un provvedimento di certificazione di tal genere potrebbe incorrere nel vizio dell'eccesso di potere della commissione ed essere quindi annullato, con tutte le conseguenze che ne deriverebbero per i componenti delle commissioni in tema di responsabilità³⁹. Pertanto, per tale particolare attività certificatoria le commissioni dovranno essere integrate da specifiche figure esperte nel campo della salute e sicurezza sul lavoro.

In assenza della certificazione di questi contratti di lavoro, gli stessi saranno nulli per contrasto alla norma imperativa di legge, con la conseguenza che tali lavoratori non potranno essere impiegati nelle relative lavorazioni. Ed infatti la certificazione di tali contratti, diversamente dai contratti per così dire ordinari, deve essere operata anteriormente alla data di inizio del lavoro e non può essere adottata in corso di esecuzione del rapporto⁴⁰.

In conclusione, si deve rilevare come il D.P.R. n. 177/2011 non riesca però a raggiungere in concreto tutte le finalità per cui esso è stato emanato, a causa di una normativa ambigua ed in parte non attuata.

Anche l'istituto della certificazione, in questa materia, risulta problematico e meriterebbe una rivisitazione, con la previsione legislativa di una sezione specializzata all'interno delle commissioni composta da professionisti esperti della materia della salute e sicurezza sul lavoro, i soli che potrebbero verificare in concreto, ed efficacemente, l'idoneità professionale dei lavoratori.

8. Conclusioni.

Il peccato originale della certificazione è stato messo in luce e rimarcato da tutta la dottrina; solo con riferimento alla certificazione-qualificazione è possibile, in teoria, sostenere l'incompatibilità dell'istituto con i principi del diritto del lavoro, posto che la certificazione è sempre un'attività che si concentra sul contratto e non sul momento esecutivo, che invece obbedisce al principio cardine del diritto del lavoro relativo all'*effettività*.

Diversa considerazione merita, invece, l'attività di certificazione intesa come assistenza alle parti per il compimento di atti giuridici, sulla quale il legislatore si esercita sempre più spesso.

Si pensi, a prescindere dalla possibilità di inserire la clausola compromissoria nel contratto individuale di lavoro solo in sede di certificazione, alla ipotesi già ricordata relativa al patto di demansionamento, nonché a quella relativa alla possibilità demandata alle parti di inserire nel contratto individuale di lavoro a tempo parziale la clausola elastica in mancanza della relativa pattuizione collettiva. Con riferimento a tale possibilità, l'art. 6, comma 6, del d.

³⁹ Sul tema della responsabilità delle commissioni, la dottrina maggioritaria ritiene che le commissioni siano responsabili sia per l'attività certificatoria che per quella di consulenza ed assistenza alle parti, si veda tra i molti V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75-84*, cit., p. 199; P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1444; contra S. CENTOFANTI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. CINELLI-G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, 2011, Giappichelli, pp. 17 ss.
⁴⁰ S. CIUCCIOVINO, *Certificazione dei contratti di lavoro (Voce)*, in Treccani Online, 2016.

lgs. n. 81/2015 prevede, appunto, che se il contratto collettivo applicato al rapporto non disciplini le clausole elastiche, queste possono essere pattuite per iscritto dalle parti solo innanzi alle commissioni di certificazione, con l'applicazione di una disciplina positiva prevista dalla legge cui la commissione deve attenersi.

Sempre al di fuori della certificazione-qualificazione, si pensi alla stessa possibilità di certificare le rinunzie e le transazioni del lavoratore di cui all'art. 2113 c.c., a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse, ciò che peraltro ci permette di ritenere come la commissione non possa essere considerato un conciliatore.

La proficuità dell'istituto della certificazione non potrà a nostro avviso che perseguire l'ampliamento dell'attività del medesimo, nella sua più genuina dimensione di consulenza ed assistenza alle parti del rapporto di lavoro e, per tale via, di protezione effettiva del lavoratore.