

Commissioni di certificazione: problemi e prospettive

Eufrazio Massi - Dirigente della Direzione provinciale del lavoro di Modena (*)

Se si pone l'attenzione su quello che è il compito principale delle commissioni di certificazione istituite con il D.Lgs. n. 276/2003 non si può non rilevare come, rispetto al quadro delineato dall'originario art. 75, l'ambito di competenza si sia, di molto, allargato. Infatti, nel 2003, dopo la premessa «alfine di ridurre il contenzioso» (che, peraltro, è una costante che ha resistito ai cambiamenti normativi), il Legislatore parlava della qualificazione dei contratti di lavoro intermittente, del «job sharing», del tempo parziale, della collaborazione coordinata e continuativa a progetto e dell'associazione in partecipazione che erano i contratti «nuovi e vecchi» trattati con maggior risalto dal D.Lgs. n. 276.

Funzioni

Nel 2004, con le modifiche introdotte attraverso il D.Lgs. n. 251/2004 si estese la certificazione alla qualificazione di tutti i contratti di lavoro, mentre nel 2010, per effetto dell'art. 30, comma 4, della legge n. 183/2010 che ha riscritto, completamente, l'art. 75, il campo di applicazione si è ulteriormente dilatato atteso che le commissioni possono certificare, su base volontaria, tutti i contratti nei quali direttamente o indirettamente sia dedotta una prestazione di lavoro. Tale disposizione è perfettamente coerente con un indirizzo, in un certo senso «precursore» della novità, contenuto nella risposta n. 81/2009 ad un interpellato fornita dal Ministero

del lavoro il quale aveva ritenuto certificabile un contratto di fornitura di manodopera, di natura prettamente commerciale, tra un'impresa utilizzatrice ed un'agenzia di somministrazione. Da quanto appena detto si deduce, quindi, che anche contratti di natura diversa, purché indirettamente possano far riferimento ad una prestazione di lavoro, entrano nell'orbita della certificazione: basti pensare al contratto di affitto di un appartamento stipulato dal proprietario con il custode dello stabile, o al contratto di gestione di un impianto di erogazione di carburante sottoscritto da una compagnia petrolifera con il gestore dello stesso, laddove la Corte di Cassazione ha riconosciuto una forma di collaborazione coordinata e continuativa nell'interesse della prima, con attività prevalentemente personale (Cass., 23 gennaio 1990, n. 392; Cass., 24 febbraio 1989, n. 1030).

Ma un'altra considerazione va, necessariamente, effettuata alla luce della nuova dizione dell'art. 75: il riferimento, generico, a contratti dai quali sia possibile dedurre, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro lascia, ad avviso di chi scrive, lo spazio per certificazioni di clausole derogatorie il cui limite è rappresentato, soltanto, dai diritti inderogabili e dalle prescrizioni di legge.

Per completezza di informazione va ricordato che l'art. 27 del D.Lgs. n. 81/2008, come riformato dalla legge n. 106/2009 ha, in sostanza, aperto alla certificazione delle

commissioni relativamente agli standard organizzativi e contrattuali riferiti alla salute e sicurezza sul lavoro, per la qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi con riferimento a contratti di appalto o a tipologie di lavoro flessibile.

Prima di entrare nel merito di come avviene la certificazione dei contratti è opportuno chiedersi perché, nonostante gli indubbi vantaggi, la certificazione dei contratti ha avuto pochi risultati, in termini numerici e nonostante che, nel solco della Direttiva del Ministro del lavoro del 18 settembre 2008 e delle successive circolari amministrative, si spingessero gli organi di vigilanza, nella lotta al «lavoro nero» a verificare, *in primis*, i contratti di lavoro non certificati.

Le ragioni sono diverse e si prova, quindi, ad elencarle.

Organi di certificazione

Innanzitutto, occorre parlare degli organi di certificazione. L'art. 76 ne qualifica un buon numero ma molti di essi non funzionano:

- le Direzioni provinciali del lavoro, quali articolazioni periferiche del Ministero, le cui commissioni e regolamenti sono in funzione dalla fine del 2004;
- le Province; nonostante che

Nota:

(*) Le considerazioni che seguono sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non impegnano in alcun modo l'Amministrazione di appartenenza.

la composizione sia stata prevista con un D.M. risalente al 21 luglio 2004, non hanno, sostanzialmente, costituito le commissioni di certificazione ove è stabilita anche la partecipazione delle parti sociali in numero paritario (due per i datori di lavoro e due in rappresentanza delle organizzazioni dei lavoratori). In data 27 luglio 2010, sottoscrivendo un protocollo d'intesa con l'Upi (Unione delle province italiane), il Ministro del lavoro ha provato a rilanciare l'istituto prevedendo che le commissioni possano essere istituite anche a livello di centri per l'impiego;

c) gli Enti bilaterali costituiti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro sia nell'ambito territoriale di riferimento, sia a livello nazionale: non risulta effettuata alcuna attività certificatoria;

d) le Università pubbliche e private e le Fondazioni universitarie registrate nell'apposito Albo istituito presso il Ministero del lavoro, previsto dal D.M. 14 giugno 2004: soltanto un paio di Università (quella di Modena e Reggio Emilia, da subito e, molti anni dopo, quella dell'Aquila) operano nel settore (quella emiliana con un numero di contratti certificati superiore di gran lunga a quello di tutte le Direzioni provinciali del lavoro, intese unitariamente). L'Albo, istituito informaticamente, è affidato alla responsabilità del Direttore Generale della Tutela delle Condizioni di Lavoro: per ottenere la registrazione (art. 1) le Università e le Fondazioni universitarie sono tenute ad inviare, all'atto della registrazione ed ogni sei mesi, studi ed elaborati contenenti «indici e criteri di qualificazione dei contratti di lavoro con riferimento a tipologie indicate dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali». Gli articoli 2 e 3 delineano, puntualmente, i criteri per la tenuta dell'Albo e le procedure per l'iscrizione ricalcando, pressoché pedissequamente, quanto già previsto dal Decreto ministeriale emanato per la registrazione delle

Agenzie di lavoro temporaneo. La registrazione avviene nei trenta giorni successivi alla presentazione dell'istanza sottoscritta dal presidente della commissione e previa verifica della documentazione prodotta, fermo restando che la composizione dell'organo certificatorio è rimessa, nel rispetto dell'autonomia dell'Università, alla discrezionalità della stessa;

e) i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro, esclusivamente per i contratti di lavoro instaurati nell'ambito territoriale di riferimento e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e, comunque, nell'ambito di intese definite tra il Ministero del lavoro ed il Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro, con l'attribuzione a quest'ultimo delle funzioni di coordinamento e vigilanza per gli aspetti organizzativi: l'operatività di tali organismi non è, al momento, uniforme sul territorio nazionale, presentandosi «a macchia di leopardo». Due sono le questioni importanti da sottolineare: la prima è che la competenza a certificare i contratti da parte degli Ordini Provinciali dei consulenti del lavoro è più ristretta, ad esempio, di quella prevista per gli altri organismi di certificazione, in quanto questi ultimi possono, come detto pocanzi, certificare «contratti (quindi, anche non di lavoro) in cui sia dedotta, in maniera diretta od indiretta, una prestazione di lavoro». La seconda, invece, concerne una certa «compressione» della sovranità che appare più formale che sostanziale essendo l'attività esercitabile nell'ambito di intese tra l'Ordine nazionale ed il Dicastero del Welfare, con compiti di controllo e coordinamento, sotto l'aspetto organizzativo, delegati al primo. Il significato da fornire a questo controllo da parte dell'Ordine nazionale è quello di consentire a tutti gli organismi provinciali (che, indubbiamente, risentono l'influsso di «specificità locali») un salto di qualità ed una omogeneità di

comportamento correlate alle disposizioni impartite a livello centrale;

f) il Ministero del lavoro e delle politiche sociali - Direzione Generale della tutela delle condizioni di lavoro - allorché il datore di lavoro abbia proprie sedi di attività in almeno due province di regioni diverse o con un'unica sede di lavoro nell'ipotesi in cui sia associato ad un'organizzazione datoriale che abbia predisposto a livello nazionale schemi di convenzione. Da ciò discende che le commissioni di certificazione istituite presso le Direzioni provinciali del lavoro e le Province (art. 76, comma 1 *bis*) limitano, in tali casi, la propria attività alla ratifica di quanto già certificato a livello nazionale, senza entrare nel merito dei contenuti, non potendosi discostare da quanto stabilito a livello centrale.

Come si può vedere, la prima ragione del numero scarso di certificazioni è rappresentato dal fatto che i molti organismi previsti dalla normativa, sono rimasti allo stato «potenziale» non essendo stati istituiti o avendo operato in modo saltuario ed episodico.

Quanto appena detto non è sufficiente a spiegare il fenomeno nella sua interezza, in quanto dalla fine del 2004 presso tutte le Direzioni provinciali del lavoro sono state istituite le commissioni di certificazione, è stato approvato il regolamento di funzionamento (nella maggior parte dei casi sulla falsariga di uno schema adottato a livello ministeriale) e tutti gli Uffici, nei limiti delle loro capacità e potenzialità (sovente, di primordine) hanno fornito, secondo la previsione dell'art. 81, consulenza ed assistenza effettiva alle parti contrattuali, sia in relazione alla stipula del contratto che in relazione alle modifiche al programma negoziale concordato, alla disponibilità dei diritti ed alla qualificazione del rapporto. Le parti, pur consapevoli dei vantaggi derivanti dalla certificazione di un contratto (che, come vedremo, è

“sostanzialmente blindato”) hanno avuto remore a rivolgersi alle commissioni istituite presso le Dpl che, tra le altre cose, svolgono tale attività in maniera del tutto gratuita. La risposta è, forse, in una caratteristica “endemica” correlata al rapporto di lavoro: il datore, o “*rectius*” chi lo assiste e lo consiglia (atteso che, seppur su base volontaria e consapevole, il lavoratore, in molti casi, è “trainato” in questa scelta), per paura di dover presentare all’esame dell’organo collegiale pubblico un contratto che non ha tutte le caratteristiche tipiche, preferisce non certificarlo, ritenendo che la mancata certificazione possa “scatenare” un accertamento ispettivo e sperando di non essere sottoposto a controllo.

È questa, ad avviso di chi scrive, una visione miope che riecheggia (e per questo si è parlato di “endemicità”) il comportamento tenuto, ad esempio, dai datori di lavoro nel corso delle procedure di emersione e di regolarizzazione risalenti al 2003 (c.d. «emersione automatica ed emersione progressiva») o agli anni 2007 e 2008 per effetto dell’art. 1, commi 1192 e seguenti della legge n. 296/2006 (successivamente prorogato), ove, in sostanza, tutto si rivelò un “flop” in quanto i datori di lavoro che aderirono alla normativa di vantaggio furono, nella gran parte dei casi, soltanto quelli che erano stati colpiti nel corso degli accessi operati dagli organi di vigilanza.

L’altro motivo, a chiusura dell’argomento, che va “sfatato” è quello di un possibile atteggiamento “chiuso” da parte della commissione di certificazione della Dpl nella quale, è bene ricordarlo, fanno parte, come membri effettivi, i Dirigenti dell’Inps, dell’Inail e della stessa Direzione provinciale del lavoro che rappresentano «l’alto profilo» postulato dal D.M. 21 luglio 2004: questo non pare, assolutamente, rispondente a verità proprio per la posizione di assoluta professionalità dei componenti

della commissione ove, è bene ricordarlo, tra i membri effettivi annovera anche due altri funzionari della Dpl e tra i membri consultivi, il rappresentante dell’Agenzia delle entrate ed i rappresentanti degli ordini professionali operanti nella provincia.

Oggetti della certificazione

Proseguendo nell’esame di cosa si può certificare avanti alle commissioni, si rileva come questo sia possibile per:

a) il c.d. «appalto genuino» sia in sede di appalto che nella fase di attuazione. Ovviamente, la certificazione che presenta forti elementi di criticità, non potrà che partire da alcuni concetti fondamentali fissati nell’art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 che fanno riferimento all’organizzazione dei mezzi necessari da parte dell’appaltatore (non necessariamente di proprietà), all’esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati (cosa che presuppone, in linea di massima, rapporti di natura subordinata, anche se recenti orientamenti giurisprudenziali - V sezione del Consiglio di Stato n. 8229 del 25 novembre 2010 -, farebbero pensare anche a contratti di collaborazione coordinata e continuativa a progetto) ed al rischio d’impresa a carico dell’appaltatore (cosa che non c’è se lo stesso si limita a fornire soltanto manodopera. Ci si chiede se la certificazione dell’appalto sia chiesta durante il suo svolgimento, esista, nell’ambito del potere istruttorio proprio di ogni commissione, la possibilità di chiedere un accertamento all’organo di vigilanza: la risposta è positiva, tenuto conto che l’art. 84, richiamando «le procedure di cui al capo primo», impone ad ogni organismo di certificazione (art. 78, comma 1, lettera *a*) l’onere di comunicazione dell’inizio del procedimento alla Direzione provinciale del lavoro (competente per territorio) che provvede ad inoltrare

la stessa alle autorità pubbliche (Enti previdenziali, Agenzia delle entrate, ecc.) nei confronti delle quali l’atto di certificazione è destinato a produrre effetti: queste ultime possono presentare le loro osservazioni;

b) i regolamenti delle società cooperative: tale possibilità riservata, fino al 24 novembre 2010, alle sole commissioni di certificazione istituite presso le Province in realtà non è stata mai utilizzata in quanto tali organi collegiali non sono mai stati costituiti. Con l’entrata in vigore della legge n. 183/2010, tutti gli organi di certificazione possono certificare i regolamenti, attraverso i quali, le società cooperative possono, tra le altre cose, “blindare” gli ulteriori rapporti dei soci lavoratori (ulteriori rispetto a quelli associativi), possibili nella forma del rapporto di lavoro subordinato, della collaborazione coordinata e continuativa o in qualsiasi altra modalità, secondo la previsione della legge n. 142/2001. Si tratta, come ben si vede, di una materia molto delicata, soprattutto se si tiene conto di come sia fortemente mutato, negli ultimi anni, il panorama dei c.d. «soci lavoratori»: soprattutto in determinati contesti caratterizzati da lavori umili e manuali e dove è sempre più forte la presenza di lavoratori extra comunitari in posizione fortemente disagiata. Qui, gli organi di certificazione dovranno, effettivamente, usare la loro professionalità per far sì che, nelle pieghe del regolamento, non si autorizzino «comportamenti sociali» lesivi dei diritti del singolo. A differenza di quanto avviene per i singoli contratti non c’è un’istanza comune e volontaria delle parti, ma c’è bisogno di una delibera degli organi della società cooperativa (es. consiglio di amministrazione, assemblea dei soci) in quanto l’oggetto della possibile certificazione è soltanto il regolamento, rispetto alla quale l’istanza è, ovviamente, presentata dal legale rappresentante;

c) gli effetti della certificazione dall'inizio del contratto: l'art. 31, comma 17, della legge n. 183/2010, ha aggiunto un ultimo comma all'art. 79 del D.Lgs. n. 276/2003 che ora recita così: «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 possibili esperibili ai sensi dell'art. 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari (testo già in vigore dal 24 ottobre 2003). Gli effetti dell'accertamento (comma 2) 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 per il 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». Indubbiamente, se da un punto di vista strettamente operativo, la certificazione «*ex tunc*» può portare notevoli vantaggi al datore di lavoro che, con le modalità previste dalla disposizione, «blinda» il rapporto (è opponibile ai terzi e conserva la propria efficacia fino ad una sentenza di merito che dica il contrario, sulla base di vizi riconducibili al consenso, alla erronea qualificazione o ad uno svolgimento diverso da quello certificato), la questione si presenta molto delicata, in quanto l'accertamento dell'organo collegiale discende dal convincimento che il rapporto è stato tale anche in precedenza.

Come si può arrivare a tale decisione?

Senz'altro, utilizzando le dichiarazioni delle parti e visionando la documentazione pro-

bante antecedente (es. versamenti alla gestione separata dell'Inps) ma senza poter effettuare alcun riscontro «in loco» cosa che, per la qualificazione della maggior parte delle commissioni, non è possibile (fa eccezione quella costituita presso la Direzione provinciale del lavoro). Si tratta, come si vede, di un problema molto delicato che potrebbe, in alcuni casi, confliggere con accertamenti ispettivi in corso o imminenti. È auspicabile che su questo punto, anche per fornire indirizzi uniformi a tutti gli organi di certificazione, vengano emanate direttive specifiche. Per quel che concerne l'ultima parte del comma che si commenta, quella relativa al contratto non ancora sottoscritto ed agli effetti che si producono dal momento della sottoscrizione occorre sottolineare come il Legislatore offra alle parti contraenti un duplice vantaggio: il primo riguarda la possibilità di produrre all'organo di certificazione una «bozza contrattuale», il secondo concerne l'opportunità di avvalersi della funzione consulenziale sia per la stipula che per l'integrazione del contratto;

d) la tipizzazione della giusta causa e del giustificato motivo nei contratti individuali di lavoro: l'art. 30, comma 3, della legge n. 183/2010 prevede che nella valutazione delle motivazioni alla base del licenziamento, il giudice tenga conto delle tipizzazioni della giusta causa e del giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro o nei contratti individuali stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione. La valutazione del giudice riferita sia alle tipizzazioni previste dalla pattuizione collettiva non è una novità come non è una novità (almeno per i Dirigenti) relativamente ai contratti individuali. L'aspetto innovativo riguarda invece la possibilità che tipizzazioni individuali (ulteriori) possano essere certificate in ogni contratto: qui il Legislatore fa, nuovamente, esplicito riferimento all'attività di consulenza ed assi-

stenza degli organi di certificazione, attività estremamente delicata per gli eventuali riflessi connessi alla risoluzione del rapporto di lavoro. Con l'ultima parte del comma 3, riferendosi ai licenziamenti a tutela obbligatoria, il Legislatore ricorda come il giudice nella definizione delle conseguenze connesse al licenziamento debba anche tener conto di quanto affermato dall'art. 8 della legge n. 604/1966 alla luce dei criteri e dei parametri fissati nei contratti collettivi o individuali certificati, considerando le dimensioni aziendali e l'attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione occupazionale del mercato del lavoro locale, l'anzianità e le condizioni del prestatore ed il comportamento tenuto dalle parti anche prima del licenziamento. Tutto questo influisce sulla determinazione dell'indennità, alternativa alla reintegra, che è compresa tra un minimo di 2,5 mensilità ed un massimo di 6 dell'ultima retribuzione globale di fatto. La misura massima può essere maggiorata fino a 10 mensilità in presenza di un'anzianità di servizio superiore a dieci anni e a 14 mensilità per il prestatore con un'anzianità superiore a venti anni, se occupato presso un datore con più di quindici unità alle dipendenze;

e) le clausole compromissorie per la scelta della via arbitrale: il comma 10 dell'art. 31 è stato, tra le norme sottoposte all'esame del Parlamento dopo il rinvio alle Camere operato dal Presidente della Repubblica *ex art. 75* della Costituzione, quello sul quale più appassionato è stato il dibattito giuridico, politico e sindacale. Su tutte le materie disciplinate dall'art. 409 c.p.c. - rapporti di lavoro subordinati, parasubordinati - nell'ampia accezione enucleata, nel tempo, dalla giurisprudenza-, autonomi, di agenzia e di rappresentanza commerciale, dei contratti agricoli, nella forma residuale rimasta (es. contratto di affitto ad imprenditore non coltivatore diretto, dopo le modifiche introdotte nella materia dalle

leggi n. 203/1982 e n. 29/1990), le parti possono pattuire clausole compromissorie di rinvio all'arbitrato irrituale secondo le procedure individuate dagli articoli 412 e 412 *quater* c.p.c., qualora ciò sia stato previsto dalla contrattazione collettiva o da accordi interconfederali. La clausola compromissoria va certificata a pena di nullità (essa è, ad avviso di chi scrive, assoluta) da una commissione di certificazione la quale deve accertare la effettiva volontà di ciascuna parte di devolvere ad arbitri le eventuali controversie nascenti dal rapporto di lavoro. La clausola compromissoria che non può riguardare controversie legate alla risoluzione del rapporto di lavoro (ossia i licenziamenti), non può essere sottoscritta prima che sia trascorso il periodo di prova, se inserito nel contratto, o almeno trenta giorni dalla stipula del contratto. Nella sottoscrizione della clausola compromissoria le parti possono farsi assistere da un legale o da un rappresentante sindacale o professionale cui abbiano conferito il mandato. Il comma successivo rinvia ad un'attività di supporto del Ministro del lavoro nel caso in cui non si addivenga, entro il 24 novembre 2011, alla sottoscrizione di un accordo collettivo. Il titolare del Dicastero del Welfare convoca le organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative e se, trascorsi sei mesi dalla prima convocazione, non viene stipulato alcun accordo, è, lui stesso che, tenuto conto delle risultanze istruttorie, individua, in via sperimentale, le modalità di attuazione e la piena operatività delle clausole compromissorie.

Arbitrato irrituale

Questo, per sommi capi, è il dettato normativo, rispetto al quale sono opportune alcune considerazioni. Innanzitutto, la norma non è ancora in vigore, in quanto l'accordo interconfederale sulla materia non

è stato sottoscritto. Per la verità, in data 13 marzo 2010, dopo il rinvio al Parlamento operato dal capo dello Stato, tutte le maggiori organizzazioni datoriali e dei lavoratori (ad eccezione della Cgil) hanno sottoscritto un avviso comune nel quale riconoscono la valenza positiva dell'arbitrato irrituale, alternativo al giudizio, e si impegnano, dopo l'approvazione della legge, a sottoscrivere un accordo interconfederale finalizzato a disciplinare la materia, con esclusione delle controversie relative alla risoluzione del rapporto di lavoro. Vale la pena di sottolineare come sia l'art. 412 che l'art. 412 *quater* c.p.c. (il cui iter procedimentale è, parzialmente diverso) prevedono la possibilità che le parti convengano sia sulle norme di legge da richiamare per il lodo che per quelle, eventuali, che si riferiscano a principi di equità. Per quel che concerne i soggetti abilitati a stipulare l'accordo interconfederale, il Legislatore fa riferimento al criterio della «comparazione»: ciò significa che non sono legittimati alla sottoscrizione organismi sindacali che hanno scarsa rappresentanza e che risultino minoritari, sotto l'aspetto «comparativo», rispetto agli altri. La seconda questione riguarda l'iter procedimentale di certificazione. La commissione deve accertare che la volontà delle parti («*rectius*» del lavoratore) di devolvere ad arbitri l'eventuale controversia «nascente» dal rapporto di lavoro non sia sottoposta a condizionamenti. È, quindi, una scelta «a priori» e non relativa a controversia già sorta. E che tale sia l'intendimento del Legislatore lo si arguisce anche dal fatto di come la clausola compromissoria possa essere sottoscritta soltanto dopo la conclusione dell'eventuale periodo di prova o trascorsi almeno trenta giorni dalla stipula del contratto di lavoro, ossia dopo la «stabilizzazione» del rapporto. Alcune considerazioni si rendono necessarie sia relativamente alla prova che al concetto di «sti-

pula». In molti contratti, soprattutto per le qualifiche basse e a scarso contenuto professionale, il patto di prova è limitato nel tempo (talora, una sola settimana) e riesce difficile pensare che dopo tale breve periodo il lavoratore possa essere affrancato dal «*metus reverentialis*» nei confronti del datore (ed in questi casi il compito della commissione è particolarmente delicato ed importante in quanto, più che in altri casi, deve accertare l'effettiva volontà del prestatore). Per quel che concerne la stipula del contratto di lavoro (e la relativa data che, trattandosi di un atto privato, non è facilmente verificabile) e la decorrenza di almeno trenta giorni dalla stessa, necessaria per la sottoscrizione della clausola compromissoria, non si può non rilevare come la stessa non possa che coincidere con l'effettiva assunzione (forse, il Legislatore è stato un po' impreciso nella terminologia). Se così non fosse, si potrebbe verificare il caso in cui un lavoratore sottoscrivere la clausola compromissoria prima dell'inizio dell'attività come, ad esempio, nell'ipotesi abbastanza frequente di avviamento obbligatorio *ex lege* n. 68/1999, allorché i datori di lavoro, ottemperando all'invio del lavoratore da parte dei servizi della Provincia, stipulano il contratto ad una certa data, procrastinando l'inizio del rapporto ad un momento successivo concordato). Avanti alla commissione le parti possono essere assistite: è questo un fatto positivo (si parla di legale di loro fiducia, anche se per un lavoratore in cerca di occupazione appare poco plausibile), o di assistenza da parte di un'organizzazione sindacale o professionale, dei datori di lavoro o dei lavoratori.

Nuovi compiti

Come si diceva all'inizio, le commissioni di certificazione con la nuova normativa vengono a svolgere anche altri compiti.

Innanzitutto (art. 31, comma 13), può essere esperito avanti alle stesse il tentativo di conciliazione *ex art.* 410 c.p.c. (ivi comprese quelle concernenti il pubblico impiego, dopo l'abrogazione della specifica norma speciale contenuta negli articoli 65 e 66 del D.Lgs. n. 165/2001). Di per sé, il tentativo di conciliazione che, in questo caso, è facoltativo non è nuovo: infatti presso le medesime residua, ma come obbligatorio, quello previsto dall'art. 80, comma 4, del D.Lgs. n. 276/2003 avverso un contratto già certificato per la quale una parte o chi ne ha interesse (personale di vigilanza degli Istituti previdenziali o della Direzione provinciale del lavoro - sia pure con i limiti richiamati dalla Direttiva del 18 settembre 2008 - dell'Agenzia delle entrate o della Guardia di finanza) è tenuto ad attivare per trovare una conciliazione, prima di adire il giudizio. Quest'ultimo, per il quale c'è una sostanziale inversione dell'«onere probatorio», può essere richiesto soltanto per vizio del consenso, per erronea qualificazione del rapporto o perché quest'ultimo si è svolto in maniera del tutto diversa da come era stato certificato.

La disposizione relativa al tentativo facoltativo di conciliazione è strettamente correlata alla inoppugnabilità delle transazioni raggiunte avanti alla commissione di certificazione, essendo tale caratteristica strettamente correlata all'art. 410 c.p.c.: ovviamente, anche in questo caso, l'attività conciliativa della commissione deve essere vigile cercando, nei limiti del possibile, di fare in modo che la volontà del prestatore, parte più debole del rapporto, si esprima senza condizionamenti ed avendo ben presente il limite della indisponibilità dei diritti del lavoratore come nell'ipotesi di una rinuncia (affetta da nullità) relativa a propri diritti non ancora disponibili (Cass., 8 novembre 2001, n. 13834; Cass., 13 marzo 1992, n. 3093). Da quanto appena detto si può

sostenere che la materia conciliativa è "a tutto campo" e che il richiamo all'art. 410 c.p.c. sembrerebbe postulare anche l'applicazione dell'iter procedimentale ivi individuato per la richiesta (cosa che non è prevista per la procedura in sede sindacale ove il nuovo articolo 411 c.p.c. esclude espressamente l'applicazione delle disposizioni *ex art.* 410 c.p.c.). Per completezza di informazione va ricordato un principio che è valido in tutte le conciliazioni, comunque avvenute, che hanno il crisma della inoppugnabilità: pur essendo valide ai sensi dell'art. 2113 c.c., possono essere impugnate per una delle cause comuni di nullità previste dagli articoli 1418 e ss c.c. e annullabilità dei contratti *ex artt.* 1425 e 1427 c.c. (come nel caso in cui il consenso sia stato «estorto» al lavoratore con minacce).

Nulla dice il Legislatore sulla composizione degli organi di conciliazione della commissione (se è la stessa al completo, o più propriamente una sezione o sotto commissione): probabilmente, tutto è rimandato ai singoli regolamenti di organizzazione. Detto questo, appare singolare constatare come presso le Direzioni provinciali del lavoro sia possibile attivare otto diversi tentativi di conciliazione (di cui tre nell'ambito delle procedure arbitrali) delle controversie individuali di lavoro:

a) il tentativo, facoltativo, avanti alla commissione provinciale di conciliazione secondo la nuova procedura prevista dall'art. 410 c.p.c.;

b) il tentativo, facoltativo, di conciliazione monocratica *ex art.* 11 del D.Lgs. n. 124/2004, attivabile su richiesta del prestatore a fronte di rivendicazioni di natura patrimoniale scaturenti da una richiesta di intervento ove si lamenta anche una possibile violazione di norme in materia di lavoro punite con una sanzione amministrativa (conciliazione preventiva) o durante l'accesso ispettivo, previa valutazione della volontà delle parti (conciliazione contestuale);

c) il tentativo, facoltativo, di conciliazione avverso la diffida accertativa per crediti patrimoniali *ex art.* 12 del D.Lgs. n. 124/2004, attivabile su richiesta del datore di lavoro, entro trenta giorni dalla ricezione dell'atto di diffida;

d) il tentativo, facoltativo, di conciliazione avanti alla commissione di certificazione per tutte le controversie scaturenti da rivendicazioni *ex art.* 409 c.p.c.;

e) il tentativo, facoltativo, di conciliazione durante la procedura arbitrale irrituale con mandato conferito alla commissione provinciale di conciliazione *ex art.* 412 c.p.c., prima dell'emanazione del lodo;

f) il tentativo, facoltativo, di conciliazione durante la procedura arbitrale irrituale avanti alla commissione di certificazione, prima dell'emanazione del lodo;

g) il tentativo di conciliazione nel corso del collegio di conciliazione ed arbitrato costituito a seguito dell'impugnazione di un provvedimento disciplinare, secondo la procedura prevista dall'art. 7 della legge n. 300/1970;

h) il tentativo, obbligatorio, di conciliazione rispetto ad un contratto già certificato, secondo la previsione dell'art. 80, comma 4, del D.Lgs. n. 276/2003.

Camere arbitrali

L'altro, nuovo, grosso compito (almeno nelle aspettative) è rappresentato dalla possibilità, riconosciuta agli organi di certificazione di istituire camere arbitrali per la definizione delle controversie in materia di lavoro pubblico e privato. In tale ottica, il Legislatore cerca di promuovere la costituzione attraverso convenzioni a livello territoriale, di camere arbitrali unitarie, lasciando agli accordi locali la possibilità di definire sia la composizione che le modalità di funzionamento. La norma, dopo aver richiamato l'art. 808 *ter* c.p.c. (le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire

che, in deroga a quanto disposto dall'art. 824 *bis*, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale), afferma che, per quanto compatibili, si applicano i commi 3 e 4 dell'art. 412 c.p.c.

Il richiamo sta a significare che il lodo:

a) sottoscritto dagli arbitri ed autenticato ha «forza di legge» tra le parti (art. 1372 c.c.);

b) è inoppugnabile trovando applicazione il comma 4 dell'art. 2113 c.c.;

c) è annullabile (art. 808 *ter* c.p.c.) se la convenzione è invalida o gli arbitri hanno «esorbitato» dai limiti posti dalle parti e ciò è già stato rilevato nel corso del procedimento, se gli arbitri sono stati nominati in forma non coerente alla convenzione contrattuale, se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro, se gli arbitri non si sono attenuti alle regole poste dalle parti come condizione di validità del lodo e se non è stato osservato il principio del contraddittorio;

d) è impugnabile con ricorso al giudice del lavoro nella cui circoscrizione insiste la sede dell'arbitrato. Esso va depositato entro trenta giorni dalla notifica, trascorsi i quali diviene definitivo, sia attraverso la reiezione del ricorso che con l'adesione scritta delle parti che accettano la decisione. Il lodo viene depositato nella cancelleria del tribunale e diviene esecutivo con decreto del giudice, su istanza della parte interessata e dopo la verifica della regolarità formale. Si pone, a questo punto, il problema della competenza territoriale delle varie commissioni di certificazione, sia per il tentativo di conciliazione che per l'arbitrato irrituale. Ad avviso di chi scrive, per quelle legate ad una realtà territoriale provinciale (le Direzioni provinciali del lavoro, le Province, gli Ordini provinciali dei consulenti del lavoro e, gli Enti bilaterali, costituiti su base provinciale) il riferimento all'art. 413 c.p.c. va riferito ai confini del territorio provin-

ziale mentre, per gli Enti bilaterali a rilevanza regionale o nazionale la competenza territoriale può essere esercitata in tali ambiti. Completamente diverso è il discorso per le Università, le Fondazioni Universitarie e la Direzione generale per la tutela delle condizioni di lavoro del Dicastero del Welfare che non avendo una dimensione territoriale specificata, hanno una competenza «a tutto campo» in ambito nazionale come, del resto, si evince dai contratti già legittimamente certificati in tutta Italia.

Attività procedurale di certificazione dei contratti

Come si è avuto modo di sostenere più volte durante questa riflessione, l'attività di certificazione è su base volontaria (art. 76) e tutta la procedura è condizionata da un'istanza sottoscritta da entrambe le parti: quest'ultima è stata determinata, per tutte le commissioni ad oggi operanti, in sede di costituzione (per quanto riguarda quelle presso le Direzioni provinciali del lavoro occorre far riferimento sia al D.M. 21 luglio 2004 che ai vari regolamenti). La procedura deve concludersi (art. 76, comma 2, lettera *b*) entro trenta giorni dal ricevimento dell'istanza.

Prima di proseguire nello specifico della procedura di certificazione è necessario soffermarsi su alcuni chiarimenti.

Il primo riguarda la volontà comune che è alla base della richiesta di certificazione di un contratto e che è scritta nella legge: c'è da chiedersi (e ciò è estremamente delicato e coinvolge la sensibilità e la professionalità dei membri della commissione) quanto sia spontaneo il consenso del lavoratore o non sia, talora, formale, condizionato dal fatto che il datore di lavoro in tanto offre una opportunità di lavoro, in quanto «a priori» riesce

a certificare una determinata tipologia contrattuale.

Il secondo riguarda il carattere ordinatorio o perentorio del termine finale: la maggior parte dei commentatori propende per l'ordinarietà, in quanto i trenta giorni, soprattutto se contemporaneamente ci sono numerose istanze da esaminare, potrebbero non essere sufficienti per l'espletamento di tutta la procedura (ad esempio, invio della documentazione agli Istituti ed Enti interessati per la valutazione, convocazioni, attività di consulenza e di assistenza alle parti, ecc.).

Il terzo concerne l'istanza che va prodotta in bollo e deve contenere «l'indicazione espressa degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali in relazione ai quali le parti chiedono la certificazione» (che, peraltro, va riportata anche sull'atto di certificazione) ed, inoltre, deve essere corredata dall'originale del contratto sottoscritto dalle parti con i relativi dati anagrafici e fiscali.

Dopo aver sentito le parti interessate e dopo aver accertato la rispondenza del contratto per il quale si è richiesta la certificazione alla tipologia di riferimento, la commissione in adunanza plenaria, emette l'atto di certificazione che per le Direzioni provinciali del lavoro (art. 6, comma 1, del D.M. 21 luglio 2004), ma anche per gli altri soggetti a ciò deputati, ha natura di «provvedimento amministrativo».

La certificazione si inquadra nell'ambito degli atti valutativi o di giudizio ed è diretta a produrre certezza sul piano dell'ordinamento generale. La natura di provvedimento amministrativo resta anche se a certificare è un Ente bilaterale che non è un soggetto pubblico (ma i componenti sono «incaricati di un pubblico servizio»), in quanto il comma 5 dell'art. 80, parlando della possibilità di impugnazione al Tribunale amministrativo regionale per violazione del procedimento o per eccesso di potere (ravvisabile nell'ipotesi in cui l'organo collegiale abbia

effettuato una valutazione del programma negoziale, uscendo dal binario fissato nella procedura di certificazione), non fa alcuna eccezione. La dizione operata, sul punto, dal Legislatore appare poco chiara, in quanto, in via generale, il ricorso al giudice amministrativo è possibile «per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere». Si ha motivo di credere che i primi due vizi siano logicamente assorbiti dalla dizione «violazione del procedimento», intesa in senso lato.

Una carenza nell'attività consulenziale, postulata dall'art. 81, può essere intesa come vizio del procedimento e portare all'annullamento da parte del giudice amministrativo?

Ad avviso di chi scrive la risposta è negativa in quanto la stessa non rientra tra i requisiti del procedimento, puntualmente identificati dall'art. 78, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003. Ma, a parte il ricorso al giudice amministrativo, l'atto di certificazione può essere impugnato, con ricorso al giudice del lavoro, ex art. 80, comma 1 (che richiama, per quel che concerne la competenza territoriale l'art. 413 c.p.c.) dalle parti o da terzi nella cui sfera giuridica l'atto è destinato a produrre effetti (per la loro specifica funzione nell'ordinamento essi sono individuabili, tra gli altri, negli Istituti previdenziali, nella Direzione provinciale del lavoro e nell'Agenzia delle entrate) per vizi nel consenso, per erronea qualificazione del rapporto e per difformità tra il programma certificato e la sua successiva attuazione.

L'ipotesi del vizio di consenso, pur se non compresa nella norma delegante contenuta nella legge n. 30/2003, si ricava (ed il comma 1 la cita) dai principi generali contenuti nel nostro codice civile e si riferisce ad uno «status» personale soggettivo secondo il quale la manifestazione di volontà espressa nel contratto e nelle audizioni avanti all'organo di certificazione non era completamente libera.

L'erronea qualificazione del rapporto (che incide - comma 2 - sul contratto, in caso di accertamento giudiziale, fin dal momento della conclusione dell'accordo contrattuale) fa riferimento all'errore marchio dell'organo collegiale che dovrebbe aver certificato un contratto piuttosto che un altro (ma l'alta professionalità degli organi di certificazione dovrebbe scongiurare tale pericolo).

Lo svolgimento in maniera difforme rispetto al negozio contrattuale certificato è il vizio più ricorrente: il giudice che rileva la presenza di tale vizio fa decorrere l'accertamento dal momento in cui ha avuto inizio la difformità.

Il ricorso giudiziale va, obbligatoriamente, preceduto dal tentativo di conciliazione avanti all'organo che ha certificato l'atto (art. 80, comma 4): nel panorama generale della facoltatività reintrodotta dall'art. 31 della legge n. 183/2010 esso resta, per espressa disposizione del comma 2, e, come detto in precedenza, la titolarità all'azione spetta alle parti o a chi ne ha interesse. Qui si pone il problema della «singolarità» dell'ipotesi nella quale un Istituto previdenziale o un organo di vigilanza della Dpl, fermo restando quanto contenuto nella Direttiva del Ministro del lavoro del 18 settembre 2008, si trovi a chiedere una conciliazione relativamente ad un rapporto di lavoro ad un organismo collegiale (es. commissione di certificazione presso la Direzione provinciale del lavoro) ove il Dirigente è membro effettivo dello stesso. Se, rispetto alle richieste di chi ha chiesto il tentativo di conciliazione le parti hanno raggiunto un accordo, la nuova certificazione, sostituisce, a tutti gli effetti, la precedente.

Considerazioni conclusive

Le novità introdotte in materia di certificazione sono notevoli e ci si chiede se, quelle più im-

portanti, riferite alla possibilità di giungere alla definizione delle controversie di lavoro attraverso l'arbitrato irrituale, previa sottoscrizione della clausola compromissoria, o nelle altre forme previste dagli articoli 412 e 412 *quater* c.p.c., verranno effettivamente utilizzate. Per far ciò (ma il discorso è del tutto analogo alla fase conciliativa ove il Legislatore ha previsto più organi abilitati ad esperirla) occorre che le nuove modalità di risoluzione delle vertenze di lavoro entrino nel «dna» non soltanto delle parti ma, soprattutto, di chi le assiste (sindacalisti, legali, consulenti, ecc.). Se ciò non avverrà, per quella tendenza «italica» che porta ad andare in giudizio (ove, poi, magari, si sta fermi per anni) dopo la rottura «traumatica sul piano personale», non si andrà, purtroppo, da nessuna parte come, del resto, ci insegna l'esperienza passata sia per i collegi arbitrali per i licenziamenti «coperti» da tutela obbligatoria (art. 5, comma 6, della legge n. 108/1990) rimasti solo nella previsione normativa, che per quelli previsti dalla contrattazione collettiva (es. quello del commercio) ipotizzati a livello di Ccnl, sull'abbrivio delle novità introdotte con il D.Lgs. n. 80/1998.