



*Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati
sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali*

La certificazione dei rapporti di lavoro tra le categorie generali del diritto

di BARBARA GRANDI

SOMMARIO: 1. Premessa: i valori perseguiti e le opinioni convergenti in dottrina. – 2. L'anima «qualificatoria» della certificazione. – 3. La certificazione vigente nella teoria generale. – 4. L'effetto preclusivo e il concetto di accertamento. – 5. La dichiarazione di scienza oggetto dell'atto di certificazione. – 6. Il vincolo probatorio che deriva dalla certificazione.

Working paper n. 41/2007

Publicazione registrata il giorno 11 novembre 2001
presso il Tribunale di Modena. Registrazione n. 1609

**1. Premessa:
i valori perseguiti
e le opinioni
convergenti
in dottrina**

Il numero delle indagini che continuano ad avere ad oggetto la certificazione dei rapporti di lavoro, se non anche il suo successo in termini di applicazione pratica¹, ci prova che nell'istituto sono intuizioni delle potenzialità e che, con gli aggiustamenti e le integrazioni normative del caso, potrebbe portare a risultati positivi.

Viene da chiedersi cosa si possa intendere, qui, per positivo, data d'altra parte la persistenza di un atteggiamento scettico che ha accompagnato l'introduzione e l'affermarsi delle procedure di certificazione.

Nel cercare una risposta ci imbattiamo anzitutto in quella discussa tendenza di politica del diritto del lavoro che mira a rivalutare l'aspetto della volontà individuale (assistita) a scapito di una costruzione normativa di fonte legale e contrattuale rigida e il più possibile inderogabile; a questo livello di indagine, la risposta sui meriti della certificazione non può che essere ancora schiettamente politica: chi predilige un'idea *politica* del lavoratore come figura passiva (essenzialmente da difendere) tenderà a leggere nelle procedure di certificazione qualcosa di pericoloso, mentre chi predilige un'idea del lavoratore come figura attiva (essenzialmente che dovrebbe potersi difendere da sé) vedrà nella certificazione qualcosa di propositivo. Sotto un'altra prospettiva, parimenti politica, si può dire che la certificazione è in contrasto con l'idea tradizionale di un diritto del lavoro come il luogo di un'ineliminabile conflitto sociale, un diritto del lavoro che implica cioè un'idea *politica* di non componibilità neppure teorica dell'interesse del lavoratore con quello del datore di lavoro.

Andando però più a fondo, dopo aver analizzato l'ampia dottrina che se ne è occupata meticolosamente, e provando a recuperare a questo punto quella ingenuità che sola ci fa percepire meglio e immediatamente il senso più autentico delle cose (anche dell'esperienza giuridica), il valore sociale che in primo luogo ci sembra emergere quando si parla di certificazione è il principio, indubbiamente positivo, della certezza². Ci riferiamo naturalmente a quel minimo livello di certezza che è necessaria all'uomo per agire (non a una certezza totale, che più che l'azione implicherebbe la paralisi).

Tra le cose che hanno mosso questo approfondimento, per l'appunto, è stato il bisogno di cercare, nel caotico agglomerato di vecchi e nuovi istituti del diritto del lavoro in fase di evoluzione, se non altro degli elementi comuni, cioè delle linee percorribili, dei principi elementari nella prospettiva di una lettura progressista della materia, dove con l'aggettivo di «progressista» non si vuole intendere nulla d'altro che un atteggiamento mirante a una costruzione in avanti della materia, piuttosto che ad un ripiegamento su se stessa. Chi si avvicina al diritto del lavoro nel suo conclamato momento di crisi patisce infatti l'imbarazzo di doversi domandare a priori come dovrebbe essere approcciata la materia, nei suoi aspetti centrali fino ai dettagli, in mancanza di orientamenti da seguire, in mancanza di linee di pensiero alle quali uno sente di dover ispirarsi (perché una linea di pensiero c'è sempre, in ogni pensare applicato). Naturalmente la caduta delle ideologie ha a che vedere con questo discorso e con la crisi in questione, e certamente incide. Ma non crediamo sia una nuova ideologia quella che serve per avvicinarsi con senso evolutivo alla materia, e questo ci è apparso chiaro dalle parole di giuristi che, più di 50 anni fa, quando invece le c.d. ideologie fervevano e ispiravano, si relazionavano al diritto con perplessità assolutamente non dissimili a quelle dei giuslavoristi di oggi. Sono, per esempio, di Carnelutti certe riflessioni intorno alla certezza³ che tornano sorprendentemente attuali nel farci riflettere sulla divergenza di vedute che fomenta oggi la «crisi del diritto del lavoro» – divergenza che, in quanto espressione di posizioni più o meno consapevolmente ideologizzate non lascia correre il pensiero verso un'indagine più libera e mirata alla conoscenza della realtà dei fatti

rilevanti (aspetti del mercato del lavoro e della concreta fattispecie di lavoro, autonomo o subordinato o quello che sia) oltre che della realtà metafisica del diritto parimenti rilevante (ovvero le norme): nelle parole dell'illustre giurista è chiaro, in particolare, come l'attività del giudicare, che naturalmente si considera qui nella sua valenza di concetto generale riferibile sempre all'esperienza giuridica (cioè a qualsivoglia occasione di applicazione della norma), debba portare non tanto a una «dimostrazione» (che poi non è un *proprium* dell'uomo e che si connette piuttosto ad un concetto sillogico), quanto a un semplice «ritrovamento», cioè ad un'attività a carattere inventivo che porta a scoprire «*il dopo di un prima o il prima di un dopo*»; leggere e applicare la norma implica questo ritrovamento, questa invenzione, che serve a fare luce sul cammino dell'uomo, perché l'uomo ha bisogno di sapere dove mettere i piedi, nell'avanzare. La certezza è necessaria per ogni agire; essa significa un veder chiaro, un poter discernere – fermo restando, d'altra parte, che la realtà nella sua essenza non è interamente conoscibile, un po' come la verità, che si può solo supporre. Insomma, è incontrovertibile che l'incertezza patita oggi dal giurista del diritto del lavoro non è dissimile dall'incertezza che il giurista *tout court* patisce e ha sempre patito e che non di meno deve ingegnarsi di fronteggiare, in quanto fine primo, e forse anche ultimo, della sua attività; la complessità dell'agire moderno, la frammentazione delle economie e dei rapporti economico-sociali, l'obsolescenza delle vecchie categorie giuridiche, la difficoltà di addivenire alla formazione di nuove, di leggerle quanto più in aderenza alla realtà storica dei fatti, non dovrebbero giustificare una pigrizia in luogo dello sforzo, al di là di ogni contingenza, di «chiarire»⁴.

Ecco, per tornare alla domanda da cui siamo partiti, se non assumiamo questi riferimenti di valore, questi riferimenti alla certezza come fini da cui farsi ispirare e da perseguire, nelle procedure di certificazione e in tutta l'elaborazione dottrinale che le circondano, non si troveranno barlumi di conforto. Invece, tanto nella «natura prima» dell'istituto (quella che possiamo dire riconosciuta, che mira a deflazionare il contenzioso lavoristico attraverso una preventiva qualificazione delle volontà negoziali), quanto nella «natura seconda» dell'istituto (quella che ancora stenta ad affermarsi per via della sua forte dissonanza rispetto agli schemi lavoristici tradizionali e che mira ad aprire una possibilità alla rimodulazione di tutele, nel mezzo a un sistema incentrato su di un nucleo intangibile di norme inderogabili e un affiancato sistema di volontà c.d. assistita) e che non saranno oggetto diretto di questo studio, il fine della certezza è, come vedremo meglio, in ultima analisi, quello comunque perseguito.

Ampiamente la dottrina giuslavorista si è adoperata, in materia di certificazione dei contratti di lavoro, a far conoscere l'istituto, a tentare di implementarlo, a puntualizzarne gli aspetti peculiari, come a criticarlo, a sollevarne le varie questioni di rilevanza costituzionale, a vagliare le potenzialità e le criticità in termini di politica del diritto, a tentare di metterne a punto una struttura tecnico-giuridica coerente. Aggiungere qualcosa significa anzitutto partire dai risultati che ci sembra siano stati raggiunti nell'ambito della vasta area degli studi compiuti, in termini di elementi di accordo e di raccordo, dove le valutazioni tecniche inerenti all'una o all'altra prospettiva, anche per il coinvolgimento di discipline diverse (non solo il diritto del lavoro, ma anche il diritto amministrativo, il civile, la teoria generale del diritto e il diritto processuale), si sovrappongono a valutazioni di schietta politica del diritto (quando non a valutazioni sinceramente sociologiche e politiche) e dove è quindi opportuno rinvenire dei punti di sintesi, dei possibili comuni denominatori per proseguire nell'indagine e nella ricerca.

Le singole trattazioni ne offrono, in genere, un'interpretazione e una costruzione esplicativa che non finisce di essere convinta e quindi di convincere, come è forse normale che sia quando si tratta di commentare un istituto che non aveva precedenti e che va a toccare punti sensibili nell'evoluzione della materia cui inferisce, quella

lavorista. Come si avrà modo di verificare, del resto, specie nel parlare della certificazione come un possibile strumento verso l'auspicata rimodulazione delle tutele nel mercato del lavoro, l'istituto aspetta ancora un' implementazione decisiva, nell'ordine di idee di vedere realizzate, per suo tramite, quelle aspettative riformiste che molti studiosi ripongono anche in essa, nonostante la normativa intervenuta successivamente al decreto istitutivo n. 276/2003, possa dirsi fiorente e attestati quindi l'attenzione anche da parte del legislatore⁵.

Quando il livello di complessità con il quale si ha a che fare nel trattare un argomento è alto, una delle strade che si possono percorrere è, banalmente, quella che chiede di restringere il campo di indagine ad un singolo aspetto della materia da indagare. Un'altra strada percorribile è quella che chiede uno sforzo di ricerca verso strati di conoscenza più generali e meno superficiali. In questo doppio ordine di idee, nell'analizzare la certificazione, si è scelto di partire dall'aspetto della sua natura, dove per natura si intende essenzialmente la sua struttura con la sua connaturata finalità.

Due sono i punti importanti che in prevalenza, e se non ci si inganna, possono dirsi emergere su questo specifico tema come elementi di accordo tra gli studiosi: il primo è che la natura dell'istituto della certificazione dei contratti di lavoro è ambivalente, è, come anticipato, doppia, e non si può capirne e apprezzarne il suo primo singolo aspetto (quello della qualificazione giuridica del rapporto) se non affiancandolo all'altro (apertura ad una rimodulazione delle tutele attraverso processi di c.d. volontà assistita) e viceversa. Questo primo punto sarà più ampiamente trattato in un approfondimento successivo. Il secondo elemento di accordo è dato dalla considerazione per cui la natura/struttura dell'istituto non può essere compresa se non de-componendo gli elementi che la costituiscono dal punto di vista strutturale; in particolare e in primo luogo, si devono tenere distinti il concetto di procedura di certificazione da quello di atto certificato e da quello di negozio oggetto di certificazione. Questo secondo punto è quello che pone le basi dell'approfondimento in oggetto.

Se questi sono, in sintesi, i punti consolidati cui la disamina dottrinale ci ha fatto arrivare (il riconoscimento della natura amministrativa dell'atto di certificazione è un altro aspetto su cui la dottrina prevalente concorda), si può intuire per altro verso quale sia, tra gli altri, il motivo di fondo del mancato decollo dell'istituto nella pratica del settore: è una questione un poco oscura, complicata, e perciò poco convincente.

La certificazione mira, come noto, a deflazionare il contenzioso lavoristico, secondo l'espressa dicitura della legge, e lo fa attraverso un atto di qualificazione del contratto di lavoro a cui la dottrina prevalente attribuisce carattere amministrativo.

Gli studi settoriali, per loro intrinseca natura, sono portati a condizionare ciascun interprete al servizio della singola disciplina, e questo assunto è particolarmente evidente quando si rammentano le molteplici difficoltà nello spiegare i caratteri della natura della certificazione in ambito lavoristico attraverso le categorie degli affini istituti di carattere amministrativo: le lacune in ambito amministrativo possono considerarsi superflue ai fini del lavorista, e le lacune del lavorista possono non trarre sufficiente soddisfazione dalle elaborazioni della dottrina amministrativa⁶. L'interprete è del resto naturalmente portato a leggere la normativa sottoposta alla sua attenzione nella prospettiva di quella che può essere una dichiarata politica del diritto: se il legislatore intendeva questa o quella finalità, allora questo istituto, o questa norma, deve essere letta in questa o quella direzione. L'adozione di un'ottica di teoria generale è invece una garanzia contro questo tipo di condizionamenti, spesso poco consapevoli e imposti dalle prospettive specialistiche, perché analizzare una certa questione sul piano della teoria generale è uguale a seguire un metodo di indagine prettamente concettuale, quindi purificato dalle analisi di settore e di politica del diritto. È vero che tra le

2. L'anima «qualificatoria» della certificazione

premesse per capire la natura della certificazione c'è quella di non leggerla in maniera scissa dalla sua collocazione in una certa politica del diritto, che qui abbiamo individuato essenzialmente nella riduzione della incertezza normativa (principio che ha un carattere, abbiamo visto, non tanto storico, quanto correlato allo studio del diritto *tout court*); ma per fare questo senza che neppure questa prospettiva sia un condizionamento preclusivo della più corretta collocazione sistematica dell'istituto, è importate per il momento accantonarla, per riprenderla dopo.

Ciò che occorre fare è invece chiedersi quali siano i concetti giuridici che ruotano dentro l'istituto della certificazione, quali siano quelli che lo costituiscono o lo partecipano.

Innanzitutto può essere elementare, ma qui non superfluo, considerare che la certificazione può essere intesa sia nella sua essenza di procedura, sia nella sua essenza di atto. La certificazione è infatti definita come una procedura volontaria attraverso la quale le parti di un rapporto di lavoro possono muovere istanza alle competenti commissioni di certificazione al fine di vedersi qualificato il proprio contratto.

Il secondo elementare rilievo è quello di dover discernere tra il concetto di contratto da certificare e il sottostante negozio certificato⁷.

Quanto al contenuto dell'atto-provvedimento, è merito della più concorde dottrina lavorista, che prende le mosse dai primi studi di Edoardo Ghera⁸, l'aver argomentato, come anticipato, che il decreto n. 276/2003 dia vita a un atto amministrativo di natura provvedimentale; non si tratterebbe però di un provvedimento amministrativo di accertamento, avendo piuttosto le sembianze di un provvedimento amministrativo di certificazione, un atto cioè produttivo di certezza legale sul piano dell'ordinamento generale e, in specie, dei rapporti interprivati. Ricalcando le posizioni della dottrina amministrativa in materia, si è cioè chiarito che l'atto di certificazione non può e non deve essere inserito tra quegli atti che accertano uno stato di fatto, ma piuttosto deve essere inserito tra quelli che qualificano il rapporto giuridico, determinandone le conseguenze giuridiche. La commissione di certificazione dovrà operare per rendere le parti edotte sulle conseguenze giuridiche del loro accordo negoziale, ma non è tenuta a verificare la veridicità delle dichiarazioni rese dagli istanti, né tanto meno è tenuta a verificare il reale assetto di fatto che interessa per l'applicazione di una normativa piuttosto che dell'altra (numero dei dipendenti, dati sulla struttura organizzativa per gli adempimenti di sicurezza con le eventuali diverse discipline applicabili, tipo di mansioni e così via). L'attività di accertamento che la certificazione presuppone non fa riferimento alla ricognizione di fatti, ma afferma invece una valutazione tecnico-giuridica dei fatti dichiarati dalle parti, una valutazione di giudizio sulla qualificazione giuridica del rapporto e dei suoi effetti.

Pertanto la certificazione esclude da sé l'esercizio di una qualsivoglia discrezionalità amministrativa in senso stretto, cioè di un'attività implicante una ponderazione di interessi contrapposti, ma include solo un giudizio di sussunzione e coerenza dell'accordo rispetto alle fattispecie regolamentari previste dall'impianto normativo di fonte legale e collettiva.

L'atto di certificazione-certificazione è quindi un atto vincolato sia sotto il profilo della sua emissione, sia sotto il profilo del suo contenuto, mentre l'unica modalità discrezionale che viene in causa è quella della discrezionalità tecnica, tradizionalmente definita come una attività di giudizio a contenuto scientifico in ordine alla qualificazione (e non alla esistenza) di determinati fatti.

Una interessante dottrina minoritaria ha concluso, invece, che non debba rinvenirsi in capo all'organo certificatore neppure la discrezionalità tecnica nei termini

che si sono appena riferiti⁹; questa dottrina finisce per conferire un carattere, potremmo dire, più democratico alla procedura di certificazione, dal momento che l'atto di qualificazione sarebbe in sostanza attribuibile direttamente alle parti, che dovrebbero quindi aver nominato a priori il contratto cui vogliono dare esecuzione, mentre i commissari fungerebbero da meri sigillatori della volontà pattizia già comprensiva di qualificazione normativa. Si tratta di una tesi che però non ci sembra possa essere accolta, per il semplice fatto che svuoterebbe l'atto di certificazione della sua funzione, che è appunto quella di qualificare in maniera certa e chiara, con un effetto vincolante, l'accordo che i soggetti dovrebbero limitarsi a descrivere nei relativi presupposti di fatto; l'istanza di certificazione non dovrebbe, cioè, contenere già il *nomen iurs* da dare a quel rapporto, ma solo un accordo di cui siano chiari gli elementi fattuali, modali e finalistici della prestazione, tali da consentire una qualificazione complessiva degli stessi che deve invece spettare unicamente all'autorevole competenza e imparzialità dei commissari; le conclusioni della dottrina minoritaria appena riportata, che poi sembrano essere state largamente accolte nella pratica delle commissioni di certificazione come istituite fino ad oggi¹⁰, vedono assolutamente limitata la discrezionalità delle commissioni costituite ai sensi della normativa in oggetto, relegandola ad una collocazione meramente processuale a carattere, potremmo dire, notarile, la cui efficacia persuasiva in qualità di organo tecnico ci sembra in tutto annullata. Una simile conclusione (che creerebbe minori problematiche sotto il profilo della collocazione sistematica dell'istituto, date le linee spezzate e le zone d'ombra delle elaborazioni sull'argomento, nonché le resistenze di carattere politico), volente o nolente, vede poi anche del tutto mortificata l'attività di assistenza e consulenza in termini di autorevolezza e competenza professionale (l'anima aristocratica della certificazione che non ispira simpatia).

Ci sembra comunque certo che, dato un simile modo di intendere la certificazione, le parti, i lavoratori e le imprese che vogliono beneficiare degli effetti della certificazione in termini di chiarezza e stabilità del rapporto sono costrette a mettere in conto i costi, economici e sociali, dati dalla possibilità di un rigetto dell'istanza. Costi economici perché il tempo perso è denaro, e anche possibili costi sociali perché un provvedimento di rigetto, a differenza di uno di accoglimento che offre soluzioni, è suscettibile di ributtare le parti in una situazione ancora più incerta e magari tesa, dove, invece, un fatto di semplice qualificazione del rapporto non dovrebbe, in teoria, dare adito a una controversia (se lo fa, è segno che la legge è fatta male); le parti dovrebbero sentirsi libere, con l'ausilio della più competente assistenza delle commissioni che le può rendere edotte sui relativi effetti, di accordarsi sui fatti che costituiscono l'oggetto del lavoro in questione, sulle modalità di svolgimento della prestazione, sugli aspetti economici, sui termini temporali, fino eventualmente a poter rivedere il loro accordo in base agli effetti, magari indesiderati o magari inattesi, di cui sono state rese consapevoli. In altre parole, a una istanza di certificazione dovrebbe poter seguire una rinuncia consapevole delle parti a stipulare l'accordo, per l'impossibilità di aver trovato un punto di convenienza comune, ma non anche un'istanza di rigetto da parte dei commissari che vanifica il loro onesto tentativo di fare «patti chiari amicizia lunga».

3. La certificazione vigente nella teoria generale

Quella appena riportata è un po' la sintesi della dogmatica sulla natura della certificazione nel suo stato vigente di istituto a finalità qualificatorie e di riflesso deflazionistici del contenzioso, ricavata, abbiamo visto, su riferimenti alla sistematica amministrativa in tema di accertamento-certificazione.

Abbiamo visto come sia necessario scindere i due concetti del contratto (da certificare o certificato) e del provvedimento (detto di natura certativa) dal concetto di

procedura di certificazione.

Abbiamo visto che l'attività delle commissioni non accerta i fatti, ma ne valuta la qualificazione giuridica.

Come anticipato, è a questo punto che riteniamo opportuno scendere, nell'indagare da vicino gli elementi dell'istituto, ad un livello di indagine non più settoriale, ma piuttosto di teoria generale.

La teoria generale è quella parte del diritto che spiega i fatti giuridici e i loro effetti nei loro elementi fondanti e nelle loro relazioni di base con gli altri fatti ed elementi dell'ordinamento. Essa mira quindi a conferire coerenza di sistema agli istituti, oltre che a descriverne la natura; nasce spontanea la curiosità quindi, di provare a descrivere con le parole della teoria generale un istituto, come quello qui in oggetto, il cui posto nell'ordinamento è tutt'oggi poco netto e criticato da molti operatori del settore proprio nella sua efficacia.

Come osserva giustamente certa dottrina che qui richiameremo interamente per la sua lucidità e forza argomentativa¹¹, è superficiale la considerazione di chi ritiene di dover partire dalla descrizione del fatto per poi valutarne l'effetto, solo perché il secondo viene logicamente prima; in realtà quello che davvero interessa i soggetti, abitanti e operatori dell'ordinamento, è l'effetto, prima che la struttura del fatto. Interessa ciò che capita, prima di ciò che l'ha fatto capitare.

Non di meno, in un caso come quello della certificazione dei rapporti di lavoro quale introdotta dal decreto n. 276/2003 è stato essenziale partire dalla sua struttura, trattandosi di un fatto la cui struttura complessa è stata, si ritiene, proprio quella che ha dato adito ai maggiori fraintendimenti e a diverse dispersioni nell'indagine. Non si può capire ciò che capita, se prima non si ha ben in mente cosa sia ciò che l'ha fatto capitare.

Quindi, ancora una volta, prima di andare avanti su questo piano di indagine vale la pena ripetere che ciò con cui abbiamo a che fare è:

- a) una procedura a istanza volontaria mirata alla certificazione di un contratto di lavoro, cioè alla sua più esatta qualificazione giuridica ad opera di un organo terzo;
- b) un accordo negoziale riguardante l'assetto sostanziale dei rapporti di lavoro coinvolti;
- c) un provvedimento amministrativo di certificazione.

Il fatto di inserire la certificazione nell'ottica della teoria generale, se, come già detto, è, in primo luogo, derivato da una sorta di *obbligo sistematico* da parte dell'interprete che si ponga in relazione ad un istituto nuovo, esso è non di meno derivato da altre due considerazioni.

La prima considerazione ulteriore è data dalla connessione, semplicemente intuibile, della finalità fondante della certificazione, la finalità della *eliminazione dell'incertezza* (che abbiamo visto dovrebbe essere perseguita tanto nell'ottica della certificazione intesa come qualificazione del rapporto di lavoro, quanto nella prospettiva di una sua concezione come luogo di passaggio che potrebbe condurre, con gli adeguati interventi da parte del legislatore, ad un sistema di tutele rimodulate), rispetto al concetto giuridico generale dell'accertamento. Il concetto di accertamento, ricordiamolo subito, è una di quelle questioni giuridiche che sta interessando i teorici del diritto ormai da decenni senza aver ancora portato a soluzioni dogmatiche incontestate.

Una seconda considerazione che ci ha convinti ulteriormente dell'utilità di una argomentazione in termini di teoria generale è il *carattere anche processualistico*

dell'istituto. La certificazione e i suoi effetti non possono essere spiegati a pieno nei termini solo sostanzialistici di cui tanto la dottrina lavorista, quanto la dottrina amministrativa richiamata dalla prima, possono fornire. È infatti una procedura quella con cui occorre relazionarsi, un procedura che ha il fine di eliminare l'incertezza sulla disciplina di un determinato rapporto giuridico in fase germinativa, oltre che nel suo futuro pratico svolgimento, e che consente di realizzare questo fine attraverso una istanza volontaria che presuppone (ed è inerente a) un accordo sostanziale (o almeno una base di accordo, con dettagli sulla tempistica, l'organizzazione, l'oggetto delle mansioni e competenze, luogo o luoghi di prestazione e così via). In altre parole, prima dell'avvio della certificazione, dobbiamo immaginare che esista un accordo, che può essere anche molto specifico nei suoi contenuti e che è senza nome; le parti si rivolgono alla commissione proprio con il fine di ottenere una dichiarazione di scienza sulla esatta «nominazione» di quello, o di un simile accordo più opportuno e conveniente, secondo la normativa vigente. La dichiarazione di scienza che costituisce il risultato dell'atto di certificazione non è, per altro, una dichiarazione di scienza qualsiasi, come quella che anche i privati potrebbero fornire qualificando da soli il contratto: l'effetto che la legge vuole connettere a quella dichiarazione di scienza è un effetto di fissazione, cioè di eliminazione dell'incertezza intorno alla esatta qualificazione giuridica in oggetto, perché da quel momento in poi e salvo eventuali contrarie sentenze di merito, i patti si presumono essere chiari e chiariti, e quindi stabili.

In una prospettiva (al momento solo eventuale e futura) di rimodulazione di tutele, non di meno, questo stesso processo che porta alla qualificazione giuridica dell'accordo, potrà dare adito, nello svolgersi del suo *iter*, ad una occasione ulteriore di scelta sostanziale per le parti istanti, cioè ad una manifestazione di volontà (assistita) ulteriore quale è data dalla possibilità di optare per la deroga di una parte della regolamentazione (in cambio di convenienze diverse, ad esempio la rinuncia alla tredicesima in cambio di un compenso economico aggiuntivo per il lavoro in giorni festivi, o l'inserimento stabile in azienda in cambio di un trattamento economico più basso e così via). In questo sistema riformato, dove le categorie tradizionali del diritto del lavoro dovrebbero necessariamente essere state riviste, le parti potrebbero scegliere insomma di optare per un tipo di accordo o per un altro in relazione ad aspetti normativi ritenuti relativamente derogabili.

Ma anche questa possibilità di rivedere la propria volontà negoziale (possibilità che potrebbe seguire quell'attività di consulenza e assistenza di cui parla l'art. 81 del decreto n. 276), non cambierebbe la struttura della certificazione, perché si tratterebbe comunque di una procedura in cui, a partire da un accordo in termini sostanziali (magari appunto rivisto e rimodulato alla luce dell'attività di indirizzo e assistenza giuridica della commissione), si mira ad ottenere una fissazione, un accertamento sulla sua qualificazione, sulla esatta sussunzione della fattispecie infine prescelta nella normativa rinvenuta tra le fasce derogabili e inderogabili del sistema riformato.

Attingendo quindi, come vedremo, ai contributi della dottrina processualistica in tema di efficacia, e in particolare in tema di accertamento, potremo rinvenire argomenti che riteniamo decisivi per la trattazione del nostro argomento in termini di teoria generale.

Del resto il riferimento alla disciplina processualistica diventa indispensabile quando, nel valutare gli effetti della certificazione, ci imbattiamo, come già sopra abbiamo fatto, nelle norme del decreto n. 276 che trattano della sua impugnabilità, quindi anche del suo valore nell'ambito del processo di cognizione che la interessasse o che interessasse il contratto sottostante.

4. L'effetto preclusivo e il concetto di accertamento

Venendo all'«abc» che qui interessa, come noto la teoria generale tradizionale in punto di efficacia giuridica ha enucleato essenzialmente due tipologie di effetti, quello costitutivo e quello dichiarativo, ha cioè suddiviso i fatti/atti giuridici, che sono gli oggetti elementari che abitano l'ordinamento, in quelli che producono un effetto innovativo rispetto alla realtà giuridica preesistente (effetto costitutivo) e in quelli che invece non producono alcuna trasformazione, lasciando invariata la situazione preesistente (effetto dichiarativo).

Si tratta della teoria ricavata dalle elaborazioni che concernono essenzialmente il negozio giuridico, quale struttura fondante e riferimento primo per tutta la teoria del diritto. Essa è stata necessariamente trasposta anche in ambito processualistico. Il riferimento è qui al problema dell'efficacia degli atti processuali, e della sentenza in particolare; in relazione alla questione, affrontata da una dottrina sul punto oscillante, circa la natura costitutiva (innovativa quindi della realtà persistente al processo) ovvero dichiarativa (non incisiva sulla realtà giuridica preesistente al processo) della sentenza. Lungi da noi è il poter avere una piena cognizione dei problemi sottesi a queste due diverse concezioni. Quanto però possiamo fare è prendere in prestito, dagli studi dei processualisti sul tema e in modo particolare dagli studi del Falzea¹², l'elaborazione teorica secondo la quale un terzo tipo di efficacia giuridica dovrebbe essere affiancato alla classica dicotomia costitutività/dichiaratività; si tratta della efficacia di tipo preclusivo.

Questo terzo tipo di efficacia, seppur trasposto in applicazione all'istituto specifico della sentenza – intesa come cosa giudicata a prescindere dai suoi effetti di merito (di condanna, di dichiarazione, costitutivi) – viene esplicito e ritagliato in particolare sul fatto giuridico chiamato accertamento (fatto di cui anche la sentenza partecipa)¹³, il che lo rende particolarmente interessante nello studio del nostro argomento.

L'effetto preclusivo si contraddistingue dall'effetto costitutivo e dall'effetto dichiarativo per il fatto di essere *indifferente* rispetto alla realtà preesistente cui si riferisce, rispetto alla situazione giuridica che esiste prima del fatto di accertamento; non c'è, in altre parole, rispetto alla realtà preesistente, un rapporto di difformità (come nel caso dell'effetto costitutivo) e non c'è neppure un rapporto di uniformità (come nel caso dell'effetto dichiarativo): c'è soltanto una preclusione in ordine a possibili contestazioni inerenti alla stessa situazione accertata; il concetto di effetto preclusivo è legato indissolubilmente a quello di accertamento e a sua volta il concetto di accertamento è legato indissolubilmente ad una attività di contenuto dichiarativo, ad una possibile dichiarazione di scienza, come vedremo meglio anche più avanti. Il fatto di accertamento, quindi, di cui partecipano vari istituti del nostro diritto, non solo a carattere processuale ma anche a carattere sostanziale¹⁴, è divenuto insomma l'occasione fondante per l'affermazione della teoria dell'efficacia preclusiva.

Prima di vedere se, e come, la certificazione dei contratti di lavoro sia collocabile in questo sistema, bisogna fare chiarezza su cosa debba intendersi, precisamente, per accertamento. Come predetto, è un concetto tutt'altro che scontato e semplice da definirsi nell'area giuridica.

/) Innanzi tutto esso presuppone uno stato di incertezza.

Il fatto di accertamento non è tale se non pone rimedio ad una situazione di incertezza¹⁵. A sua volta il concetto di incertezza può assumere vari significati, in particolare può trattarsi di una incertezza soggettiva, che attiene cioè alla sfera psicologica degli individui (Tizio non è sicuro degli effetti del suo contratto con Sempronio) oppure di una incertezza oggettiva, che invece attiene alla realtà che sta al di fuori dell'individuo (Tizio e Sempronio hanno stipulato un contratto, gli effetti sono

quelli stabiliti dalla legge ma la legge non stabilisce alcun effetto a fronte dell'eventuale fattore «x»). Ecco, il tipo di incertezza di cui può farsi carico un istituto giuridico, come tale oggettivamente apprezzabile, a finalità accertative, non potrà che essere una incertezza oggettiva. D'altra parte, non di meno, potrebbe ben porsi il caso di soggetti che sentano l'esigenza di un accertamento in una situazione di dubbio che non rileva sul piano oggettivo, che invece ha carattere in tutto soggettivo. Su questa dialettica tra l'incertezza oggettiva e soggettiva rifletteremo meglio più avanti.

La conoscenza piena di un determinato agire di rilevanza giuridica, come abbiamo avuto modo di avvertire anche quando ragionavamo sull'istanza di certezza e chiarificazione che è propria di ogni interprete del diritto in ogni momento storico, non è possibile, perché la conoscenza non esiste in assoluto.

I valori giuridici sono oggettivi in quanto operano da soli, indipendentemente dai soggetti, e indipendentemente da questi, essi esistono, ma la loro piena conoscenza da parte del soggetto è tanto impossibile quanto è impossibile la perfezione umana.

Non di meno, ancora tornando alle premesse di questo lavoro, l'esigenza di tendere a una certezza oggettiva nel complicato doversi muovere tra i fatti, le norme e gli effetti dell'ordinamento è un'esigenza vitale, perché quanto meno si riesce a domare la complessità del nostro ambiente, tanto più saremo frenati e impediti nell'agire stesso; di qui la rilevanza delle figure dell'accertamento, dei negozi di accertamento, con i relativi problemi in termini di collocazione sistematica¹⁶.

Di qui, sicuramente, anche la potenziale utilità della certificazione dei rapporti di lavoro.

//) In secondo luogo, il fatto di accertamento presuppone il suo proprio carattere vincolante. L'accertamento non ha infatti senso giuridico se, una volta posto in essere, nessuno sarà poi tenuto a conformarsi ad esso, a tenerne conto in qualche modo. Fuori dal carattere vincolante, di grado più o meno elevato, dell'accertamento che l'atto processuale o sostanziale implica, l'accertamento risulta essere un fatto giuridicamente irrilevante¹⁷. Sono naturalmente individuabili diversi livelli di vincolatività, che appare qui opportuno prendere in rassegna, con l'idea di rapportarli, eventualmente in seguito, all'istituto della certificazione. L'accertamento può implicare una fissazione della realtà accertata fino a prova contraria, perciò sarà liberamente contrastabile con qualunque mezzo di prova e in qualunque sede; oppure esso può implicare la fissazione finché non sia data prova contraria ma attraverso il solo possibile ricorso a particolari mezzi di prova; un terzo livello di fissazione può implicare che la realtà accertata sia contestabile solo mediante uno speciale mezzo di impugnazione; il livello di vincolo più forte è quello, infine, per cui la realtà accertata viene ritenuta dall'ordinamento definitiva e incontestabile¹⁸.

///) In terzo luogo, l'accertamento presuppone una attività spirituale di riconoscimento/rinvenimento di una verità, una verità scientifica (non è pacifico se possa affiancarsi ad essa una attività a contenuto anche volontaristico – di qui il problema molto dibattuto del negozio di accertamento in diritto privato).

Quando si parla di verità bisogna intendersi. Il concetto di verità emerge nel pensiero di indagine che qui si vuol seguire come un concetto cardine, diverso da quello di certezza, eppure a questo profondamente connesso, tanto da invogliare a qualche precisazione. Sono di nuovo le riflessioni di un giurista d'altri tempi che tornano utili per mettere in relazione il concetto di certezza con quello di verità che rilevano nel nostro discorso: il riferimento corre a uno scritto di Capogrossi che è certamente bello per quanto riguarda la differenza tra verità fisica e metafisica da un lato, e verità morale dall'altro lato. Appare chiaro nel discorso del giurista come la sua idea di certezza

morale coincida con quella di verità morale, e che entrambi questi concetti debbano essere tenuti distinti da quelli di certezza/verità oggettiva; la certezza morale, diceva Capograssi, procura con i suoi metodi e le sue ricerche di creare «la fiducia nel normale andamento della vita, di cui nessuno si cura di avere l'assoluta certezza (eppur) tutti si fidano di quella specie di sicurezza sintetica e complessiva che danno la normale natura umana, le normali apparenze dell'azione e la vivente aspettativa che queste apparenze non deluderanno»¹⁹.

Rimane da vedere che rapporto c'è tra la verità/certezza morale da un lato, e la verità/certezza oggettiva, appartenente al mondo esterno della realtà (che è anche una realtà metafisica quando si parla di norme), perché questo è, ci sembra di capire, il punto forte dell'accertamento.

Come sono legate, cioè, queste due forme di verità, nell'accertamento? Come si atteggia il discernimento tra la verità/certezza soggettiva e la verità/certezza oggettiva? La risposta è che l'accertamento come concetto di teoria generale non implica, non richiede, alcuna indagine storica che attesti il dato reale obiettivo, né tanto meno alcuna indagine soggettiva che attesti la veridicità della dichiarazione cui esso conduca come risultato²⁰. Perciò, la risposta è: non c'è rapporto alcuno, tra queste due forme di verità. L'accertamento presuppone una esigenza soggettiva di ricerca di certezza/verità morale, ma prescinde dalla verità/certezza oggettivamente considerata. È mosso dalla prima, ma non soddisfa la seconda.

A determinati fatti di accertamento del resto, non di meno, può essere l'ordinamento che ha imposto l'obbligo di supporre una verifica storica, ed è il caso tipico del processo di cognizione, dove le attività degli organi sono finalizzate all'indagine della verità oggettiva – in certi casi anche della verità morale e soggettiva (ad esempio la rilevanza del dolo nel negozio civile, rilevanza dell'elemento psicologico nella fattispecie penale, ecc.); in questi casi l'accertamento presuppone, non in sé stesso, ma per volontà del legislatore, un processo di emersione dall'incertezza attraverso una verifica sull'oggetto storicamente rilevante. Ma il concetto di accertamento in se stesso, ripetiamolo, non presuppone questa verifica. Si può ben avere accertamento – cioè fissazione di una dichiarazione di scienza – a fronte di una situazione di incertezza, a prescindere da una indagine della realtà. Parlando per estremi, cioè, il fine dell'accertamento e la sua essenza può dirsi esistente anche a fronte di una dichiarazione avente, rispetto alla realtà, un carattere non solo convenzionale o arbitrario, ma anche assurdo. Ecco perché, se intesa in questa ottica, tutta la diatriba sull'accertamento errato che ha interessato la dottrina che si è occupata del negozio di accertamento di diritto privato viene a perdere di significato, e la relativa problematicità perde di interesse teorico²¹.

Tirando le somme, nonché usando la definizione datane dal Falzea²², possiamo arrivare a definire la struttura del fatto di accertamento come «*la risultante (di un) processo [...] che porta, attraverso l'attività spirituale di chiarificazione della realtà, ad una dichiarazione di scienza munita di efficacia preclusiva*».

In assenza, anche di uno solo, di questi elementi, non saremmo di fronte al fatto di accertamento, ma di fronte a un fatto diverso.

Ora possiamo più consapevolmente chiederci se e in che modo la certificazione partecipi della natura di fatto di accertamento con i relativi effetti preclusivi di cui si è parlato.

Si è detto che con la certificazione il legislatore, e la dottrina che l'ha ispirato, hanno mirato essenzialmente alla realizzazione di uno scopo fondante di eliminazione di incertezza.

Il fatto che questa incertezza possa rilevare in termini «*meramente*» soggettivi è quanto determinerà le parti a convincersi della utilità della procedura.

Quanto poi accadrà, a seguito della procedura, sarà di pervenire comunque a una fissazione, una stabilità oggettiva inerente le qualità giuridiche del contratto e i suoi effetti, insomma a uno stato di certezza oggettivamente apprezzabile, perché così ha voluto il legislatore, specificamente all'art. 79 del decreto n. 276/2003, che parla degli effetti vincolanti dell'atto di certificazione.

È rinvenibile, vediamo, un grado di vincolatività giuridica non massima, perché la qualificazione di cui all'atto di certificazione, per richiamare la elaborazione di Fornaciari che abbiamo visto sopra, non implica certo una qualificazione definitiva. Preclude però ogni altro tipo di contestazione che non abbia carattere giurisdizionale, e ci vengono in mente innanzitutto, e dopo le contestazioni stragiudiziali, le contestazioni in via amministrativa che ben avrebbero altrimenti potuto interessare le parti e soprattutto i terzi parimenti vincolati.

Quanto alla verità presunta che l'atto di certificazione contiene, arrivando fino al problema di una eventuale qualificazione errata del rapporto di lavoro, possiamo ben concludere che, a questo livello di analisi, il problema non sussiste. Come il problema dell'accertamento errato, in generale, non sussiste a livello di teoria del diritto. La qualificazione errata potrebbe rilevare sul piano di eventuali responsabilità professionali, ma non intacca la tenuta teorica dell'atto di certificazione come atto di accertamento.

5. La dichiarazione di scienza oggetto dell'atto di certificazione

Abbiamo infatti visto che il contenuto dell'atto di certificazione è essenzialmente una dichiarazione di scienza relativa alla qualificazione della fattispecie contrattuale che le parti hanno ritenuto, con o senza l'assistenza determinante della commissione, di poter e dover scegliere. Più elementarmente, la dichiarazione di scienza è un atto ricognitivo, ed esprime una convinzione circa il modo di essere di una certa realtà; possiamo distinguere a seconda che l'atto di ricognizione sia il risultato *a)* di una percezione soggettiva in merito a determinati fatti, o *b)* di una valutazione riguardante determinati effetti giuridici; ma questa distinzione, per altro non sempre netta, non ha una rilevanza pratica ai fini della teoria generale. Sia che si tratti della percezione sui fatti, sia che si tratti di una valutazione sugli effetti, il contenuto non cambia perché siamo comunque di fronte ad una *convinzione* circa l'atteggiarsi della realtà; ciò che è importante evidenziare è che si tratta di una manifestazione intellettuale, di una convinzione appunto, e non di una volontà²³.

Ecco perché la dichiarazione di scienza, esprimendo solo una convinzione, e non anche una volontà, non rileva sotto il profilo sostanziale, ma rileva esclusivamente sul piano probatorio.

Se la dichiarazione attiene ai fatti essa costituirà un mezzo di prova, come nel caso della confessione, mentre se attiene agli effetti giuridici, come nel caso dell'atto di certificazione, essa potrà costituire una presunzione (assoluta o relativa) o anche un'inversione dell'onere della prova.

È perciò spiegato come e perché tutto si ridurrà a valutare il grado di vincolo che la dichiarazione in questione è in grado di produrre, e questa è una indagine che concerne essenzialmente il dato normativo positivo, perché abbiamo visto che è il legislatore che può conferire più o meno rilevanza di prova ad atti/fatti a carattere accertativo.

Infatti, all'atto di certificazione, la legge ha ricondotto un effetto che ci sembra di poter definire non più solo intuitivamente, ma anche con una maggiore chiarezza

6. Il vincolo probatorio che deriva dalla certificazione

teorica e sistematica, a carattere preclusivo²⁴, nel senso che, indipendentemente dalla realtà giuridica cui inferisce, la legge conferisce ad una tale qualificazione/dichiarazione il carattere della stabilità, della fissazione, della eliminazione di ogni incertezza interpretativa salvi gli effetti di un futuro diverso accertamento in sede giudiziaria e salvi gli effetti di un procedimento sommario che seguisse l'istanza per un provvedimento cautelare.

La finalità della fissazione, e il risultato della eliminazione della incertezza è insomma raggiunto, dal momento che le parti, e non solo le parti (perché l'atto di certificazione estrinseca i propri effetti anche nella sfera giuridica dei terzi) possono contare sulla relativa incontestabilità del rapporto che le vede interessate in ambito lavorativo.

Il fatto quindi che l'atto di certificazione sia ben suscettibile di impugnazione in sede giudiziaria non vanifica affatto il suo effetto accertativo-preclusivo (circostrizione della incertezza normativa), ma al contrario lo afferma. Analogamente a un atto pubblico, la cui efficacia affermativa è ferma fino a querela di falso, esso preclude ogni affermazione diversa avente carattere vincolante. Analogamente anche a un atto giurisdizionale ancora suscettibile di impugnazione, che tiene comunque fermo un dato accertamento in fatto e in diritto, finché un ulteriore provvedimento, di natura altrettanto giurisdizionale, non contraddica la convinzione giuridica ivi contenuta. L'attività del giudicare, ricordiamolo, attiene a qualsiasi momento di interpretazione del dato normativo.

Il problema della certificazione come dichiarazione di scienza, quindi, una volta chiarita la sua struttura, la sua possibile collocazione come fatto di accertamento nella teoria generale, viene più consapevolmente ricondotta alla problematica dei suoi effetti processuali, alla problematica del suo carattere vincolante a fronte delle possibili contestazioni future. La «problematicità» della certificazione come istituto vigente, quindi, si circostrive al tenore delle norme che ne delineano il carattere vincolante.

Partiamo dal dato positivo: le norme rilevanti sono quelle sulla possibilità di impugnazione (art. 79 e 80, decreto n. 276/2003), ed a queste non può che essere fatto un rinvio pedissequo trattandosi di disposizioni chiare e cogenti. La «convinzione» data in sede di certificazione sulla qualificazione del contratto deve rimanere ferma fino al momento in cui non sia accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'art. 80 e fatti salvi i provvedimenti cautelari; detti effetti, cioè la fissazione della qualificazione, si estendono anche ai soggetti terzi.

I soggetti terzi sono innanzi tutto gli enti previdenziali e fiscali la cui posizione sia suscettibile di essere coinvolta nel rapporto di lavoro certificato, ma nulla esclude che si debba, coerentemente, intendere il riferimento ai terzi come un riferimento generale, tale da veder considerate anche le posizioni soggettive di persone diverse in qualsiasi modo coinvolte dal rapporto di lavoro. Pensiamo per esempio a terzi coinvolti in fatti illeciti implicanti la responsabilità delle parti nella loro qualità di lavoratore o datore di lavoro.

Nel definire il livello di incontestabilità della certificazione, come imposto dal legislatore, occorre specificare che:

- 1) il ricorso al giudice ordinario ai sensi dell'art. 413 c.p.c. per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione non avrà ad oggetto l'atto di certificazione, bensì il *contratto* certificato; qui, insomma, i vincoli di non contestazione sono apposti dal legislatore direttamente sul negozio, che diventa perciò oggetto di una sorta di accertamento negoziale²⁵;
- 2) analogamente, il ricorso per la presenza di vizi del consenso alla stessa

- giurisdizione ordinaria avrà come oggetto il *contratto* certificato, non l'atto di certificazione, pertanto vale quanto detto al punto che precede;
- 3) il ricorso al giudice ordinario per erronea qualificazione avrà invece ad oggetto non il contratto, ma l'*atto* amministrativo di certificazione (la competenza del giudice ordinario, in luogo di quello amministrativo, segue qui correttamente il *trend* «privatizzante» della giurisdizione in materia di rapporti di lavoro privatizzati, *ex*, da ultimo, artt. 63 e 69, decreto n. 165/2001 – Testo Unico *Pubblico impiego*);
 - 4) parimenti, sarà ancora l'*atto* di certificazione e non il contratto, l'oggetto del procedimento giurisdizionale amministrativo per violazione della procedura o eccesso di potere di cui al comma 5.

Si arriva per questa via all'impressione che il legislatore del decreto n. 276/2003 sia stato meno ingenuo e superficiale di quanto non era parso ad una lettura a caldo della nuova normativa.

Non è balzano neppure il riferimento fatto dal comma 3 dell'art. 80 al comportamento processuale complessivo tenuto dalle parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro (e di definizione della controversia per il caso di rinuncia o transazione ai sensi dell'art. 82) davanti alla commissione di certificazione, il quale comportamento *potrà* essere valutato dal giudice del lavoro ai sensi degli artt. 9 (competenza), 92 (spese di giudizio) e 96 (lite temeraria) c.p.c.; non è balzano perché, come abbiamo visto, l'effetto di fissazione che la legge dispone mediante la procedura di certificazione non cade solo e naturalmente sull'atto di certificazione, ma anche sull'accordo certificato, quindi anche sulla parte volitiva, negoziale. Questo riferimento implica, dato un «poter valutare» e non anche un «dover valutare» del giudice, non un vincolo giuridico ma certamente un obbligo deontologico di dare rilevanza all'agire processuale dei soggetti. Ricorda quella idea di magistratura di persuasione che parte della dottrina ha intravisto nel caso di buon funzionamento delle commissioni di certificazione²⁶. Il comportamento, l'agire giuridico che rileva è, ci sembra di capire, essenzialmente quello delle dichiarazioni rese circa le rispettive volontà contrattuali, quelle dichiarazioni che cioè sono la base, se non già gli elementi di perfezionamento, dell'accordo negoziale. E non ci sembra azzardato ritenere che non siano solo le dichiarazioni rese per scritto, cioè risultanti dagli atti della procedura, a poter essere oggetto di valutazione, ma, appunto per il riferimento al «comportamento complessivo», anche le dichiarazioni verbali sembrano chiamate in causa, e come tali potrebbero essere oggetto di testimonianza o confessione.

Infine, nel dato positivo troviamo un preciso vincolo preclusivo in termini di competenza, ed è quello per cui la stessa commissione di certificazione che ha emesso l'atto impugnato, dovrà essere adita per il tentativo obbligatorio di conciliazione *ex art.* 410 c.p.c., prima che possa essere ritualmente introdotto il giudizio ordinario (art. 80, comma 4). Questo, in un sistema dove il tentativo di conciliazione fosse uno *step* veramente efficace per la soluzione delle controversie di lavoro, sarebbe assolutamente importante nell'ottica di dare rilievo all'istituto. Da questa norma del resto possiamo trarre qualche considerazione ulteriore circa il carattere vincolante della dichiarazione di scienza in cui l'atto di certificazione consiste, specie nei casi in cui oggetto del ricorso sia l'erronea qualificazione del contratto: essa non riveste in tutta evidenza una valenza di giudizio in senso stretto, come qualche autore ha paventato (il che implicherebbe l'inopportunità di sottoporre la medesima questione allo stesso soggetto), ma non di meno riveste una valenza persuasiva.

È del resto l'occasione per rimarcare che quella di qualificare la fattispecie è anche un'attività giurisdizionale in senso stretto²⁷; si tratta dell'attività di sussunzione della fattispecie concreta nella sua più aderente fattispecie astratta; a differenza però

dell'attività giurisdizionale, la certificazione non presuppone una verifica storica circa la realtà dei fatti, ma solo una indagine conoscitiva sommaria, fondata sulle dichiarazioni rese dalle parti istanti, che quindi non presuppone una vera e propria istruttoria neppure sommaria, ma solo un prendere atto delle volontà pattizie (informate e assistite in questo senso sotto il profilo giuridico).

¹ Si veda, per un aggiornamento sul punto, C. BIZZARRO, F. PASQUINI (a cura di), *Contrasto al lavoro irregolare e strumenti di emersione: il ruolo della Certificazione*, in *Dossier Adapt*, 2007, n. 17, in particolare 24 e 25.

² Non è un caso che il tema della certezza ricorra in modo forte nella dottrina vicina all'autore che per primo ha ipotizzato la tecnica della volontà assistita (A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto. Prospettive per la volontà assistita*, in *DL*, 1992, I, 479 ss.), per esempio si veda C. PISANI, *La norma inderogabile a precetto generico come fonte di incertezza*, in A. VALLEBONA, G.C. PERONE (a cura di), *La certificazione dei rapporti di lavoro*, 2004, 1. Si può vedere, per un ampio discorso sull'argomento in termini generali, anche C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore – Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999.

³ F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *RDP*, 1950, 115. In questo brano è il discorso secondo cui esiste tra le leggi di natura e le leggi degli uomini lo stesso rapporto che esiste tra le leggi di natura e l'arte, essendo le prime una sorta di sovrastruttura artificiale, la quale, al pari dell'arte, non è sufficiente all'uomo per vivere in pace. Da qui, cioè dall'insufficienza della legge di realizzare lo scopo del diritto, che è quello di far vivere gli uomini in pace, il problema della certezza del diritto: se la legge fosse semplicemente riconducibile al diritto (invece essa non è che una di quest'ultimo) il problema della certezza non si porrebbe. E invece si pone, perché i giuristi hanno il compito di conformare il diritto, che contiene anche i cambiamenti di legge, e finanche le rivoluzioni, al fine della pacifica convivenza.

⁴ Per una disamina sui processi di interferenza tra metodo e interpretazione giuridica e ideologie si rimanda a A. SALIENTO, *Postfordismo e ideologie giuridiche*, 2003, 158 ss.: l'A., criticamente, afferma che sono le difficoltà nella qualificazione del rapporto di lavoro nello stato di crisi del diritto del lavoro a legittimare l'introduzione di un meccanismo certificadorio, attraverso il quale un organo amministrativo produrrà una qualificazione giuridica dei contratti di lavoro all'atto della loro stipulazione, con la pretesa di accreditare a tanto una funzione di «garanzia della effettiva volontà del lavoratore». L'A. afferma che sarebbe così «introdotto sul piano legislativo un orientamento di matrice formalista che disconosce persino, in nome della presunta autonomia negoziale delle parti, il principio di indisponibilità del tipo contrattuale, ossia uno dei capisaldi del diritto civile liberale». Al principio di indisponibilità del tipo si faranno cenni più avanti nel testo.

⁵ La legislazione, quindi l'interesse dell'organo parlamentare in materia di certificazione, è notevole; ricordiamo qui, a titolo certo non esaustivo, anzitutto il d.lgs. n. 251/2004, che ha innovato la materia stabilendo che la procedura può essere adita per validare non solo le nuove tipologie contrattuali, come era all'inizio, ma piuttosto *tutte* le tipologie contrattuali aventi ad oggetto una prestazione di lavoro verso terzi. Ricordiamo ancora il dm 14 giugno 2004 istitutivo dell'Albo delle commissioni di certificazione in sede universitaria, il dm 21 luglio 2004 istitutivo delle commissioni di certificazione presso Dpl e Province, il comma 256, dell'art. 1 della l. n. 266/2005 (Finanziaria 2006). ha poi ritagliato la competenza a certificare i contratti anche in capo ai Consigli provinciali dei consulenti del lavoro.

⁶ Sul tema della natura dell'atto di certificazione nel suo fine qualificatorio, uno dei contributi più esaurienti è quello di A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali, commentario al Dlgs 276/2003 e 251/2004*, 2005, 595 ss., nel quale troviamo una completa ricostruzione del percorso logico che può portare ad inserire l'atto di certificazione tra quelli di natura amministrativa aventi carattere di «certazione», a loro volta rinvenibili tra gli atti pubblici di certezza pubblica, ossia in quella classe di atti amministrativi consistenti in dichiarazioni «di rappresentazione poste in essere dalle pubbliche autorità non per fondare una verità, ma per fornire una utilità che possa essere accettata in quanto è plausibile che sia rispondente alla realtà». Ricalcando quindi la dottrina di M.S. GIANNINI, l'A. afferma che la certazione, di cui la certificazione potrebbe essere una esplicitazione, partecipa di un effetto qualificatorio cioè «un effetto né preclusivo, né dichiarativo, ma semplicemente creativo di nuove situazioni giuridiche oggettive – ed in questo la certazione si differenzia dal mero accertamento in quanto non si limita ad attribuire una qualità giuridica ad altra entità esistente, bensì crea essa stessa una qualificazione giuridica». L'autore arriva poi, però, a sollevare il dubbio che questa associazione con la categoria amministrativa sia il frutto di un equivoco, che non considera come nelle certazioni l'attribuire certezza pubblica è riferito a una qualità dell'atto o situazione accertata (ad es. il buono stato di salute di una persona rispetto allo stato di salute in sé), mentre nella certificazione dei contratti di lavoro si conferisce alla situazione non una qualità, ma solo una certezza legale intorno alla qualificazione giuridica di quella situazione. In altre parole, la precisazione dell'A., che ci sembra importante ricordare, è quella per cui non si tratterebbe qui tanto di accertamento sulla fattispecie, quanto piuttosto di una valutazione, di una dichiarazione di giudizio su quella fattispecie, dichiarazione cui la legge conferisce un effetto preclusivo, consistente nel precludere un possibile conflitto di apprezzamenti intorno a una realtà giuridica (640).

⁷ In questa luce si annulla l'asserita incoerenza sistematica data dall'avere, il d.lgs. n. 276/2003, previsto una doppia giurisdizione (amministrativa e ordinaria) per le diverse patologie dell'atto certificato ai sensi dell'art. 80, comma 1, e dell'art. 80, comma 5. Il comma 1, nel prevedere che contro «l'atto di certificazione» sia le parti sia i terzi possono presentare ricorso presso l'autorità giudiziaria di cui all'art. 413 c.p.c., per erronea qualificazione del contratto, per vizi del consenso, o per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione, deve infatti essere interpretato nel senso che l'oggetto dell'impugnazione ordinaria non è solo l'atto di certificazione in senso stretto, ma anche il contratto certificato inteso come perfezionatosi programma negoziale. Il solo programma negoziale (certificato) sarà invece l'oggetto del ricorso in caso di scostamento effettivo dal programma stesso, come anche in caso di vizi del consenso, mentre il relativo atto di certificazione, in queste stesse due ipotesi, costituirà per il giudice ordinario un mero riferimento non anche un oggetto di giudizio. Viceversa, quando si passa a valutare le ipotesi di impugnazione di cui al comma 5, per cui competente è l'autorità giudiziaria amministrativa, l'oggetto specifico di giudizio sarà solo l'atto-provvedimento, l'atto di certificazione in senso stretto, con la sua annessa e propedeutica procedura.

⁸ La dottrina lavorista che individua esplicitamente nell'atto di certificazione una natura essenzialmente amministrativa risale ai primi studi di E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei contratti di lavoro*, in *DPL*, 2002, n. 8; lo stesso A. non manca di sottolineare le forzature dell'adattamento dell'istituto entro il sistema amministrativo in *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*, 2004, 277 ss. Si veda per gli aspetti più critici in questo senso G. BORMIOLI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DL Marche*, 2006, n. 3, 231, il quale, nel definire l'atto di certificazione come un atto amministrativo consistente nella sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta ritenuta corrispondente, quindi un atto amministrativo rientrante nella categoria degli atti di certificazione dei rapporti privati, ha evidenziato le anomalie, dalla prospettiva della sistematica amministrativa, date, da un lato, dalla natura privata di certi soggetti tenuti alla certificazione e, dall'altro lato, dalla possibilità di impugnare l'atto anche dinanzi alla giustizia ordinaria. L. PERINA, in C. ENRICO, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Compendio critico per la*

certificazione dei rapporti di lavoro, 2005, 11, evidenzia come la certificazione sia un atto di natura amministrativa che appartiene agli atti di certazione dei rapporti privati, la funzione dei quali è di attribuire certezza pubblica agli atti cui accedono, e che sono già di per sé produttivi di effetti, ricalcando così la ormai risalente dottrina di E. GHERA, in *DPL*, 2002, 528. Tra gli autori che si sono occupati di più dell'argomento ricordiamo L. NOGLER, *Procedure di certificazione*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, 2004, 869, secondo il quale «l'attività della commissione deve essere innanzi tutto inquadrata quale atto di certazione poiché la stessa crea una certezza che viene esternata nel certificato [...] una certazione che però non viene svolta in un momento autonomo e antecedente rispetto alla certificazione, bensì è strettamente legata a quest'ultima». G. PELLACANI, *I nuovi contratti e la certificazione*, in *Commentario alla riforma del lavoro*, Ipsoa, 2005, l'A. conclude per la natura amministrativa dell'atto di certificazione, semplicemente riferendosi all'art. 6 del dm 21 luglio 2004, che nel parlare dell'atto in questione usa il termine di provvedimento amministrativo, fornendo perciò una sorta di interpretazione autentica «di secondo grado» su base letterale. In particolare l'A. afferma che la certificazione deve essere inquadrata nell'ambito degli atti valutativi o di giudizio ed è diretta a produrre certezza sul piano dell'ordinamento generale. Sempre secondo l'A. la natura di provvedimento amministrativo resterebbe ove il certificatore sia un ente bilaterale, quindi non un soggetto pubblico, in quanto la normativa, nel riferire della possibilità di impugnazione dell'atto al TAR, non fa eccezioni, in altre parole se la norma non si scompone di fronte all'anomalia, il problema è superato in sé, prevalendo evidentemente un'interpretazione letterale della norma che mette a tacere ogni dubbio sollevato dalla dottrina. Vallebona, in A. VALLEBONA, G.C. PERONE (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, XV, 2004, considera l'atto di certificazione come «una dichiarazione valutativa (parere) sulla qualificazione del contratto come dagli artt. 75 e 80, commi 1 e 2, munita di adeguata motivazione. Si tratta di una valutazione di puro diritto, consistente nella sussunzione della fattispecie concreta (il contratto) nella fattispecie astratta ritenuta corrispondente.

⁹ Si veda in V. D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del diritto del lavoro: finalità, natura ed effetti*, in *LG*, 2005, n. 4, 312, la quale, dopo aver giustamente scomposto l'istituto della certificazione (profilo della procedura dal profilo contenutistico), afferma che l'atto della certificazione, che è essenzialmente un atto di qualificazione, non è da attribuire alla commissione certificatrice, ma bensì alle parti. L'opera della commissione assumerebbe quindi un carattere passivo nel prendere atto della volontà pattizia dei soggetti che muovono istanza, come a dire che quello che dovrebbe succedere nel presentare una istanza di certificazione non sia un «mettersi nelle mani del certificatore» ma un mero subordinare l'assetto del rapporto al vaglio di un sigillo di conformità che la commissione può consentire come non consentire; secondo questa costruzione, la commissione di certificazione non sarà quindi vincolata nell'*an* alla sottoscrizione dell'atto di certificazione, potendo ben rifiutarsi di certificare un accordo che non sia corrispondente nella qualificazione e nell'individuazione dei relativi effetti, mentre essa sarà vincolata nel *quid*, ovvero sarà vincolata nel certificare un accordo nei termini presentati dalle parti.

¹⁰ Lo si deduce dalle parziali statistiche che sono reperibili sulla operatività delle commissioni costituite presso le DPL, oltre che dalle relazioni di più di un esperto in occasione di seminari di studio e dibattiti sulla certificazione: da questi dati statistici infatti emerge il dato delle istanze rigettate: il rigetto di una istanza non è comprensibile se non ricollegandolo alla pratica di una discrezionalità che deve fare i conti con un contratto qualificato a priori dalle parti, qualificato in maniera ritenuta non appropriata dalle commissioni. Cfr. i dati riportati in G. BORMIOLI, *op. cit.*

¹¹ A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc dir*, I, 1958, 205 ss.

¹² Vedi *op. ult. cit.*

¹³ L'argomento più forte nel prediligere l'esistenza, parlando di atti di giudizio, di un peculiare effetto preclusivo piuttosto che l'effetto di costitutività o di dichiaratività, è forse nella considerazione del caso dato dalla sentenza ingiusta. Come spiega A. FALZEA, *op. cit.*, logica vuole che la sentenza (al di là dei suoi effetti specifici di contenuto, dichiarativi, di condanna o costitutivi) nulla cambi rispetto all'ordine giuridico preesistente, perché il processo si deve ritenere consistere in una serie di attività che portano all'emersione dei rispettivi torti e ragioni, con il ripristino, cioè, di ciò che sostanzialmente era prima che il torto accertato fosse posto in essere o indipendentemente dalla contestazione del diritto quando il torto sia accertato come inesistente; dunque, la sentenza non può che essere dichiarativa e mai innovativa. Ma questa costruzione, secondo l'A., non tiene conto del caso della sentenza ingiusta, come a dire che, per la teoria generale, la sentenza ingiusta non potrebbe esistere secondo la teoria tradizionale dell'efficacia. Al di là dell'incontestabilità che l'ordinamento riconosce alla cosa giudicata per ovvie ragioni di certezza (mentre a onor della Giustizia si potrebbero prevedere infiniti gradi di giudizio), il processo può ben portare a una sentenza resa, appunto, non esattamente secondo giustizia, e nessuno può negarlo, pena incorrere nell'errore intellettuale capitale di conoscere la verità senza più alcuna possibilità di dubbio. Ecco che allora si comprende meglio l'esigenza etica, oltre che di coerenza giuridica, di ammettere che la sentenza, a prescindere dal suo rapporto con la realtà preesistente, sia detta dall'ordinamento non più contestabile, il che è rinvenibile nell'affermazione di una efficacia preclusiva, che insomma non entra nel merito del torto e della ragione.

¹⁴ Si citano solo i principali istituti che, a detta almeno di parte della dottrina processualista richiamata nel testo e nelle note di questo lavoro, partecipano del carattere di fatto di accertamento: la confessione, le dichiarazioni ricognitive, la transazione, l'arbitrato, la riproduzione o la ripetizione del negozio, l'interpretazione autentica e le leggi interpretative, nonché la divisione e i titoli di credito. A. FALZEA, *op. cit.*, 210, cita ad esempio anche la prescrizione, che, qui proviamo a ragionare, accogliendo la teoria dell'effetto preclusivo, si porrebbe come un fatto legale, disposto dalla legge a sanzione di un'inerzia, che non andrebbe a innovare rispetto alla realtà esistente, né a consacrarla, ma piuttosto a precludere per il futuro possibili contestazioni inerenti alla situazione giuridica su cui la prescrizione è caduta; la prescrizione non è un elemento infatti che modifica la realtà, perché la realtà implica di per sé il decorrere del tempo, il che porterà a ritenere esistente o non esistente un diritto a seconda che, in un dato momento, non sia, o sia stato, varcato il limite temporale previsto dalla legge. La dichiarazione, più o meno formalizzata, circa la prescrizione di quel diritto, non rileverebbe alcunché del diritto nella sua sostanza. Chi nega la teoria dell'effetto preclusivo, come M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, 2002, 246 ss., riconduce anche i fatti di accertamento all'effetto costitutivo.

¹⁵ Per M. FORNACIARI, *op. cit.*, 123 ss., la conclusione sull'elemento dell'incertezza è in parte diverso dall'impostazione datane dal Falzea; egli sostiene che l'incertezza è un presupposto solo teorico dell'accertamento, ma nulla vieta che, in un fatto concreto di accertamento, le parti si siano attivate per una simile attività anche a prescindere dall'esistenza reale di una incertezza, e che abbiano, cioè, operato in questo senso solo perché hanno meramente *percepito* la situazione come incerta, anche se non lo era; in sostanza l'A. ritiene che la presenza più o meno concreta dell'incertezza attenga alla sfera dell'utilità dell'istituto, mentre nulla toglie, sul piano della teoria generale, che esista accertamento anche quando la situazione non è oggettivamente incerta. In altre parole, l'A. riflette sul fatto che la rimozione dell'incertezza rileva sul piano dei risultati dell'accertamento, non sulla sua finalità/funzione – la quale, invece, deve ritrovarsi nella «fissazione della realtà secondo la rappresentazione datane dall'ordinamento» (139). Come si vede, comunque, se non tra gli elementi strutturali, il riferimento all'incertezza rimane comunque imprescindibile, nell'accertamento.

¹⁶ Un contributo ampio allo studio dell'accertamento in generale è certamente dato dalla monografia di M. FORNACIARI, *op. cit.*; nel contesto amministrativo e costituzionale troviamo M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, 1939; Id., *Accertamento (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Enc Dir*, I, 1958, 219. Per degli spunti a una teoria generale anche negli elaborati della dottrina civilista, tipicamente impegnata nella definizione del negozio di accertamento, si rimanda, tra i tanti, a T. ASCARELLI, *Titoli causali e negozio di accertamento*, in *Studi in tema di contratti*, 1952, 247 ss.; E. BETTI, in G. GRIFO (a cura di),

Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica), 1971; e ancora E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, VII, 1, 1972, ristampa: L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, 1958; G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *RTDPC*, 1933, I, 132; tra i più recenti, S. D'ANDREA, *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, in *RDC*, 2000, I, 31 ss.

¹⁷ Ricordiamo però qui il cenno fatto ai «meri atti di accertamento» come menzionati da G. ARDAU, *Il negozio di accertamento nel diritto del lavoro*, in *DL*, 1946, I, 85.

¹⁸ Questi quattro livelli di vincolatività sono individuati da M. FORNACIARI, *op. cit.*, 226-227.

¹⁹ G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *RDP*, 1950, 1, del quale si riporta pedissequamente un brano: «*Quid est veritas?* In astratto si può dire così per nascondere il proprio disprezzo per la verità. Ma in concreto, quando nascono le crisi, la spontaneità della vita, quasi si direbbe l'istinto della vita, non vede che una via e un principio, riconoscere quello che è, le cose come sono andate, la legge come esiste e quello che vuole. La spontaneità della vita ci porta a riconoscere le cose come sono e l'essere nel suo ordine»(19).

²⁰ Il presupposto della verifica storica come presente o meno nella struttura dell'accertamento viene passato in rassegna da M. FORNACIARI, *op. cit.*, 75 ss.

²¹ L'osservazione si ritrova in M. FORNACIARI, *op. cit.*, 88.

²² La definizione è ripresa in A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999, 43 ss.

²³ Si veda in questo senso M. FORNACIARI, *op. cit.*, 186 ss.

²⁴ L'intuizione del carattere preclusivo si registra nella trattazione di A. TURSI, *op. cit.*, 640.

²⁵ Per una trattazione dell'accertamento in materia lavorista, si veda G. ARDAU, *op. cit.*, la cui trattazione dà la dimensione della scarsa importanza pratica dell'argomento nella disciplina lavorista (non ci risulta, peraltro, che siano seguite trattazioni sull'argomento altrettanto specifiche, mentre sono naturalmente numerose le trattazioni dei giuslavoristi in materia di transazioni, rinunce e arbitrati – che partecipano al tema costituendo possibili peculiari fattispecie di negozi/atti accertativi – cfr. ad es. G.P. PERONE, *Arbitrato in materia di lavoro*, in *NDI, Appendice, A-COD*, 1980, 369 ss. Ardau ci dà lo spunto di rilevare la categoria degli atti di *mero* accertamento, che sarebbero mirati solo a constatare la sussistenza, la natura e i limiti del diritto o della situazione soggettiva che si presentino oggettivamente o subiettivamente incerti; questi atti non avrebbero quindi natura contrattuale, né l'effetto detto tipico dell'accertamento, ossia quello di una fissazione vincolante. Non di meno, la possibilità della loro esistenza ci attesta che i soggetti privati possono avere interesse comune a una constatazione bilaterale, pur non avente effetti giuridici ulteriori rispetto a quella di una morale e temporanea (rispetto al sindacato del giudice) chiarificazione dei reciproci rapporti.

²⁶ Vedi così G.C. PERONE, *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, in A. VALLEBONA, G.C. PERONE (a cura di), *op. cit.*, 403.

²⁷ In questo senso si veda A. TURSI, *op. cit.*, 638.