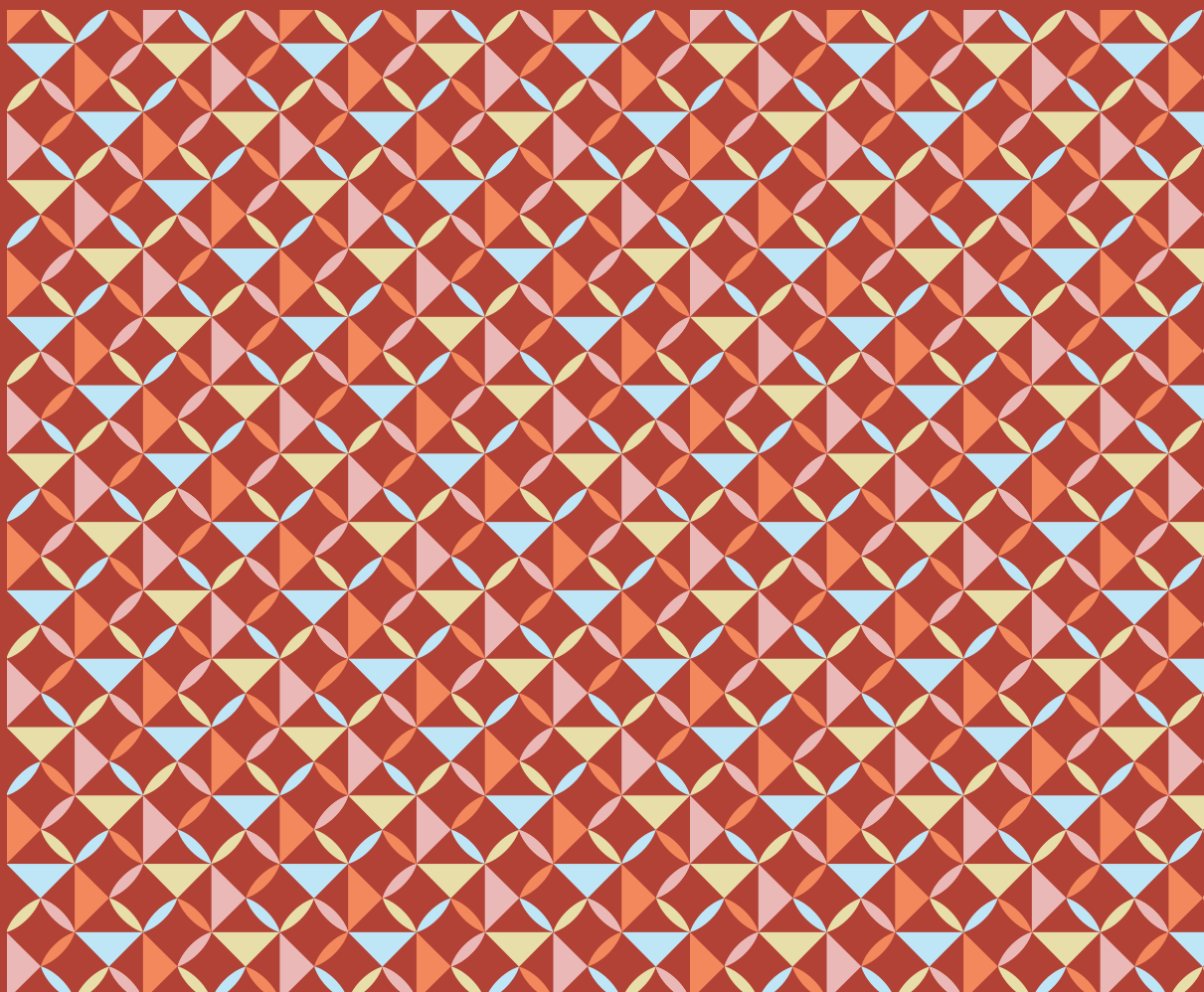


a cura di

Silvia Ciucciovino, Ilario Alvino, Maria Giovannone, Fabiola Lamberti

TEORIA E PRASSI DELLA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI, DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE ASSISTITA E DELLA CONCILIAZIONE DELLE CONTROVERSIE DI LAVORO

In occasione del tredicesimo annuale della Commissione
di certificazione dell'Università degli Studi Roma Tre





Dipartimento di Economia

COLLANA

DIPARTIMENTO DI ECONOMIA

n. 1, ottobre 2020

Economics, Policy and Law

Proceedings of the Research Days Department of Economic

A cura di Alessia Naccarato, Pasquale De Muro, Saverio M. Fratini

n. 2, gennaio 2021

Research Lines of the Department of Economics

A cura di Attilio Trezzini

n. 3, febbraio 2021

Adrian Otoiu, Adriano Pareto, Elena Grimaccia, Matteo Mazziotta, Silvia Terzi

Open Issues in Composite Indicators

A starting point and a reference on some state-of-the-art issues

n. 4, dicembre 2023

Giornate della Ricerca del Dipartimento di Economia di Roma Tre

A cura di Attilio Trezzini, Caterina Conegliani, Cristina Vaquero Piñeiro, Davide Romaniello

n. 5, maggio 2024

Il lavoro in somministrazione in Italia: quadro regolatorio,

percorsi professionali e transizioni. Un'analisi attraverso i *big data*

A cura di Silvia Ciucciovino, Francesco Crespi, Alessandro Toscano

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Economia

TEORIA E PRASSI DELLA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI, DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE ASSISTITA E DELLA CONCILIAZIONE DELLE CONTROVERSIE DI LAVORO

In occasione del tredicesimo annuale della Commissione
di certificazione dell'Università degli Studi Roma Tre

a cura di

Silvia Ciucciovino, Ilario Alvino,
Maria Giovannone, Fabiola Lamberti

6 Collana
Dipartimento di Economia



Roma TriE-Press

2024

Dipartimento di Economia

COLLANA

n. 6, giugno 2024

Teoria e prassi della certificazione dei contratti, dell'autonomia negoziale assistita e della conciliazione delle controversie di lavoro

A cura di Silvia Ciucciovino, Ilario Alvino, Maria Giovannone e Fabiola Lamberti

Coordinamento editoriale

Gruppo di lavoro *Roma TrE-Press*

Cura editoriale e impaginazione

teseo  editore Roma teseoeditore.it

Elaborazione grafica della copertina

MOSQUITO. mosquitoroma.it

Caratteri grafici utilizzati: Minion Pro, Awake (copertina e frontespizio); Garamond (testo).

Edizioni *Roma TrE-Press*®

Roma, giugno 2024

ISBN 979-12-5977-338-8

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina Creative Commons attribution 4.0 International Licence (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma.

Gli Autori

Ilario Alvino (*Curatore*), Professore Ordinario di Diritto del Lavoro presso Sapienza Università di Roma

Jessica Battaia, Dottoressa di Ricerca in Diritto del Lavoro

Paola Borghi, Avvocato del Foro di Roma – *Data Protection Officer* della Commissione di Certificazione Roma Tre

Silvia Ciucciovino (*Curatrice*), Professoressa Ordinaria di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi Roma Tre – Presidente della Commissione di Certificazione Roma Tre

Lina Del Vecchio, Professoressa Associata di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi dell'Aquila

Marta Giaconi, Ricercatrice di Diritto del Lavoro presso l'Università di Milano Bicocca

Lorenzo Giasanti, Professore Associato di Diritto del Lavoro presso l'Università di Milano Bicocca

Maria Giovannone (*Curatrice*), Ricercatrice di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi Roma Tre

Lucio Imberti, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi di Bergamo

Fabiola Lamberti (*Curatrice*), Ricercatrice di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi Roma Tre

Francesco Longobucco, Professore Ordinario di Diritto Privato presso l'Università degli Studi Roma Tre

Giuseppe Ludovico, Professore Associato di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi di Milano Statale

Luisa Monterossi, Dottoressa di Ricerca in Diritto del Lavoro - Docente a contratto presso l'Università degli Studi dell'Aquila

Roberta Rainone, Assegnista di ricerca di Diritto del Lavoro presso Sapienza Università di Roma

Stefano Rosa, Avvocato del Foro di Roma

Beatrice Rossilli, Assegnista di ricerca di Diritto del Lavoro presso Sapienza Università di Roma

Flavia Schiavetti, Assegnista di ricerca di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi di Bergamo

Michele Squeglia, Professore Associato di Diritto del Lavoro, della Previdenza Sociale e della Sicurezza presso l'Università degli Studi di Milano

Matteo Verzaro, Ricercatore di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi Roma Tre

Indice

Premessa. Breve storia di un caso di successo di terza missione degli Atenei: la Commissione di certificazione dei contratti di lavoro dell'Università Roma Tre <i>Silvia Ciucciovino</i>	11
SEZIONE I – SIGNIFICATO E FUNZIONI DELLE COMMISSIONI DI CERTIFICAZIONE	17
1. Il ruolo delle Commissioni di certificazione nel diritto del lavoro tra passato, presente e futuro: uno sguardo d'insieme <i>Silvia Ciucciovino</i>	19
2. La disponibilità dei diritti e il ruolo della Commissione di certificazione in funzione conciliativa <i>Ilario Alvino</i>	33
SEZIONE II – LE COMMISSIONI DI CERTIFICAZIONE UNIVERSITARIE	45
3. Le Commissioni di certificazione universitarie: natura giuridica, composizione, competenza, regole di funzionamento <i>Lina Del Vecchio</i>	47
4. L'attività delle Commissioni di certificazione universitarie nel quadro della regolamentazione dell'attività "in conto terzi" delle Università <i>Marta Giacconi</i>	63
5. Attività delle Commissioni di certificazione e protezione dei dati personali <i>Paola Borghi</i>	83
SEZIONE III – LA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI	95
6. Il procedimento di certificazione e gli effetti del provvedimento di certificazione <i>Luisa Monterossi</i>	97
7. Vizi del procedimento e del provvedimento di certificazione, rimedi e tentativo obbligatorio di conciliazione <i>Maria Giovannone, Luisa Monterossi</i>	111

8.	Controlli ispettivi e certificazione dei contratti di lavoro <i>Michele Squeglia</i>	127
SEZIONE IV – LA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI DI LAVORO		141
9.	Lavoro autonomo, collaborazioni coordinate e continuative, lavoro etero-organizzato: profili distintivi per la certificazione <i>Maria Giovannone</i>	143
10.	La certificazione dei contratti di agenzia e di procacciamento di affari <i>Roberta Rainone</i>	173
11.	La certificazione dei contratti di apprendistato <i>Fabiola Lamberti</i>	189
12.	La certificazione dei contratti a tempo determinato <i>Matteo Verzaro</i>	215
13.	La certificazione dei contratti part-time <i>Matteo Verzaro</i>	227
14.	Rapporti organici e societari e certificazione dei rapporti di lavoro <i>Maria Giovannone</i>	237
SEZIONE V – LA CERTIFICAZIONE DELLE CLAUSOLE DEI CONTRATTI DI LAVORO		251
15.	Gli accordi di riduzione della retribuzione e i limiti dell'autonomia individuale <i>Ilario Alvino</i>	253
16.	Accordi di mutamento del contratto collettivo applicato al rapporto <i>Beatrice Rossilli</i>	267
17.	Patti di non concorrenza tra autonomia dei privati e controllo dell'interprete <i>Francesco Longobucco</i>	281

SEZIONE VI – LA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI IN CUI SIA DEDOTTA INDIRETTAMENTE UNA PRESTAZIONE DI LAVORO	295
18. La certificazione dei contratti di appalto <i>Luisa Monterossi</i>	297
19. La certificazione dei contratti di appalto e subappalto in ambienti sospetti di inquinamento o confinati <i>Lina Del Vecchio</i>	319
20. La certificazione dei contratti di somministrazione di lavoro <i>Stefano Rosa</i>	341
21. La certificazione dei contratti di trasporto <i>Luisa Monterossi</i>	361
22. La certificazione dei contratti di rete <i>Ilario Alvino</i>	373
SEZIONE VII – L'AUTONOMIA INDIVIDUALE ASSISTITA E IL RUOLO DELLE COMMISSIONI DI CERTIFICAZIONE	389
23. Le clausole elastiche nel part time <i>Matteo Verzaro</i>	391
24. Gli accordi di demansionamento <i>Lucio Imberti</i>	395
25. Le dimissioni e la risoluzione consensuale <i>Lorenzo Giasanti</i>	409
SEZIONE VIII – LA CONCILIAZIONE DELLE CONTROVERSIE DI LAVORO	429
26. Rinunzie e transazioni: differenze e requisiti, tra reciproche concessioni e quietanze a saldo <i>Fabiola Lamberti</i>	431
27. I possibili titoli di imputazione delle erogazioni in denaro a favore del lavoratore <i>Flavia Schiavetti</i>	449

28.	Autonomia delle parti e obbligazione contributiva nella sospensione della prestazione lavorativa <i>Giuseppe Ludovico</i>	465
29.	I vizi degli accordi conciliativi <i>Jessica Battaia</i>	479
30.	La conciliazione telematica <i>Ilario Alvino</i>	499
31.	La negoziazione assistita <i>Fabiola Lamberti</i>	507

Premessa

Breve storia di un caso di successo di terza missione degli Atenei: la Commissione di certificazione dei contratti di lavoro dell'Università Roma Tre

Silvia Ciucciovino

Nel 2011, con una buona dose di pionerismo e slancio progettuale, ho promosso presso l'Università degli Studi Roma Tre la costituzione della Commissione di certificazione dei contratti di lavoro, ai sensi e per gli effetti degli artt. 76, comma 2, d. lgs. n. 276/2003 e del D.M. 14 giugno 2004. La Commissione, con la mia presidenza, è stata formalmente istituita con decreto del Ministero del Lavoro del 14 marzo 2011 (n. 21/2011) ed iscritta nell'apposito albo ministeriale delle Commissioni di certificazione costituite presso le Università. La Commissione di Roma Tre in realtà costituisce la naturale prosecuzione della Commissione di certificazione, già da me costituita precedentemente presso l'Università degli Studi dell'Aquila il 1° settembre 2009, allora terza (cronologicamente parlando) Commissione universitaria costituita in Italia.

Tenuto conto dell'inizio effettivo delle attività dal 2009 sono quindi trascorsi quindici anni di attività e operatività della Commissione di certificazione oggi presente a Roma Tre. Quindici anni di ininterrotto e intenso lavoro! Si può dire che, insieme al gruppo storico che con me si è dedicato alla costruzione e al consolidamento di questa realtà, abbiamo lavorato seriamente e duramente, anche perché il clima culturale della accademia giu-slaboristica, soprattutto nei primi anni post Decreto Biagi, non si poteva certo dire favorevole alla certificazione e oscillava tra la diffidenza e la dichiarata ostilità. Con il tempo, forse anche grazie all'esempio di Commissioni come quella di Roma Tre, molte Università si sono dotate di Commissioni di certificazione e oggi se ne contano quattordici a livello nazionale.

Le Commissioni di certificazione universitarie rappresentano un esempio emblematico di terza missione degli Atenei. La terza missione rappresenta infatti il canale attraverso il quale l'Università coltiva un reciproco rapporto di scambio con il contesto sociale, culturale ed economico in cui si trova ad operare. Uno scambio che, superando ogni autoreferenzialità e

puntando all'avanzamento della ricerca scientifica e all'innovazione, è bidirezionale e porta beneficio agli studenti in primo luogo, ai ricercatori, alla società civile, al mondo del lavoro e della produzione.

La Commissione di certificazione di Roma Tre testimonia come la terza missione, finalizzata alla realizzazione di attività trasversali alla ricerca e alla didattica, rafforza il contatto diretto tra l'Università e il contesto socio-economico, travasando nella società e nei rapporti di lavoro e di produzione il frutto della conoscenza e della ricerca scientifica. Non è un caso che alle Commissioni universitarie, e non alle altre commissioni costituite in diverse sedi, il legislatore chieda come requisito di iscrizione all'Albo ministeriale il conferimento al Ministero del lavoro di studi ed elaborati specifici relativi a indici e criteri di qualificazione dei contratti di lavoro, di cui deve essere garantita l'accessibilità per motivi di studio e ricerca agli interessati (D.M. 14 giugno 2004). Inoltre è indicativo del ruolo primario delle Commissioni universitarie il fatto che sia previsto che tali studi ed elaborati siano presi a base dell'elaborazione da parte del Ministero di codici di buone pratiche e indici presuntivi ai sensi degli artt. 78, comma 4, e 84, comma 2, del d. lgs. n. 276/2003.

La Commissione di certificazione dell'Università Roma Tre ha alle sue spalle una storia straordinariamente ricca di attività e di esperienza. Le migliaia di casistiche esaminate costituiscono una vera e propria miniera di esempi concreti di applicazione delle norme e, prima ancora, di attecchirsi delle relazioni di lavoro e di mercato in ambito lavoristico. Ho sempre considerato questo specialissimo "osservatorio" un vero e proprio privilegio per me stessa come studiosa e per tutti coloro che lavorano per la Commissione, ma anche per gli utenti che si interfacciano con una realtà che vanta un patrimonio di "precedenti" e di analisi e approfondimento di casi concreti analoghi o simili di rara ricchezza. Tutto ciò ritorna a beneficio non soltanto degli utenti, ma anche dei Commissari, dei giovani studenti, dei tirocinanti, dei ricercatori che trovano nella Commissione una vera e propria palestra di formazione applicata al reale.

Nel corso degli anni la Commissione di certificazione di Roma Tre ha progressivamente consolidato e sviluppato la propria attività fino a diventare una realtà primaria nel panorama nazionale e una buona pratica di trasferimento del sapere accademico e dei risultati della ricerca scientifica verso le più importanti e variegata realtà produttive e associative del territorio di riferimento e a livello nazionale.

Le attività della Commissione, in accordo con le norme di legge applicabili, presentano un importante valore sociale, in quanto sono finaliz-

zate alla prevenzione del contenzioso lavoristico, alla verifica preventiva della regolarità dei contratti di lavoro, alla assistenza delle parti nella fase di stipulazione del regolamento contrattuale, alla riduzione delle asimmetrie informative nelle relazioni di lavoro e alla verifica del consenso informato dei lavoratori nella stipulazione dei contratti di lavoro, nella modifica di clausole e condizioni contrattuali e nella disposizione dei loro diritti. L'attività della Commissione di Roma Tre ha riguardato, da un lato, la certificazione e la verifica della regolarità dei più disparati contratti di lavoro e di singole clausole di essi, nonché dei contratti commerciali in cui sia dedotta direttamente o indirettamente una prestazione di lavoro (contratti di lavoro di tutte le tipologie, autonomo e subordinato, contratti di appalto, di subappalto, contratti di somministrazione di lavoro, contratti di rete di imprese, contratti di associazione in partecipazione, contratti di trasporto, accordi di distacco, ecc.) e, dall'altro lato la conciliazione delle controversie di lavoro e la stipulazione di atti di autonomia negoziale assistita (rinunzie e transazioni, patti di modifica delle mansioni, dimissioni e risoluzioni consensuali dei rapporti di lavoro, ecc.).

Attualmente la Commissione vede la partecipazione, in qualità di commissari, di oltre trenta docenti universitari di Roma Tre e di altri Atenei italiani (Università Sapienza di Roma, Università Statale di Milano, Università Bocconi, Università Bicocca, Università di Bergamo, Università di Perugia, Università del Molise, Università dell'Aquila). La composizione della Commissione è costituita in prevalenza da docenti e ricercatori universitari e questo rappresenta un carattere distintivo originario della Commissione.

I volumi dell'attività della Commissione sono imponenti e sono cresciuti esponenzialmente nel tempo. Guardando soltanto gli ultimi otto anni (2015-2023) sono stati emessi n. 9364 provvedimenti di certificazione e sono state effettuate n. 20.691 conciliazioni delle controversie di lavoro, per un totale complessivo di ben 30.055 atti. Nella lunga storia della Commissione, nessun certificato o atto è stato superato in sede giudiziale, il numero di certificazioni impugnate in ogni caso è esiguo e non raggiunge i dieci casi, in sede giudiziale comunque è stata sempre confermata la validità del certificato.

Per lo svolgimento dell'attività sono state sottoscritte migliaia di convenzioni con aziende, studi professionali e associazioni di categoria.

I proventi in conto terzi generati dalla Commissione sono stati reinvestiti nell'Ateneo a favore della ricerca, dei giovani studiosi e degli studenti. Sono stati finanziati decine di assegni di ricerca e contratti di ricerca, borse di studio, posti di ruolo per ricercatore a tempo determinato e professore,

borse di dottorato di ricerca e contratti di collaborazione di altro genere, pubblicazioni scientifiche. Sono stati finanziati premi per laureandi e laureati valorosi, borse di studio in ambito scientifico tecnologico (STEM) per giovani studentesse, sostenuti programmi di ricerca interdisciplinare sul *gender gap* nel mondo del lavoro. Il conto terzi della Commissione ha poi costituito una voce considerevole di autofinanziamento dell'Ateneo per i propri scopi istituzionali.

La Commissione ha sviluppato, inoltre, una intensa attività di studio e ricerca applicata a casi concreti a vantaggio di studenti, dottorandi, giovani ricercatori attraverso la Clinica del lavoro e una continua attività di formazione e aggiornamento professionale diretto al mondo scientifico e professionale attraverso il Forum permanente dei professionisti del lavoro.

La Clinica del lavoro permette agli studenti e ai tirocinanti di affrontare in prima persona l'approfondimento e la soluzione dei casi concreti che si pongono nel corso dei procedimenti di certificazione e di conciliazione. L'obiettivo è quello di coinvolgerli direttamente nello studio e nella soluzione di casi reali, completando la formazione teorica con l'esperienza applicativa e pratica nel campo del diritto del lavoro, delle relazioni sindacali e del welfare, secondo quella metodologia che, nell'esperienza consolidata delle cliniche legali delle law school statunitensi, viene indicata come *learning by doing*. La Clinica è stata inclusa come corso di studio tra le attività formative curriculari della Laurea Magistrale in "Mercato del Lavoro, Relazioni Industriali e Sistemi di Welfare" del Dipartimento di Economia. Inoltre è configurata come esperienza formativa e di orientamento per studenti e laureandi di Roma Tre o di altri Atenei attraverso l'attivazione di tirocini curriculari.

La Commissione si è inoltre impegnata attivamente e assiduamente nell'attività di formazione e divulgazione scientifica attraverso iniziative di formazione seminariale liberamente accessibili sulle principali tematiche di interesse lavoristico, promuovendo il confronto scientifico e l'approfondimento dell'evoluzione legislativa e degli orientamenti giurisprudenziali in campo giuslavoristico (Forum permanente dei professionisti del lavoro). L'attività è rivolta ad una platea vasta e variegata di professionisti, operatori, esperti, addetti alle relazioni industriali e al contenzioso del lavoro; rappresentanti di associazioni di categoria, accademici e studenti. I seminari affrontano le questioni più attuali e le problematiche relative alla normativa vigente e all'evoluzione della prassi amministrativa e giurisprudenziale.

Con questo Volume abbiamo voluto celebrare i nostri quindici anni di attività (tredici a Roma Tre), raccogliendo gli studi e approfondimenti di

temi che si sono proposti spesso all'attenzione della Commissione e hanno formato oggetto di certificazione e di conciliazione delle controversie di lavoro. Gli Autori del Volume sono anche componenti della Commissione e con il loro prezioso contributo hanno consentito alla Commissione di Roma Tre di crescere e affermarsi a livello nazionale come una delle primarie Commissioni di certificazione universitarie. A loro va il mio ringraziamento, così come al personale amministrativo che ha svolto un lavoro quotidiano insostituibile e indispensabile e ai Maestri che ci hanno incoraggiato e aiutato nel nostro personale percorso di crescita culturale, umana e scientifica in questo lungo tragitto, tra i quali un pensiero e ringraziamento speciale va ad Arturo Maresca.

Sezione I

SIGNIFICATO E FUNZIONI
DELLE COMMISSIONI DI CERTIFICAZIONE

Capitolo 1

Il ruolo delle Commissioni di certificazione nel diritto del lavoro tra passato, presente e futuro: uno sguardo d'insieme

Silvia Ciucciovino

SOMMARIO

1. Il ruolo originario delle Commissioni di certificazione nella legislazione lavoristica e l'ampliamento progressivo delle loro competenze – 2. Dall'accertamento della volontà negoziale alla soggettivazione regolativa – 3. La certificazione dei contratti nel quadro della responsabilità sociale d'impresa

1. Il ruolo originario delle Commissioni di certificazione nella legislazione lavoristica e l'ampliamento progressivo delle loro competenze

La certificazione dei contratti di lavoro, prevista dalla legge delega per la riforma del mercato del lavoro (art. 5, l. 14 febbraio 2003 n. 30) e successivamente disciplinata dagli artt. 75 e ss. d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276, ha la finalità di prevenire il contenzioso in materia di qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro. L'effetto della certificazione è quello di creare una stabilità di tale qualificazione tra le parti e verso i terzi, dotando il contratto certificato di una speciale certezza pubblica.

L'atto di certificazione è frutto della discrezionalità valutativa tecnico giuridica della Commissione di certificazione ed è emesso in esito a un procedimento amministrativo diretto a verificare la corretta espressione della volontà negoziale e la sua conformità alle effettive intenzioni delle parti nel rispetto delle norme inderogabili applicabili al caso di specie. La Commissione assiste le parti affinché l'autonomia negoziale privata, come trova espressione nel contratto sottoposto a certificazione, sia compatibile con i limiti che l'ordinamento giuridico impone inderogabilmente (alle parti e alla stessa Commissione), per la tipologia contrattuale prescelta, potendo fornire supporto eventuale nella riformulazione del contratto o nella selezione del tipo contrattuale più adeguato a dare assetto alla effettiva volontà

ed ai propositi delle parti in modo conforme all'ordinamento giuridico vigente.

Da questo punto di vista la certificazione risponde allo scopo di produrre, da un lato, certezze pubbliche mediante l'atto di certificazione, che infatti è opponibile ai terzi e vincolante per le pubbliche autorità interessate, dall'altro lato ha a finalità di produrre certezze private, perché attraverso il procedimento di certificazione viene messa in trasparenza e chiarita sin dall'inizio ai contraenti la natura del contratto intercorrente, onde evitare incertezze e ambiguità interpretative nella fase genetica e nella fase esecutiva riguardo la disciplina applicabile.

La vincolatività del certificato costituisce l'effetto tipico della certificazione, coerente con l'ispirazione finalistica dello strumento di prevenire il contenzioso giudiziario e di accrescere il grado di certezza, di evidenza pubblica e affidamento delle parti interessate, anche a compensazione dell'asimmetria informativa che caratterizza la posizione del lavoratore nei rapporti di lavoro. Il certificato emesso dalla Commissione è controvertibile giudizialmente per errore della Commissione oltre che per scostamento tra qualificazione ed esecuzione o per vizi del consenso.

L'inderogabilità della normativa giuslavoristica incentrata sulla fattispecie, fa sì che dalla qualificazione contrattuale discendano, quale effetto legale necessario, le relative discipline protettive lavoristiche, nonché i connessi effetti di natura contributivo/previdenziale e fiscale. Sicché il procedimento qualificatorio realizzato con la certificazione dei contratti concorre a ricondurre la fattispecie concreta così come voluta dalle parti al tipo legale astratto, e in base al binomio fattispecie-effetti, concorre a individuare la disciplina inderogabile applicabile al contratto stesso. Il certificato infatti rappresenta un atto di certazione della conformità dell'espressione dell'autonomia privata rispetto alla norma di legge applicabile affidato alla Commissione da cui promana l'atto certificatorio che, da questo punto di vista, si fa garante dell'inderogabilità delle discipline lavoristiche.

L'esatta qualificazione del contratto quale fine principale della certificazione si ricava, benché indirettamente, dai possibili motivi di impugnazione di quanto certificato (art. 80, d. lgs. n. 276 de 2003) davanti al giudice del lavoro. Tali motivi riguardano specificamente l'«erronea qualificazione del contratto», il «vizio del consenso» e la «difformità tra il programma negoziale e quello effettivamente realizzato». Se ne deduce, specularmente, che la certificazione è valida ed efficace in quanto fornisce una qualificazione corretta (non erronea) del contratto, basandosi sul consenso consapevole (non viziato) espresso delle parti e alla condizione che il programma

negoziale successivamente si realizzi realmente in conformità a quanto certificato (effettività della qualificazione).

Originariamente la certificazione era limitata alle tipologie contrattuali flessibili più esposte al rischio di incertezze qualificatorie e di contenzioso giudiziario. Ben presto però l'ambito applicativo della certificazione è stato esteso a tutti i «contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro» (art. 75, d. lg. n. 276 del 2003 come riformulato dall'art. 30, l. 4 novembre 2010 n. 183), con conseguente ampliamento della finalità della certificazione alla più generale prevenzione del «contenzioso in materia di lavoro» e non più soltanto a quello strettamente qualificatorio dei contratti flessibili. Ne consegue che la certificazione può riguardare ormai qualsivoglia tipologia di contratto in cui sia implicata direttamente o indirettamente una prestazione lavorativa.

Quando abbia ad oggetto un contratto commerciale (ad esempio un contratto di somministrazione di lavoro, un contratto di appalto, un contratto di subfornitura, un contratto di trasporto, un contratto di agenzia, un contratto di rete, un contratto di appalto in ambienti confinati o sospetti di inquinamento, ecc.), la certificazione riguarda pur sempre soltanto i profili giuslavoristici di tali contratti. Ciò si desume sia dalla finalità stessa dell'istituto – la prevenzione del contenzioso lavoristico – sia dalla natura e competenza specialistica tecnico-giuridica degli organismi deputati alla certificazione in ambito giuslavoristico, sia infine dall'autorità giudiziaria chiamata a conoscere delle controversie aventi ad oggetto la certificazione che è esclusivamente quella di cui all'art. 413 c.p.c. (art. 80, comma 1, d. lg. n. 276 del 2003).

Con la modifica introdotta dalla l. 183 del 2010 all'art. 79, comma 2, d. lg. n. 276 del 2003 è stata prevista la possibilità di certificare i contratti in corso di esecuzione. Anche in questo caso però il fine del procedimento è sempre la certificazione del “contratto” come recita l'art. 75 d. lgs. n. 276 del 2003 e non il profilo esecutivo del rapporto in concreto instaurato. Semmai il comportamento delle parti nei contratti in corso di esecuzione concorrerà a rivelarne l'effettiva volontà negoziale, eventualmente integrando quella espressa nel contratto *ex* art. 1362, comma 2, c.c. Di tale volontà la Commissione dovrà necessariamente tener conto nella propria attività istruttoria e certificatoria.

Con l'art. 2, d. lgs. 15 giugno 2015 n. 81 è stata prevista la possibilità di certificare “l'assenza” dei requisiti di etero-organizzazione della prestazione del collaboratore autonomo continuativo che, ove riscontrati, comporterebbero eccezionalmente, ai sensi dell'art. 2, l'applicazione della

disciplina del lavoro subordinato a rapporti di lavoro autonomo etero-organizzato. Si tratta di una certificazione apparentemente in negativo, cioè diretta ad escludere anziché accertare la sussistenza di requisiti, ma che in realtà sfocia pur sempre nell'accertamento da parte della Commissione della natura giuridica del rapporto instaurato e, quindi, nella qualificazione del contratto di lavoro come contratto di collaborazione coordinata e continuativa priva dei caratteri della etero-organizzazione, con conseguente riconducibilità della stessa alla fattispecie di cui all'art. 409 c.p.c. e 2222 c.c. e relativa esclusione dell'applicazione dell'art. 2, d. lg. n. 81 del 2015.

2. Dall'accertamento della volontà negoziale alla soggettivazione regolativa

Se la principale e originaria funzione affidata alle Commissioni è stata quella della certazione ed esatta qualificazione del contratto, con il tempo il legislatore ha assegnato alle Commissioni una diversa e più ampia funzione di validazione dell'espressione dell'autonomia privata individuale.

Si possono individuare a questo proposito altre due rilevanti funzioni affidate nel tempo alle sedi di certificazione: la prima è rappresentata dall'*autonomia negoziale assistita* e consiste nell'accertamento o asseverazione della genuina volontà delle parti nella stipulazione di speciali clausole contrattuali individuate dalla legge. La seconda è rappresentata dalla *derogabilità assistita* e permette una limitata facoltà di deroga controllata della norma di legge compiuta dalle parti del rapporto di lavoro davanti alle Commissioni di certificazione.

Per autonomia negoziale assistita si intende l'ipotesi in cui la Commissione nella sua veste di terzo imparziale e *super partes* *abilita* l'autonomia privata individuale a dispiegarsi validamente per assumere piena efficacia tra le parti e verso i terzi. In tali casi non si è in presenza di un atto di certificazione in senso proprio, in quanto il compito assegnato alle Commissioni si esaurisce nella formale presa d'atto della consapevole volizione contrattuale. Sono così le parti stesse del rapporto a porre direttamente la regola tra di esse vincolante *davanti* alla Commissione, dove quest'ultima assume il ruolo di sede protetta, in funzione di assistenza e verifica della consapevolezza e coerenza dell'atto di autonomia individuale rispetto al disposto legale applicabile. In queste ipotesi la Commissione è investita essenzialmente di un ruolo attivo di assistenza alle parti che diventa abilitante della stessa attività negoziale ovvero del dispiegamento di suoi specifici effetti.

Ad una simile funzione di assistenza qualificata fa riferimento l'art. 31, comma 10, l. n. 183 del 2010 quando prevede la certificazione delle clausole compromissorie di cui all'art. 808 c.p.c. (richiesta a pena di nullità della clausola stessa) dal momento che «le commissioni di certificazione accertano, all'atto della sottoscrizione della clausola compromissoria, l'effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le eventuali controversie nascenti dal rapporto di lavoro».

Così pure l'art. 30, comma 3, l. n. 183 del 2010 prevede una speciale forma di autonomia negoziale assistita con riferimento alle «tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo ... nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione»; tipizzazioni che grazie all'intervento dell'organismo di certificazione acquistano un'efficacia vincolante per il giudice.

Si deve richiamare inoltre l'art. 6, comma 6, d. lg. 15 giugno 2015 n. 81 che prevede la possibilità, in mancanza di previsioni del contratto collettivo, di pattuire per iscritto a livello individuale clausole elastiche nel part time «avanti alle Commissioni di certificazione».

Così pure l'art. 26, comma 7, d. lg. 14 settembre 2015 n. 151 che prevede che le risoluzioni consensuali e le dimissioni intervenute «avanti alle Commissioni di certificazione» siano immediatamente efficaci ed esentate dall'osservanza della procedura di trasmissione telematica del modulo prevista altrimenti in via generale quale condizione per l'efficacia di tali atti risolutivi del rapporto di lavoro.

In tutti i casi richiamati, seppure con sfumature diverse, il ruolo della Commissione è in ultima analisi abilitante o validatorio dell'autonomia privata individuale. Alle clausole o atti così stipulati di fronte alla Commissione l'ordinamento ricollega un'efficacia di cui sarebbero altrimenti privi (come nel caso delle clausole elastiche nel part time, delle clausole compromissorie o degli atti estintivi del rapporto di lavoro che sono illegittimi o inefficaci se non stipulati con l'assistenza della Commissione) ovvero un'efficacia rafforzata o specializzante (come nel caso delle clausole di tipizzazione della giusta causa e giustificato motivo del licenziamento che, se stipulate con l'assistenza della Commissione, sono vincolanti per il giudice nella misura in cui deve tenerne conto).

Si tratta di una sorta di validazione o asseverazione della volontà negoziale individuale, che naturalmente la Commissione dovrà effettuare sia sotto il profilo soggettivo, cioè dell'accertamento della consapevole e genuina volontà, sia sotto il profilo oggettivo, cioè della compatibilità di tale volontà con i limiti di volta in volta inderogabilmente posti dall'ordina-

mento che delimitano i margini all'interno dei quali può trovare esplicitazione l'autonomia privata in sede assistita.

Appare chiaro allora che la ricognizione della volontà negoziale, mentre nel procedimento di certificazione si presenta come uno dei presupposti dell'istruttoria che concorre al convincimento della Commissione per l'emissione dell'atto di certazione che promana dalla Commissione stessa come proprio atto motivato; nel caso dell'autonomia negoziale assistita viene semplicemente comprovata e si pone essa stessa come oggetto e fine di accertamento da parte della Commissione. La volontà espressa in questa sede e con questa forma acquista piena efficacia tra le parti, nonché la forza giuridica della certezza pubblica.

Proprio perché finalizzata ad assistere le parti nella formazione della volontà negoziale efficace pare allora incompatibile con la negoziazione assistita un intervento della Commissione *ex post*, cioè successivo alla stipulazione (ammissibile, invece, come si è detto, per la certificazione dei contratti in corso di esecuzione ex art. 79, comma 2). Ciò in quanto l'autonomia privata può dispiegarsi validamente ed avere piena efficacia soltanto se espressa *dinnanzi* alla Commissione in funzione di verifica e controllo contestuale della autentica e libera formazione della volontà delle parti.

Diversa dall'autonomia negoziale assistita è invece la derogabilità assistita. In questo caso il ruolo della Commissione è quello di presenziare all'eccezionale possibilità concessa all'autonomia privata individuale di stabilire pattuizioni in deroga a norme di legge altrimenti inderogabili. Un esempio di derogabilità assistita è rappresentato dai patti di cui all'art. 2103, comma 6, c.c., comunque entro limiti ben definiti dal legislatore. Si prevede infatti che «avanti alle Commissioni di certificazione» (ma anche presso le altre sedi protette di cui all'art. 2113 c.c.) possano essere stipulati patti individuali in deroga alla disciplina di cui all'art. 2103 c.c., aventi ad oggetto la «modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita».

Nella derogabilità assistita la funzione cui è chiamata la Commissione è quella di assistere l'autonomia privata, ma a differenza delle ipotesi precedentemente esaminate, nei patti di cui al comma 6 dell'art. 2103 c.c. si tratta di attenuare e derogare lo statuto protettivo del lavoro subordinato per flessibilizzarlo e adattarlo agli interessi specifici ed individuali del lavoratore. La presenza della Commissione o della sede protetta è garanzia che

tale adattamento avvenga nel rispetto dei presupposti fissati dalla legge e corrisponda effettivamente ad una consapevole e libera volontà del lavoratore, di cui la Commissione deve dare conto con idonea verbalizzazione dell'accordo.

Va tenuta nettamente distinta dalla certificazione e dalla validazione dell'autonomia privata nella fase di regolazione del rapporto l'ulteriore funzione attribuita alle Commissioni di certificazione come sede protetta di disposizione dei diritti e conciliazione delle controversie di lavoro. In questi casi non si tratta di certificare o validare il regolamento contrattuale, bensì di rendere legittimi gli atti dispositivi di diritti già entrati nel patrimonio del lavoratore rispetto ai quali vengono compiute rinunce o transazioni sottoposte in via generale al regime dell'art. 2113 c.c., ovvero di svolgere vere e proprie funzioni conciliative delle controversie di lavoro ai sensi dell'art. 410 c.p.c.

Ancora diverso è il ruolo assegnato da ultimo alle Commissioni di certificazione quale sede di raccolta e conservazione degli accordi di negoziazione assistita effettuati con l'assistenza di avvocati ai sensi del d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. In questi casi la Commissione non è chiamata ad un controllo di legittimità degli accordi, di cui assumono invece la piena responsabilità gli avvocati e i consulenti del lavoro nominati delle parti, quanto piuttosto della registrazione, dell'archiviazione e della conservazione degli atti di negoziazione assistita. Si tratta di una trasmissione che intende conferire all'accordo la certezza della conservazione, l'inalterabilità e la reperibilità nel tempo anche ai fini della esecutività dello stesso. L'accordo è quindi efficace dal momento della sua sottoscrizione, ma la mancata trasmissione ne pregiudica i pieni effetti ai sensi dell'art. 2113 c.c. (esecutività dell'accordo).

Conclusivamente si può dire che l'evoluzione e l'articolazione progressiva delle funzioni di garanzia riconosciute dall'ordinamento alle Commissioni ne attesta il fondamentale ruolo di presidio dell'autonomia privata individuale. Ciò è avvenuto, nel corso del tempo, attraverso tre direttrici principali distinte ma connesse: a) quella dell'accertamento in via preventiva della corretta qualificazione dei contratti sottoscritti dalle parti (certificazione in senso proprio); b) quella della validazione delle regolamentazioni individuali di specificazione e flessibilizzazione delle discipline legali applicabili al rapporto di lavoro (autonomia negoziale assistita e derogabilità assistita); c) ed infine quella del presidio degli atti dispositivi dei diritti individuali derivanti da norme inderogabili (disposizione dei diritti e conciliazione delle controversie).

L'insieme di queste attribuzioni porta a ritenere che gli spazi di soggettivazione regolativa a livello individuale concessi dal nostro ordinamento trovano la loro sede naturale di realizzazione dinnanzi o per mezzo delle Commissioni di certificazione. Ciò implica la necessità di ragionare sulla capacità delle Commissioni di accompagnare responsabilmente questo sviluppo della regolazione lavoristica nel segno di una maggiore adattabilità delle norme legali alle esigenze individuali per rispondere adeguatamente alle istanze di soggettivazione regolativa che sembrano costituire ormai una cifra identificativa della modernità, senza abdicare alla impronta protettiva e strutturalmente inderogabile della norma lavoristica.

3. La certificazione dei contratti nel quadro della responsabilità sociale d'impresa

La certificazione dei contratti di lavoro può essere guardata anche come uno degli strumenti a disposizione degli agenti economici per rispondere in modo volontario a quella istanza di trasparenza, responsabilità e affidabilità che fa da sfondo all'ampia tematica della responsabilità sociale di impresa (*corporate social responsibility* o CRS). Una tematica che certamente non è nuova, ma che sembra assumere negli ultimi anni una rilevanza crescente all'interno di un sistema nazionale e sovranazionale sempre più attento all'*accountability*, alle produzioni di evidenze verso gli stakeholder interni ed esterni relativamente alla rispondenza costante dell'agire imprenditoriale a valori etici e alla conformità normativa (*compliance*). In tale contesto lo strumento delle certificazioni tecniche permette l'attestazione da parte di soggetti terzi della virtuosità e trasparenza dei processi gestionali e della incorporazione costante dei valori della legalità e della responsabilità nella gestione dei rapporti con il mercato, con le risorse umane e con i consumatori.

Questo scenario è destinato a prendere nuove colorazioni con l'approvazione a livello europeo della Direttiva Due Diligence (c.d. Corporate Sustainability Due Diligence Directive approvata dal Consiglio il 15 marzo 2024 che modifica la Direttiva (EU) 2019/1937 e il Regolamento (EU) 2023/2859) e con l'approvazione della Direttiva Europea Corporate Sustainability Reporting, CSRD, (Direttiva UE 2022/2464).

L'impulso europeo alle pratiche di responsabilità sociale di impresa e alle politiche di sostenibilità ESG (*Environmental, Social, and Governance*) fa sì che queste ultime avanzino da un ambito squisitamente volontaristico in

cui erano relegate nel passato, ad un livello più strutturato che implica l'opportunità di una rendicontazione pubblica di sostenibilità e la necessità di dotarsi di certificazioni che in qualche modo rendano ostensibile e conoscibile all'esterno i valori, l'etica e la *compliance* normativa dell'organizzazione produttiva.

D'altro canto si è assistito già da tempo alla crescita progressiva di attenzione per le certificazioni tecniche del sistema aziendale secondo standard e norme tecniche riconosciute a livello nazionale o internazionale (Norme UNI ISO o Prassi di riferimento UNI) certificabili da appositi organismi di terza parte accreditati a livello nazionale da Accredia. Certificazioni tecniche che, pur nella estrema diversità di ambiti e oggetti, sono comunque tese ad attestare e dichiarare la conformità di un sistema di gestione aziendale ad una specifica norma o ad altro documento normativo. Il concetto di attestazione di conformità, da parte di un soggetto terzo, previa verifica tecnica, di una pratica o atto aziendale allo standard di riferimento in qualche modo avvicina concettualmente il sistema delle certificazioni tecniche a quello della certificazione dei contratti di lavoro, anche se si tratta di tipologie di certificazione ovviamente molto diverse.

Rispetto all'universo delle certificazioni tecniche, la certificazione dei contratti di lavoro presenta delle peculiarità assolutamente proprie, anche se lo spirito che informa questa speciale forma di certificazione è quello tipico che si riscontra anche in altre tipologie di certificazioni e cioè di conseguire attestazioni di terza parte in grado di creare presunzioni di correttezza e regolarità degli atti gestionali/contrattuali nonché di affidamento di coerenza a standard e norme di riferimento.

Anche la certificazione dei contratti è una pratica volontaria, e come nelle certificazioni tecniche, la Commissione di certificazione rappresenta il soggetto terzo intitolato del potere di emettere l'atto certificatorio. Quest'ultimo consegue ad una valutazione di parte terza della conformità del singolo contratto al tipo legale di riferimento, cosicché la qualificazione giuridica dello specifico contratto operata dalla Commissione attesta la sua riconducibilità e conformità alla fattispecie standard prevista dal legislatore. Le Commissioni di certificazione sono disciplinate e riconosciute dallo stesso legislatore (e non quindi da un ente di accreditamento) e operano sulla base della normativa legale inderogabile, quindi ben diversa dalle norme tecniche che sono prive di normatività giuridica e in ultima analisi sono norme private. Le Commissioni inoltre sono sottoposte alla vigilanza del Ministero del lavoro che esercita poteri di monitoraggio e controllo generale sulle Commissioni di certificazione.

Quanto agli effetti, la peculiarità propria della certificazione dei contratti è quella di esplicitare effetti giuridici stabiliti dal legislatore, ad esempio l'opponibilità del certificato in sede ispettiva verso gli organismi di vigilanza nei cui confronti il certificato produce effetti vincolanti. Ben diversamente le certificazioni tecniche mantengono un valore nelle relazioni di mercato e tra soggetti privati, non presentano un effetto vincolante verso le pubbliche autorità e quindi sono prive di una normatività in senso tecnico-giuridico. Si tratta quindi di certificazioni molto diverse per caratteristiche ed effetti.

Ciò non di meno è possibile cogliere nella certificazione dei contratti di lavoro un valore ulteriore rispetto a quello tipicamente previsto dal d. lgs. n. 276 del 2003, nel solco delle pratiche volontarie della CSR e di documentazione e messa in trasparenza della *compliance* normativa per quanto riguarda il versante dei contratti di lavoro e dei profili giuslavoristici dei contratti di natura commerciale di integrazione e collaborazione tra imprese. Questa *valenza* della certificazione nel prossimo futuro potrebbe vedere accresciuta la propria rilevanza appunto in relazione allo sviluppo crescente della rendicontazione non finanziaria e della sostenibilità sociale dell'impresa.

Riferimenti bibliografici

- Barberio M., (2023), *La certificazione dei contratti di lavoro tra autoregolazione e certezza del diritto*, Torino.
- Bellocchi P., (2007), *Le procedure di certificazione*, in Amoroso G., Di Cerbo V. Maresca A. (a cura di), *Il diritto del lavoro*, vol I, Milano, p. 1134 ss.
- Biagi M., (2003) *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in Montuschi L., Tiraboschi M., Treu T. (a cura di), *Marco Biagi: un giurista progettuale*, Milano, 149 ss.
- Biagi M. (2001), *Progettare per modernizzare*, in Treu T. (a cura di), *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna.
- Brino M.V., (2006), *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in *Lav. Dir.*, 2-3, 388 ss.
- Carinci M.T., (2012), *Clausole generali e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. n. 183/2010*, in Nogler L., Marinelli M. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro, Commento alla legge 4 novembre 2010 n. 183, 2010*, Milano, 216 ss.
- Ciucciovino S., (2023), *Certificazione dei contratti di lavoro*, in Del Punta R., Romei R., Scarpelli F. (a cura di), *Enciclopedia del diritto - I Tematici*, Volume VI- Contratto di lavoro, Milano, 1 ss.
- Ciucciovino S., (2014), *Certificazione dei contratti di lavoro*, in Santoro-Passarelli G. (a cura di), *Trattato di Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, Torino, 1521 ss.
- Ciucciovino S., (2014), *La certificazione dei contratti di lavoro come mezzo di produzione di certezze nel mercato del lavoro*, in Ciucciovino S. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, Torino, 3 ss..
- Ciucciovino S., (2016), *Certificazione dei contratti di lavoro*, in *Diritto online - approfondimenti enciclopedici*. Vol. Diritto del lavoro, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma.
- Ciucciovino S. (a cura di), (2014), *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, Torino.
- Ciucciovino S., (2014), *La certificazione dei contratti di lavoro al crocevia del diritto civile, del diritto amministrativo e del diritto del lavoro*, in (a cura di), Ciucciovino S., *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, Torino.
- Ciucciovino S., (2023) *Autodeterminazione dell'individuo e de-standardizzazione controllata della regolazione lavoristica*, in *Dir. Rel. ind.*, 1, 89 ss.
- De Angelis L., (2004), *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 234 ss.

- Dessi O., (2011), *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, Torino.
- Faleri C., (2007), *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Milano.
- Ferraro G., (2009), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in Cinelli M., Ferraro G. (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare, dal D.d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Torino, 551 ss.
- Garofalo M.G., (2003), *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in Curzio (a cura di), *Lavori e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, 426 ss.
- Ghera E., (2008), *Certificazione dei contratti di lavoro e giurisdizione*, in AA.VV., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Tomo II, Torino, 650 ss.
- Ghera E., (2009), *voce Contratto di lavoro (certificazione)*, in *Dig. Disc. priv., sez. comm. - agg.*, V, Torino, 741 ss.
- Gragnoli E., (2004), *L'interpretazione e la certificazione tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 543 ss.;
- Gragnoli E., (2005), *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 83 ss.
- Lazzara P., (2014), *La normativa tecnica privata e i sistemi di certificazione*, in *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, cit., 21 ss.;
- Marazza M., (2011), *Oggetto ed effetti della nuova certificazione dei contratti di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 61 ss.
- Nogler L., (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2, 203 ss.
- Nogler L., (2012), *Sub art. 30*, in *La riforma del mercato del lavoro, Commento alla legge 4 novembre 2010 n. 183*, cit., 253 ss.
- Novella M., (2014), *Certificazione in materia di lavoro e tutela giurisdizionale*, in *Lav. dir.*, 2-3, 347 ss.
- Perone G., Vallebona A. (a cura di), (2004) *La certificazione dei contratti di lavoro*, Torino.
- Perulli A., (2014), *Certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell'imprenditore: il ruolo del giudice*, in Perulli A., Fiorillo L. (a cura di), *La riforma del lavoro*, IV, 265 ss.
- Rausei P., (2011), *Collegato lavoro: certificazione dei contratti*, Milano.
- Speziale V., (2004), *Sub art. 75*, in Bellocchi P., Lunardon F., Speziale V. (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, Milano, vol. IV, 140 ss.
- Tiraboschi M., (2003), *La c.d. certificazione dei lavori "atipici" e la sua tenuta giurisdizionale*, in *Lav. Dir.*, 1, 101 ss.

- Tiraboschi M., (2005), *L'istituto della certificazione tra decretazione ministeriale e circolari interpretative*, in *Dir. Rel. Ind.*, 519 ss.
- Tremolada M., (2011), *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice*, in Miscione M., Garofalo D. (a cura di), *Il collegato lavoro 2010* Milano, 145 ss.
- Tursi A., (2004), *La "volontà assistita" nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Dir. Rel. Ind.*, II, 247 ss.
- Tursi A., (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.it*, 19/2004.
- Voza R., (1998), *Norma inderogabile ed autonomia individuale assistita*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, LXXIX, , 603 ss.
- Voza R., (2007), *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari.
- Zoppoli L., (2010), *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liasons dangereuses*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.it*, 102/2010.

Capitolo 2

La disponibilità dei diritti e il ruolo della Commissione di certificazione in funzione conciliativa

Ilario Alvino

SOMMARIO

1. La conciliazione delle controversie di lavoro – 2. Le controversie conciliabili tra inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti del lavoratore – 3. Le rinunzie e le transazioni del lavoratore e il ruolo dell'organo di conciliazione – 4. Il tentativo facoltativo e il tentativo obbligatorio di conciliazione – 5. Le sedi c.d. "protette" – 5.1. La conciliazione davanti alla commissione di certificazione

1. La conciliazione delle controversie di lavoro

Il termine conciliazione è utilizzato in diverse branche dell'ordinamento giuridico con un duplice significato.

Da un primo punto di vista, il termine identifica la procedura conciliativa, ossia il procedimento finalizzato a consentire alle parti, fra le quali è sorta o potrebbe sorgere una controversia, di sperimentare la possibilità di raggiungere un accordo che dirimi in via negoziale la lite. Il procedimento conciliativo si caratterizza (e si differenzia dalle trattative che precedono la stipulazione di qualunque contratto) per la presenza di un soggetto terzo ed imparziale (il conciliatore o l'organo di conciliazione), investito della funzione di dare assistenza alle parti nella valutazione delle reciproche posizioni al fine di stimolare la definizione negoziale della controversia, onde evitare che la medesima controversia giunga all'attenzione di un giudice ovvero, nel caso in cui la domanda sia già stata incardinata dinanzi all'autorità giudiziaria, per evitare la pronuncia di un provvedimento giudiziale.

Da un secondo punto di vista, il termine è però utilizzato anche per identificare il contratto che conclude il procedimento di conciliazione. In questa seconda accezione, la conciliazione differisce dall'arbitrato, poiché mentre la prima consiste in un accordo delle parti raggiunto tramite la fun-

zione mediatrice del conciliatore, con il secondo le parti affidano la definizione della controversia ad un terzo (l'arbitro), la cui decisione (il c.d. lodo) è accettata dalle parti assumendo così veste negoziale (per la definizione di arbitrato v. Cavallini, 2013).

La conciliazione, intesa sia come procedimento sia come atto conclusivo di quest'ultimo, assume un'importanza centrale nel diritto del lavoro. Ciò, non solo perché nel nostro ordinamento si sono succedute diverse norme di legge finalizzate ad incentivare la soluzione conciliativa delle controversie relative ai rapporti di lavoro, ma soprattutto poiché l'atto conciliativo costituisce tutt'oggi il principale strumento negoziale tramite il quale il lavoratore può validamente disporre dei diritti che gli derivano dall'applicazione delle disposizioni inderogabili dettate dalla legge o da contratti o accordi collettivi di lavoro.

In ragione della definizione di conciliazione poc'anzi enunciata, non saranno trattate in questa sede le ipotesi nelle quali l'ordinamento prevede che la risoluzione della controversia di lavoro possa essere raggiunta attraverso una procedura arbitrale (v. ad es. art. 7, l. n. 300/1970).

2. Le controversie conciliabili tra inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti del lavoratore

Il sistema delle regole poste dal nostro ordinamento giuridico a protezione del lavoratore subordinato, in quanto soggetto debole del rapporto di lavoro, trova uno dei suoi pilastri fondativi nel principio per cui il lavoratore non ha la piena e totale disponibilità dei diritti che lo stesso matura in ragione dello svolgimento del rapporto.

Il primo comma dell'art. 2113 c.c. sancisce, invero, che «le rinunzie e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 c.p.c., non sono valide».

Tale regola, introdotta con la riforma dell'art. 2113 c.c. ad opera dell'art. 6, l. 11.8.1973, n. 533, ha lo scopo di rendere effettive le tutele imperativamente poste dall'ordinamento a protezione del lavoratore. Tali tutele sarebbero, infatti, prive di una reale efficacia protettiva se, una volta attribuito un determinato diritto al lavoratore, questi avesse piena possibilità di disporne, poiché, com'è stato autorevolmente osservato, il lavoratore verrebbe altrimenti a trovarsi «in piena balia sua o dei suoi creditori» (F. Santoro Passarelli).

Il principio di indisponibilità dei diritti del lavoratore enunciato dall'art. 2113 c.c. non è però assoluto. La norma citata dichiara efficace l'atto di disposizione in due ipotesi, nelle quali si verificano condizioni tali da far considerare reale e non coartata la volontà di disposizione del diritto espressa dal lavoratore.

L'atto, inizialmente invalido, diviene idoneo a produrre l'effetto dispositivo se non viene impugnato entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, ovvero entro sei mesi dalla data di sottoscrizione se l'atto è compiuto dopo la risoluzione del rapporto di lavoro (art. 2113, co. 2, c.c.). Ciò poiché, decorso tale termine, l'ordinamento presume che il lavoratore, non trovandosi più in condizione di soggezione nei confronti del datore di lavoro, abbia avuto il tempo sufficiente per maturare senza costrizioni la scelta di non impugnare l'atto, confermando così indirettamente la propria volontà di rinunciare o transigere il diritto.

L'atto dispositivo è invece valido sin dall'inizio in un'unica ipotesi: ossia quella nella quale la rinuncia o la transazione siano sottoscritte nell'ambito di una conciliazione intervenuta ai sensi degli artt. 185, 410, 411, 412-ter e 412-quater, c.p.c. o ai sensi dell'art. 31, co. 13, l. n. 183/2010.

La sottoscrizione dell'accordo dinanzi ad uno di tali soggetti (c.d. "sedi protette" o "sedi assistite", sulle quali v. infra) fornisce la garanzia che la volontà di disporre del diritto, manifestata dal lavoratore nei termini previsti dall'accordo, è reale ed è stata espressa liberamente, senza coazione da parte del datore di lavoro.

Perché trovi applicazione il regime poc'anzi enunciato, e poiché il lavoratore possa dunque validamente disporre dei propri diritti in sede conciliativa, l'art. 2113 c.c. richiede, da un lato, che il diritto oggetto dell'atto riguardi uno dei rapporti previsti dall'art. 409 c.p.c., e, dall'altro, che del diritto oggetto della rinuncia o della transazione sia effettivamente titolare il lavoratore e che quel medesimo diritto sia già entrato nel patrimonio di quest'ultimo.

Il lavoratore potrà dunque porre in essere un valido atto dispositivo ai sensi dell'art. 2113 c.c. soltanto in quanto lo stesso abbia ad oggetto un diritto già maturato (è dunque priva di effetti la rinuncia ai c.d. diritti futuri), mentre non potrà mai riguardare la modifica di una regola applicabile al rapporto e prevista da una delle citate disposizioni inderogabili (Cass., 8.9.2011, n. 18405). In tal caso l'accordo siglato dal lavoratore sarebbe radicalmente ed inevitabilmente nullo, poiché avrebbe ad oggetto non un diritto, ma l'applicazione di una regola che, in quanto inderogabile, non può essere modificata dalle parti del rapporto (Cass., 26.5.2006, n. 12561).

Inoltre, poiché, come detto, il lavoratore può disporre solo di diritti di cui sia titolare, egli non potrà, ad esempio, rinunciare al versamento dei contributi previdenziali dovuti in ragione della prestazione resa trattandosi di un diritto sottratto alla disponibilità del lavoratore e il cui atto dispositivo è inefficace nei confronti dell'ente previdenziale. Ciò di cui il lavoratore in questo caso potrà disporre saranno soltanto le conseguenze patrimoniali del mancato o irregolare versamento dei contributi (Cass., 13.3.2009, n. 6221).

Da prospettiva inversa, ma per le medesime ragioni, non possono produrre alcun effetto dispositivo di diritti le c.d. transazioni collettive. Con questo termine si denominano infatti gli accordi, stipulati tra il datore di lavoro o le associazioni datoriali e le organizzazioni sindacali, aventi ad oggetto diritti che siano già entrati nel patrimonio del lavoratore in virtù dell'applicazione di una norma inderogabile. Tali accordi non possono produrre alcun effetto nei confronti del lavoratore titolare del diritto, cosicché la transazione collettiva costituisce piuttosto una sorta di proposta di risoluzione della controversia rivolta al lavoratore, per la cui efficacia è necessariamente richiesta l'adesione di quest'ultimo.

3. Le rinunzie e le transazioni del lavoratore e il ruolo dell'organo di conciliazione

Affinché l'atto dispositivo possa essere considerato immediatamente valido ed efficace, ai sensi dell'art. 2113, co. 4, c.c., è necessaria l'esistenza di una controversia fra le parti, almeno potenziale, che l'accordo conciliativo mira a risolvere e che all'interno dello stesso deve essere identificata (cfr., ex plurimis: Cass., II sez. civ., 4 maggio 2016, n. 8917; Cass., 22.5.2008, n. 13217). Se per la validità della transazione è necessaria la sussistenza della *res litigiosa*, «non occorre che le rispettive tesi delle parti abbiano assunto la determinatezza propria della pretesa, essendo sufficiente l'esistenza di un dissenso potenziale, anche se ancora da definire nei più precisi termini di una lite e non esteriorizzata in una rigorosa formulazione» (Cass. 27 aprile 2021, n. 11106).

Secondo presupposto di validità del negozio abdicativo è che l'accordo siglato in sede conciliativa assuma i caratteri del contratto di transazione e che le dichiarazioni con le quali il lavoratore dispone dei propri diritti posseggano i requisiti di una rinuncia.

L'accordo conciliativo dovrà dunque possedere i requisiti richiesti dall'art. 1965 c.c. e, quindi, in esso dovrà essere identificata la controversia

insorta (o che potrebbe insorgere) fra le parti con riferimento ai diritti nascenti dal rapporto di lavoro e derivanti da una norma inderogabile applicabile al medesimo rapporto (Cass., 23 ottobre 2013, n. 24024), nonché i termini dello scambio di “reciproche concessioni” fra le parti. Ed invero, laddove manchi l’elemento dell’*aliquid datum, aliquid retentum*, essenziale ad integrare lo schema della transazione, questa non è configurabile (Cass., 4 ottobre 2007, n. 20780). A ciò consegue che le reciproche concessioni devono essere commisurate e valutate in rapporto alle reciproche pretese e contestazioni, in modo tale che la transazione, in quanto contratto a prestazione corrispettive, manifesti una reciprocità dei sacrifici assunti dalle parti. Affinché tale requisito sia integrato non è però necessaria l’esistenza di un equilibrio economico tra le reciproche concessioni (Cass., 8 aprile 2014, n. 8191. V. anche Cass., 28 luglio 2015, n. 15874).

La dichiarazione del lavoratore assume poi valore di rinuncia o di transazione solo laddove risulti accertato, sulla base dell’interpretazione del documento, che la stessa sia stata sottoscritta dal lavoratore medesimo con la consapevolezza di disporre così di diritti determinati ovvero obiettivamente determinabili e con il cosciente intento di abdicarvi o di transigere sui medesimi (Cass., 15 settembre 2015, n. 18094; Cass., 28 agosto 2013, n. 19831). Non è dunque sufficiente una mera quietanza liberatoria rilasciata a saldo di ogni pretesa, poiché questa costituisce, di regola, una semplice manifestazione del convincimento soggettivo dell’interessato di essere soddisfatto di tutti i suoi diritti, e pertanto concreta una dichiarazione di scienza priva di alcuna efficacia negoziale (tra le altre v.: Cass., 31 gennaio 2011, n. 2146; Cass., 20 gennaio 2003, n. 729; Cass., 17 maggio 2006, n. 11536; Cass., 1 giugno 2004, n. 10537).

L’accertamento circa l’espressione di una reale volontà abdicativa da parte del lavoratore costituisce oggetto del giudizio di merito, censurabile, in sede di legittimità, soltanto in caso di violazione dei criteri dell’ermeneutica contrattuale o in presenza di vizi della motivazione (Cass., 28 agosto 2013, n. 19831).

Per garantire che tale consapevolezza vi sia e che la volontà dismissiva espressa dal lavoratore sia reale, l’ordinamento attribuisce un ruolo particolarmente importante all’organo di conciliazione. La funzione che deve assolvere quest’ultimo è infatti quella di prestare assistenza alle parti nella definizione dell’accordo conciliativo, con la finalità, in particolare, di accertare che la parte debole del rapporto (il lavoratore) abbia individuato esattamente il diritto al quale rinuncia ed il corrispettivo che per questo gli viene attribuito.

L'assistenza resa dall'organo conciliativo costituisce la condizione che consente di superare la presunzione di non libertà del consenso del lavoratore, altrimenti presupposto dalla disciplina che sancisce l'invalidità delle rinunzie e transazioni del lavoratore ai sensi dei primi tre commi dell'art. 2113 c.c. (Cass., 19 agosto 2004, n. 16283; Cass., 18 agosto 2004, n. 16168; Cass., 26 luglio 2002, n. 11107). A pena di invalidità, la conciliazione deve quindi essere stata sottoscritta in presenza dell'organo di conciliazione (Cass., 23 ottobre 2013, n. 24024; Cass., 10 febbraio 2011, n. 3237; Cass., 11 dicembre 1999, n. 13910, in Riv. it. dir. lav., 2000, II, 575, con nota di P. Tullini), il quale deve aver svolto un ruolo attivo di supporto alle parti finalizzato a ripristinare una reale situazione di parità, a tutela del consenso consapevole del lavoratore (Cfr. Cass., 10 febbraio 2011, n. 3237; Cass., 22 maggio 2008, n. 13217; Cass., 3 settembre 2003, n. 12858, in Riv. it. dir. lav., 2004, II, 183, con nt. di I. Senatori; Cass., 3 aprile 2002, n. 4730; Cass., 13 novembre 1997, n. 11248).

Il verbale di conciliazione costituisce immediatamente titolo esecutivo se sottoscritto in sede giudiziale (art. 185, co. 3, c.p.c.), altrimenti, in caso di conciliazione sottoscritta in una delle altre sedi, è dichiarato esecutivo con decreto dal giudice su istanza della parte interessata, accertata la sola regolarità formale dello stesso (art. 411 c.p.c.).

4. Il tentativo facoltativo e il tentativo obbligatorio di conciliazione

L'art. 36, d. lgs. 31.3.1998, n. 80, come poi modificato dall'art. 19, d. lgs. 29.10.1998, n. 387, modificando l'art. 410 c.p.c., istituiva, con il primario scopo di ridurre il contenzioso in materia lavoristica, il c.d. tentativo obbligatorio di conciliazione per ogni domanda relativa ai rapporti previsti dall'art. 409 c.p.c. L'esperienza del tentativo di conciliazione costituiva condizione di procedibilità della domanda in giudizio.

L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione si è però presto rivelata insufficiente a favorire la soluzione conciliativa delle liti e a realizzare lo sperato effetto deflattivo delle controversie. La pratica ha invero presto dimostrato, da un lato, che gli uffici territoriali del Ministero del lavoro non erano in grado di gestire l'elevato numero di domande, e, dall'altro, che gli stessi uffici non erano in grado di assolvere ad una reale e proficua funzione di mediazione per la ricerca di una soluzione conciliativa, anche per il mancato possesso di competenze specifiche da parte dei suoi funzionari.

A fronte del conclamato fallimento del meccanismo della concilia-

zione obbligatoria, l'art. 31, l. 4.11.2010, n. 183 ne ha disposto l'abrogazione, rendendo l'istanza per l'espletamento del tentativo di conciliazione meramente facoltativa per qualunque controversia relativa ai rapporti previsti dall'art. 409 c.p.c.

L'ordinamento però, in tre ipotesi, valorizza lo strumento conciliativo. In tali casi, le parti rimangono libere di intraprendere o meno il tentativo di conciliazione, ma nell'eventualità in cui le parti medesime raggiungano un accordo per la soluzione bonaria della controversia accedono a specifici vantaggi.

Il primo caso è quello previsto dall'art. 6, d. lgs. 4.3.2015, n. 23, il quale individua nelle c.d. sedi protette e nella procedura conciliativa lo strumento tramite il quale il datore di lavoro ha possibilità di offrire al lavoratore, assunto con contratto a tutele crescenti e che sia stato licenziato, un importo quale corrispettivo della rinuncia all'impugnazione dell'atto datoriale di risoluzione del rapporto. Il vantaggio per le parti è rappresentato dal fatto che l'importo oggetto della transazione, la cui accettazione realizza la risoluzione bonaria della controversia sul licenziamento, non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale.

La seconda fattispecie è quella prevista dall'art. 54 d. lgs. 15.6.2015, n. 81, la quale mira incentivare la c.d. stabilizzazione dei lavoratori impiegati con contratti di lavoro autonomo o con contratti di collaborazione coordinata e continuativa. La disposizione citata, infatti, prescrive l'estinzione degli illeciti amministrativi, contributivi e fiscali connessi all'erronea qualificazione del rapporto di lavoro (fatti salvi gli illeciti accertati a seguito di accessi ispettivi effettuati in data antecedente all'assunzione) per le ipotesi in cui il committente assuma il collaboratore con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato della durata di almeno 12 mesi. Costituisce condizione per l'estinzione dell'illecito il fatto che il collaboratore sottoscriva, presso una delle sedi protette, un accordo conciliativo avente ad oggetto la rinuncia definitiva a contestare la qualificazione giuridica del rapporto pregresso, nonché ad intraprendere qualunque altra azione avente ad oggetto diritti connessi alla controversia sulla qualificazione.

La terza ed ultima ipotesi è prevista in materia di ispezioni sul lavoro dall'art. 11 d. lgs. 23.4.2004, n. 124 e persegue una duplice finalità: offrire agli uffici ispettivi uno strumento per gestire più celermente le ispezioni attivate a seguito di denuncia, al fine di focalizzare l'attività sulle ispezioni programmate; favorire la chiusura celere dell'accertamento nelle ipotesi in cui l'ispettore ravvisi le condizioni per una soluzione transattiva della con-

troversia. Nell'ipotesi in cui il datore di lavoro accetti la conciliazione, il versamento dei contributi previdenziali e assicurativi dovuti in relazione al periodo lavorativo riconosciuto dalle parti, nonché il pagamento delle somme dovute al lavoratore, estinguono il procedimento ispettivo ed il verbale di accordo produrrà gli effetti di cui all'art. 2113, co. 4, c.c.

Il principio di facoltatività del tentativo di conciliazione incontra, infine, due eccezioni.

La prima riguarda l'ipotesi in cui un datore di lavoro, avente i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, co. 8, l. n. 300/1970, intenda procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo di un lavoratore assunto prima del 7.3.2015 (cfr. art. 3, co. 3, d. lgs. 4.3.2015, n. 23). L'art. 7, l. 15.7.1966, n. 604 prescrive che i datori di lavoro che posseggano tali requisiti e che intendano procedere al licenziamento di un lavoratore per giustificato motivo oggettivo, debbano previamente avviare una procedura dinanzi alla commissione di conciliazione costituita presso l'ITL del luogo in cui il dipendente presta la sua opera. La procedura disciplinata da quest'ultimo articolo ha come fine primario quello di indurre le parti, tramite la mediazione dell'ITL, a ricercare soluzioni che possano evitare il licenziamento. Essa può però assumere una funzione conciliativa nell'ipotesi in cui non siano reperibili soluzioni alternative al licenziamento; in tal caso la conciliazione mira a far raggiungere alle parti un accordo nel quale il lavoratore acconsenta alla risoluzione del contratto (accettando il licenziamento o concordando una risoluzione consensuale) quale corrispettivo di specifiche concessioni del datore di lavoro. L'eventuale violazione della prescritta procedura non incide sull'efficacia risolutiva del licenziamento, ma configura il diritto del lavoratore al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva, compresa tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto tenuto conto della gravità della violazione formale e procedurale commessa dal datore di lavoro (art. 18, co. 6, l. n. 300/1970).

La seconda ipotesi nella quale la legge sancisce l'obbligatorietà dell'esperimento del tentativo di conciliazione è relativa alla domanda proposta avverso i provvedimenti di certificazione dei contratti resi da una commissione di certificazione. L'art. 80, co. 4, d. lgs. 10.9.2003, n. 276, prescrive infatti l'obbligo di esperire un preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione in capo a chiunque intenda presentare dinanzi all'autorità giudiziaria un ricorso volto a contestare il provvedimento di certificazione del contratto per erronea qualificazione, per difformità fra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione o per vizio del consenso.

In questo caso, l'esperimento del tentativo di conciliazione assume le caratteristiche di condizione di procedibilità della domanda, cosicché il giudice investito dell'eventuale controversia che rilevi la mancata proposizione del tentativo dovrà sospendere il processo e fissare termine alle parti affinché vi provvedano. La commissione competente dinanzi al quale deve essere presentata l'istanza di espletamento del tentativo di conciliazione è la medesima commissione che ha emesso il provvedimento di certificazione contestato.

5. Le sedi c.d. "protette"

Il tentativo facoltativo di conciliazione può essere esperito dinanzi alle commissioni di conciliazione istituite presso gli Ispettorati territoriali del lavoro (artt. 411 s. c.p.c.), in sede sindacale (art. 412 ter c.p.c.) ovvero dinanzi ad una commissione di certificazione (v. infra). Il tentativo di conciliazione è inoltre esperito dal giudice investito della controversia nell'udienza di discussione della causa.

Le sedi presso le quali è possibile sottoscrivere un accordo conciliativo costituiscono dunque un numero chiuso, selezionato dal legislatore in maniera tale che la conciliazione intervenga dinanzi ad un soggetto qualificato che dia garanzie di terzietà ed imparzialità, con lo scopo di assicurare che la volontà del lavoratore di disporre del diritto sia espressa in modo libero e scevra da condizionamenti.

La comunicazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione avanzata in sede stragiudiziale prima dell'avvio del processo, in qualunque sede proposta, interrompe la prescrizione e sospende, per la durata del tentativo di conciliazione e per i venti giorni successivi alla sua conclusione, il decorso di ogni termine di decadenza (art. 410, co. 2, c.p.c.).

5.1. La conciliazione davanti alla commissione di certificazione

Soffermandosi, per quanto rileva in questa sede, sulla funzione conciliativa che può essere chiamata a svolgere la Commissioni di certificazione, va evidenziato che due sono le disposizioni di riferimento.

La prima ipotesi, già considerata (cfr. § 4), è quella prevista dall'art. 80, co. 4, d. lgs. 10.9.2003, n. 276, il quale prescrive l'obbligo di esperire un preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione in capo a chiunque intenda presentare dinanzi all'autorità giudiziaria un ricorso volto a contestare il provvedimento di certificazione del contratto.

Oltre all'ipotesi appena considerata, le commissioni di certificazione possono poi essere investite del compito di espletare il tentativo di conciliazione con riferimento a qualunque altra controversia relativa ai rapporti di cui all'art. 409 c.p.c. L'art. 31, co. 13, l. 4.11.2010, n. 183 ha, infatti, equiparato le commissioni di certificazione alle altre sedi previste nell'ultimo comma dell'art. 2113 c.c., individuando nelle commissioni di certificazione di cui all'art. 76 d. lgs. 10.9.2003, n. 276 la sede presso la quale può essere esperito il tentativo facoltativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c.

Le commissioni di certificazione sono dunque investite della funzione conciliativa prevista dall'art. 410 c.p.c., senza però essere tenute a rispettare la specifica procedura prevista da quest'ultima disposizione. Le commissioni di certificazione potranno invero strutturare il procedimento conciliativo tenendo conto del contesto nel quale è istituita (ad es. presso l'università o un ente bilaterale) e dei soggetti che la compongono.

Qualche dubbio interpretativo pone il coordinamento tra la disposizione da ultimo citata e quella contenuta nell'art. 82, d. lgs. 10.9.2003, n. 276 che attribuisce alle sedi di certificazione la competenza «a certificare le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 c.c. a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse». L'art. 82 appena richiamato pone almeno due questioni: a) non è chiaro se la disposizione si limiti ad identificare nelle commissioni di certificazione una ulteriore "sede protetta"; b) non chiarisce se tale certificazione sia idonea a conferire validità alle rinunzie e transazioni a norma dell'art. 2113, co. 4, c.c.

Per rispondere a tali quesiti si deve rilevare che il citato art. 80 d. lgs. 276/2003 non si limita ad attribuire il ruolo di "sede protetta" alle commissioni di certificazione, come peraltro dimostrato dal fatto che per ottenere tale risultato il legislatore è dovuto intervenire nel 2010 introducendo la previsione, poc'anzi esaminata, che consente l'esperimento del tentativo facoltativo di conciliazione anche in tali sedi. Piuttosto, l'art. 80 citato investe la commissione di certificazione della funzione di certificazione di un atto di rinunzia o di un accordo transattivo che, allora, per poter essere certificato, deve essere conforme alle previsioni di legge che ne garantiscono la validità. Può dunque essere chiesta la certificazione di un atto di rinunzia o di un accordo transattivo ai sensi dell'art. 82 d. lgs. 276/2003 soltanto nel caso in cui l'atto stesso non sia più contestabile per essere decorso il termine di impugnazione previsto dall'art. 2113, co. 3, c.c. ovvero per il fatto che l'atto o l'accordo è stato reso in una delle sedi protette previste dall'ordinamento. Ne consegue, in conclusione, che la certificazione delle rinunzie e transazione ai sensi dell'art. 80 d. lgs. 276/2003 rileva non

per la produzione degli effetti di cui all'art. 2113, co. 4, c.c. (posto che, come dimostrato, per poter essere certificate la rinunzia o la transazione devono essere già valide e dunque idonee a produrre quegli effetti), quanto piuttosto per fare in modo che per tali atti possano valere gli effetti del provvedimento di certificazione: ossia l'opponibilità dell'atto stesso ai terzi come, ad esempio, gli enti previdenziali e l'agenzia delle entrate (cfr. art. 79, d. lgs. 276/2003).

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2016), *La dismissal dei diritti del lavoratore*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, Giuffrè, 142.
- Cavallini C., Arbitrato irrituale, in *Diritto online - Treccani*, 2013
- Cester C. (2008), *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 341.
- Ciucciovino S., (2017). *Rinunzie e transazioni Art. 2113*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca (a cura di), *Diritto del lavoro, La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, vol. I, 1244, Giuffrè, Milano.
- De Luca Tamajo R. (1976), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli.
- Dessi O. (2011), *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2103 c.c.*, Torino.
- Ferraro G. (1991), *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII.
- Fontana G. (2010), *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Torino.
- Lamberti F. (2020), *I limiti dell'autonomia individuale del lavoratore*, Napoli, Jovene.
- Magnani M. (1989), *Disposizione dei diritti*, in *Digesto - Sez. Comm.*, IV, Torino, 51.
- Maresca A. (1985), *Diritti individuali del lavoratore e potere del sindacato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 685.
- Novella M. (2009), *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Milano.
- Occhino A. (2004), *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Torino.
- Pera G. (1990), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Milano.
- Pisani C. (2020), *La conciliazione in sede di certificazione*, in AA.VV., *La composizione extragiudiziale delle controversie individuali e collettive di lavoro*, *Quad. Arg. dir. lav.*, n. 17, 81.
- Tosi P. (1999), *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, in *Arg. dir. lav.*, 615.
- Tullini P. (2008), *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 423.
- Voza R. (2007), *Norma inderogabile e autonomia privata assistita*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 603.

Sezione II

LE COMMISSIONI DI CERTIFICAZIONE UNIVERSITARIE

Capitolo 3

Le Commissioni di certificazione universitarie: natura giuridica, composizione, competenza, regole di funzionamento

Lina Del Vecchio

SOMMARIO

1. Introduzione – 2. La composizione e la natura giuridica delle Commissioni di certificazione universitarie tra convenzione e regime autorizzatorio – 3. La competenza delle Commissioni di certificazioni universitarie: sostegno alla cd “terza missione” degli atenei e mancati problemi di “incompetenza” territoriale – 4. Le regole di funzionamento: rinvio ai regolamenti interni

1. Introduzione

Partendo dall’attuale impianto normativo dell’art. 76 del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 – caratterizzato indubbiamente dalla eterogeneità degli organi di certificazione, quanto ad estrazione e composizione e dalla legittimazione alternativa degli stessi (Speziale, 2004, 280) – la presente indagine ripercorrerà gli aspetti fondamentali della struttura, natura giuridica, competenza territoriale e delle regole di funzionamento delle Commissioni di certificazione universitarie in un’ottica di valorizzazione delle finalità tipiche e del *knowledge transfer* delle Università.

Come è noto il citato art. 76 del d. lgs. n. 276/2003, come arricchito con la l. n. 266 del 23 dicembre 2005¹, elenca tassativamente i soggetti che sono abilitati a svolgere le funzioni di certificazione² (Carinci, 2009, 1272; Garofalo 2003, 430) ovvero: enti bilaterali nell’ambito territoriale di riferimento, ovvero a livello nazionale quando la Commissione di certificazione

¹ Tale norma ha introdotto le lettere c) bis e c) ter nel comma 1 dell’art. 76 del d. lgs. n. 276/2003 includendo nell’elenco degli organi di certificazione il Ministero del lavoro e delle politiche sociali – DG della tutela delle condizioni di lavoro e i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro.

² Per l’esame delle funzioni della certificazione v., retro, la *Sezione I, Significato e funzioni delle Commissioni di certificazioni*.

sia costituita nell'ambito di organismi bilaterali a competenza nazionale³; Direzioni territoriali del lavoro e province⁴; Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro del Ministero del lavoro e delle politiche sociali; Consigli provinciali dell'Ordine dei Consulenti del lavoro⁵ nonché le Università pubbliche e private, comprese le Fondazioni universitarie la cui autorità certificativa è stata auspicata per favorire una maggiore integrazione tra università e mercato del lavoro (Biagi, 2003, 343) e per incrementare momenti di aderenza e di collegamento con operatori economici ed istituzioni extrauniversitarie. Del resto le prime forme di sperimentazione di certificazione, anche se extralegislative, sono nate proprio nelle Università (Tiraboschi, 2005, 520-521).

2. La composizione e la natura giuridica delle Commissioni di certificazione universitarie tra convenzione e regime autorizzatorio

Le Università non beneficiano di un regime di autorizzazione *ope legis* (Ghera, 2006, 550) ma per essere abilitate alla certificazione «sono tenute a registrarsi in un apposito albo istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali con apposito decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministero dell'università e della ricerca» (art. 76 co. 2 d. lgs. n. 276/2003). Le Commissioni di certificazione universitarie sono diventate operative con l'emanazione del decreto interministeriale 14 giugno 2004 che, dando attuazione al citato art. 76 co. 2, ha istituito, presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali l'Albo informatico⁶

³ V. Circ. n. 4 del 2018 e la nota n. 3861 del 2019 dell'INL sul requisito della maggiore rappresentatività comparata, richiesto a pena dell'inefficacia delle certificazioni rilasciate.

⁴ Per le regole sulla costituzione e composizione delle commissioni di certificazione presso le direzioni provinciali del lavoro v., d.m. 21 luglio 2004.

⁵ L'art. 76, comma 3 del d. lgs. n. 276/2003 prevede, inoltre, la possibilità per i soggetti abilitati di costituire, mediante convenzione, una commissione unitaria di certificazione, le cui modalità di costituzione e di funzionamento sono stabilite dalla convenzione stessa nel rispetto delle previsioni di legge.

⁶ Ai sensi dell'art. 1 del citato d.i. «1. Presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali è istituito, ai sensi dell'art. 76 del decreto legislativo del 10 settembre 2003, n. 276, di seguito denominato: «decreto legislativo», l'albo informatico delle commissioni di certificazione istituite presso le università, statali e non statali, legalmente riconosciute e autorizzate al rilascio di titoli aventi valore legale, comprese le fondazioni universitarie. Il predetto albo è affidato alla responsabilità del direttore generale della direzione generale della tutela

delle Commissioni di certificazione universitarie, statali e non statali, legalmente riconosciute e autorizzate al rilascio di titoli aventi valore legale⁷.

Ai fini dell'iscrizione all'Albo⁸, le Università sono tenute a inviare, ogni sei mesi, una relazione sull'attività di certificazione svolta, sulle eventuali modificazioni nella struttura organizzativa, nonché su richiesta della direzione ed entro quindici giorni dall'inizio del semestre di riferimento, ulteriori studi ed elaborati specifici relativi a indici e criteri di qualificazione dei contratti di lavoro ai sensi dell'art. 75 del d. lgs. 276/2003 (ai sensi dell'art. 3, comma 4 d.i. 14 giugno 2004)⁹. Come evidenziato in dottrina (Ghera, 2006, 553) gli studi così elaborati costituiranno un patrimonio di conoscenze da catalogare e diffondere a cura dell'amministrazione centrale nell'intero sistema. In tal modo l'autorevolezza scientifica diventa uno dei caratteri tipici della partecipazione delle Università alla certificazione e testimonia come il contributo scientifico proveniente dalla università dovrebbe costituire un punto di riferimento per la corretta interpretazione

delle condizioni di lavoro del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. 2. L'iscrizione all'albo delle Commissioni di certificazione universitarie è subordinata alla verifica della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 76, commi 1 e 2, del decreto legislativo e del presente decreto»

⁷ Sulla base delle istruzioni operative per l'iscrizione all'Albo delle Commissioni di certificazione istituite presso le università (pubblicate su <<https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/rapporti-di-lavoro-e-relazioni-industriali/focus-on/Disciplina-rapporto-lavoro/Documents/Istruzioni-per-la-compilazione-della-domanda-2.pdf>>) la domanda per l'iscrizione all'Albo deve contenere le seguenti informazioni: 1) documentazione attestante la regolare costituzione della Commissione di certificazione da parte dell'Università; 2) documento analitico dal quale si evince la composizione della Commissione e i requisiti tecnico-professionali dei componenti; 3) una o più convenzioni conto terzi, attivate con docenti di diritto del lavoro di ruolo, ai sensi dell'art. 66 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980 n. 382, nelle quali è necessario indicare il soggetto contraente e dettagliarne i contenuti specifici. Le convenzioni in conto terzi devono essere stipulate dall'Università con uno o più soggetti privati o pubblici, che hanno contratti o quesiti giuridici ex art. 81 del d. lgs. n. 276/2003, da sottoporre alla Commissione.

⁸ L'elenco delle Università pubbliche e private, comprese le Fondazioni universitarie, registrate nell'apposito Albo, istituito con Decreto interministeriale del 14 giugno 2004, presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali è contenuta è presente su <<https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/rapporti-di-lavoro-e-relazioni-industriali/focus-on/disciplina-rapporto-lavoro/pagine/commissioni-di-certificazione-dei-contratti-di-lavoro>>.

⁹ Tra l'altro solo per le Commissioni di certificazione universitarie è stata prevista la cancellazione dall'albo in caso di esito negativo della verifica sui requisiti tecnico-professionali dei componenti.

degli orientamenti giurisprudenziali e per la formazione di indici unitari.

L'art. 76, comma 1, lett c) del d. lgs. n. 276/2003 prevede, inoltre, che le Università pubbliche e private, comprese le Fondazioni, possano svolgere funzioni certificatorie «esclusivamente nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro di ruolo¹⁰ ai sensi dell'articolo 66 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382». In particolare l'art. 66 del d.p.r. n. 382/1980 stabilisce che «le Università, purché non vi osti lo svolgimento della loro funzione scientifica didattica, possono eseguire attività di ricerca e consulenza stabilite mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati»¹¹.

¹⁰ Si deve anche sottolineare che solo le Università con docenti di ruolo di diritto del lavoro possono essere abilitate a svolgere l'attività di certificazione e che l'iscrizione all'Albo può essere richiesta solo dopo aver verificato la disponibilità dei propri docenti a svolgere l'attività di certificazione. Con risposta ad interpello n. 5/2012 il Ministero del lavoro ha chiarito che la normativa vigente «pur privilegiando la categoria dei docenti di ruolo a tempo pieno, come membri di organismi anche di certificazione non esclude tuttavia espressamente la possibilità anche per i docenti a tempo definito di far parte degli stessi». Inoltre la Nota del Ministero del lavoro n. 37/0013268 del 22 luglio 2013 ha specificato che per l'iscrizione e l'operatività delle commissioni appare necessaria la presenza di almeno un docente di ruolo a tempo pieno che possa assumere la funzione di presidente della commissione. Il Ministero del lavoro con risposta ad interpello n. 33/2012 ha precisato che al fine di non precludere la costituzione delle Commissioni di certificazione laddove nell'organico universitario non siano presenti docenti a tempo pieno in materia di diritto del lavoro risulta comunque possibile la composizione della commissione totalmente con docenti di diritto del lavoro collocati in regime di impegno a tempo definito.

¹¹ Inoltre l'art. 66 d.p.r. n. 382/1980 prevede che «L'esecuzione di tali contratti e convenzioni sarà affidata, di norma, ai dipartimenti o, qualora questi non siano costituiti, agli istituti o alle cliniche universitarie o a singoli docenti a tempo pieno. I proventi delle prestazioni dei contratti e convenzioni di cui al comma precedente sono ripartiti secondo un regolamento approvato dal consiglio di amministrazione dell'Università, sulla base di uno schema predisposto, su proposta del Consiglio universitario nazionale, dal Ministro della pubblica istruzione. Il personale docente e non docente che collabora a tali prestazioni può essere ricompensato fino a una somma annua totale non superiore al 30% della retribuzione complessiva. In ogni caso la somma così erogata al personale non può superare il 50 per cento dei proventi globali delle prestazioni. Il regolamento di cui al secondo comma determina la somma da destinare per spese di carattere generale sostenute dall'Università e i criteri per l'assegnazione al personale della somma di cui al terzo comma. Gli introiti rimanenti sono destinati ad acquisto di materiale didattico e scientifico e a spese di funzionamento dei dipartimenti, istituti o cliniche che hanno eseguito i contratti e le convenzioni. Dai proventi globali derivanti dalle singole prestazioni e da ripartire con le

Pertanto l'attività della Commissione sarà svolta sulla base di "convenzioni" per l'esecuzione di "attività in conto terzi"¹² (rese dalle Università dietro compenso a beneficio di soggetti terzi, pubblici o privati) stipulate con i soggetti interessati ai sensi del citato art. 66 del d.p.r. n. 382/1980 (Merloni, 1990) in conformità ai regolamenti di Ateneo. In questo senso, tra l'altro, l'art. 4 co. 5 della l. n. 370 del 1999, recante disposizioni in materia di Università e di ricerca scientifica e tecnologica, ha riconosciuto agli Atenei la possibilità di disapplicare le regole in materia di conto terzi contenute nell'art. 66 del d.p.r. n. 382/1980, predisponendo una propria disciplina speciale.

Le regole adottate dai singoli atenei, da un lato, sottolineano la necessità che le attività principali di docenti e ricercatori non subiscano pregiudizio dallo svolgimento dell'attività in conto terzi¹³ e, dall'altro, richiamano le prescrizioni dell'art. 53 del d. lgs. n. 165 del 2001 (Morzenti Pellegrini, 2016, 431) in base al quale i dipendenti pubblici con rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato possano svolgere incarichi retribuiti conferiti

modalità di cui al precedente secondo comma vanno in ogni caso previamente detratte le spese sostenute dall'Università per l'espletamento delle prestazioni medesime. I proventi derivati dall'attività di cui al comma precedente costituiscono entrate del bilancio dell'Università». La materia di cui al presente articolo è ora rimessa all'autonoma determinazione degli atenei, che possono disapplicare le norme ivi contenute alla data di entrata in vigore di specifiche disposizioni da esse emanate (articolo 4 del d. lgs. 19 ottobre 1999, n. 370).

¹² Sul punto v. il contributo in questo volume di M. Giaconi, *L'attività delle Commissioni di certificazione universitarie nel quadro della regolamentazione dell'attività "in conto terzi" delle Università*.

¹³ V., ad esempio, Regolamento delle prestazioni conto terzi approvato con DR 03 ottobre 2023 dall'Università di Bologna in <https://normateneo.unibo.it/regolamento-delle-prestazioni-conto-terzo-e-del-compenso-aggiuntivo> Regolamento della attività esaguite nell'ambito di contratto e convenzione per conto terzi approvato con DR del 28 dicembre 2015 presso l'Università degli studi di Roma La Sapienza in <https://www.uniroma1.it/it/pagina/contratti-conto-terzi>>. Tra l'altro il docente di ruolo di diritto del lavoro, attraverso la convenzione, può avvalersi di altre professionalità quali ricercatori, docenti a contratto, giudici o avvocati specializzati in materia di diritto del lavoro. Particolare attenzione quindi dovrà essere posta al tema delle incompatibilità in quanto i membri della Commissione (e delle eventuali e possibili sottocommissioni e/o commissioni istruttorie) si devono astenere dal partecipare alle attività della Commissione e/o sottocommissioni relative a pratiche che possano coinvolgere interessi propri, ovvero: di loro parenti entro il quarto grado o conviventi; di persone fisiche o giuridiche con le quali essi intrattengano direttamente rapporti commerciali, di prestazione d'opera professionale o di lavoro subordinato o autonomo ecc.

da altri soggetti, pubblici o privati, solo se autorizzati preventivamente dall'amministrazione di appartenenza¹⁴; ai sensi del co. 7 dell'art. 53 citato «ai fini dell'autorizzazione, l'amministrazione verifica l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi». Inoltre l'attività non autorizzata determina a carico del dipendente sia l'emersione di una responsabilità disciplinare che conseguenze di tipo economico poiché il compenso per le prestazioni eventualmente svolte dovrà essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente¹⁵. Va tuttavia ricordato che per quanto riguarda i ricercatori e professori universitari vige la specifica disciplina sullo svolgimento di incarichi esterni a seconda del regime di tempo pieno o tempo parziale, prevista dalla l. n. 240 del 2010 (art. 6, comma 10).

La disciplina qui brevemente richiamata¹⁶ consente di approfondire ulteriori passaggi utili alla comprensione dell'inquadramento delle prestazioni rese dalla Commissione di certificazione universitaria e della natura giuridica della stessa.

In particolare il corretto inquadramento delle prestazioni rese dall'organo certificatore nell'ambito della convenzione e, quindi, dello schema negoziale del conto terzi, permette di considerare l'attività di certificazione come riconducibile all'attività "propria" delle Università, sebbene si tratti di una attività molto speciale che in realtà promana da un organismo, la Commissione, dotato di una propria soggettività, in considerazione delle qualità soggettive dei suoi componenti, attestata dall'autorizzazione rilasciata dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali con l'iscrizione nell'apposito Albo informatico delle Commissioni universitarie di certificazione. Sulla Commissione di certificazione quindi vigila il Ministero del lavoro. Cosa da mettere ben in risalto è che, benché prestata attraverso lo schema del conto terzi, in realtà l'attività della Commissione di certificazione risponde a interessi diversi da quelli tipicamente svolti dalle Università e sot-

¹⁴ V. Regolamento in materia di svolgimento di incarichi e attività per conto di soggetti esterni da parte di professori e ricercatori approvato con DR del 26 ottobre 2023 in <intranet.unige.it/personale/autorizzazione-allo-svolgimento-di-incarichi-extra-istituzionali-da-parte-dei-docenti>.

¹⁵ Cass. 15 febbraio 2022 n. 4871, FA, 2022, 7, II, 916.

¹⁶ Per il cui approfondimento, anche dal punto di vista dei compensi per le attività conto terzi, si v. il contributo in questo volume di M. Giacconi, *L'attività delle Commissioni di certificazione universitarie nel quadro della regolamentazione dell'attività "in conto terzi" delle Università*.

toposti alla propria speciale disciplina prevista dal d. lgs. n. 276 del 2003. Il rapporto tra la Commissione e la persona fisica o giuridica (contraente esterno) saranno anch'esse oggetto di una "convenzione quadro" ovvero di un contratto di diritto privato (ex artt. 1341 e 1342 c.c.) in cui verranno specificati l'oggetto delle prestazioni, la durata, i corrispettivi e verranno altresì richiamate non solo le procedure di certificazione ex art. 75 e ss. del d. lgs. n. 276/2003 ma anche il rispetto dell'art. 66 del d.p.r. n. 382/1980.

Va poi ricordato l'orientamento delineato dal Consiglio di Stato il quale ha sottolineato come le attività conto terzi regolate dall'art. 66 del d.p.r. n. 382/1980 siano catalizzate nel contesto delle «finalità di pubblico interesse perseguite dalle Università»¹⁷. Inoltre gli "utili" generati dalle attività conto terzi possono essere «imputati ai capitoli di gestione inerenti le finalità istituzionali di didattica e ricerca e, successivamente destinati al finanziamento di borse di studio o di ricerca, assegni di ricerca, borse di dottorato, conformemente a quanto disposto dal Senato accademico»¹⁸. Ciò giova indubbiamente al procacciamento di risorse economiche da destinare a ricerca ed insegnamento.

Quanto detto consente di chiarire l'ulteriore profilo attinente alla natura giuridica della Commissioni di certificazione universitarie. Da un punto di vista strettamente formale, gli enti richiamati dall'art. 76 del d. lgs. n. 276/2003 presentano una "natura composita" nella misura in cui si menzionano organi pubblici come le Università ovvero privati come le Fondazioni Universitarie. Ma per comprendere meglio la questione è opportuno rivolgere l'attenzione non solo a questo dato formale ma più specificatamente alle "attività" che questi organi esercitano. Ciò in quanto anche soggetti che formalmente sono privati, possono svolgere attività a connotazione pubblicistica (Capotorto, 2019, 631; Della Scala, 2010, 340) e questo ha come conseguenza che siano assoggettati alle regole pubbliche (Cingano, 2010). A tal fine l'art. 1, comma 1 bis della legge n. 241 del 1990¹⁹ lega la ricorrenza delle norme di diritto privato (salva diversa disposizione di legge) all'adozione da parte della pubblica amministrazione di atti di natura non autoritativa.

Pertanto il discrimine deve essere individuato nello svolgimento o

¹⁷ Cons. Stato 10 settembre 2010 n. 6548, *Publica*, 2010.

¹⁸ Cons Stato 21 novembre 2014 n. 5767, *FA*, 2014, II, 2798.

¹⁹ In base al quale «1-bis. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente».

meno di funzioni che rispondano ad uno schema di tipo autoritativo (Barberio, 2023, 92). Ne consegue che tutte le volte in cui c'è esercizio di un potere provvedimentale può ricavarsi la natura pubblica dell'ente, anche rispetto al singolo atto adottato. Ciò significa che un ente privato (come può essere una Università privata) rispetto alla certificazione svolge un'attività di carattere pubblicistico²⁰.

Tale *reductio ad unitatem* in tema di natura degli organi certificatori universitari non tiene però in debito conto le diverse funzioni che la Commissione di certificazione svolge. Infatti se la Commissione assume le vesti di conciliatore o svolge attività di assistenza e consulenza alle parti svolge un'attività (anche quando è esercitata da una Università pubblica) che non ha natura provvedimentale autoritativa. Ne consegue che tra l'organismo e le parti istanti si instaura un rapporto contrattuale, inquadrabile nei termini del contratto misto (Barberio, 2023, 92) in cui sono presenti elementi del contratto di appalto di servizi e del contratto d'opera intellettuale, con la relativa nascita di una responsabilità contrattuale.

Diversamente nel caso di funzione qualificatoria (funzione principale e tipica della certificazione (Magnani, 2008, 561), la Commissione di certificazione universitaria all'esito del procedimento emana un atto di natura autoritativa (Ghera, 2004, 102); la Commissione svolge quindi un'attività a connotazione pubblicistica, pertanto l'istanza presentata dalle parti non creerebbe un rapporto di tipo contrattuale avente ad oggetto l'erogazione di un servizio verso un corrispettivo; conseguentemente eventuali profili di responsabilità devono inquadrarsi nella responsabilità della pubblica amministrazione. La dottrina, inoltre, ritiene applicabile all'ipotesi della certificazione, l'art. 2236²¹ del codice civile per cui il libero professionista è esonerato ove causi un danno con colpa lieve nell'ambito di un incarico di particolare complessità.

²⁰ Ai sensi dell'art. 1 co 1 ter della l. n. 241/1990 i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla l. n. 241/90 e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla l. n. 241/1990.

²¹ In base al quale «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave».

3. La competenza delle Commissioni di certificazioni universitarie: sostegno alla cd “terza missione” degli atenei e mancati problemi di “incompetenza” territoriale

Le Commissioni di certificazione universitarie a differenza delle altre Commissioni di certificazione non incontrano limiti di competenza territoriale in relazione al luogo di effettiva esecuzione del rapporto di lavoro (artt. 76 e 77 d. lgs. n. 276/2003). Le sedi universitarie hanno, dunque, una competenza territoriale nazionale. Come evidenziato in dottrina per le Università non viene posto alcun limite in relazione al luogo in cui effettuare la certificazione probabilmente perché, in considerazione del carattere tecnico-specialistico dell'attività degli Atenei, si vuole consentire alle parti di rivolgersi alla struttura universitaria che si ritiene più idonea e/o più prestigiosa e autorevole (Speziale, 2003, 168). La dottrina ha rilevato infatti che «l'imposizione di una competenza territoriale sarebbe stata di difficile comprensione, atteso che le università, a differenza degli altri certifiers, non mostrano attinenti legami con specifiche aree territoriali» (Barberio, 2023, 90).

Diversamente nel caso in cui le parti intendano presentare l'istanza di avvio della procedura di certificazione presso le Commissioni istituite in seno alle Direzioni provinciali del lavoro le parti stesse dovranno rivolgersi alla Commissione nella cui circoscrizione si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale sarà addetto il lavoratore. Nel caso in cui le parti intendano presentare l'istanza di avvio della procedura di certificazione alle Commissioni istituite ad iniziativa degli enti bilaterali, esse dovranno rivolgersi alle commissioni costituite dalle rispettive associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro. Inoltre la Commissione presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali-Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro, ai sensi dell'art. 76, co 1, lett c-bis) è competente a certificare i contratti di lavoro predisposti da datori di lavoro che abbiano le loro sedi in almeno due province, anche di regioni diverse, ovvero dai datori di lavoro con unica sede, associati ad organizzazioni imprenditoriali che abbiano predisposto a livello nazionale schemi di convenzioni certificati dalla stessa Commissione. Infine i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro hanno una competenza limitata ai contratti di lavoro instaurati nell'ambito territoriale di riferimento, ferma restando la possibilità di istituire Commissioni unitarie con bacino territoriale ampio (Pizzoferrato, 2003, 100).

Quanto evidenziato alimenta la propensione delle Commissioni di certificazione universitarie ad intrecciare relazioni con il tessuto produttivo territoriale e nazionale in un'ottica di sviluppo della cd “terza missione degli

atenei”²². Inoltre la competenza territoriale nazionale degli organi di certificazione universitari mette al riparo da problemi di natura sostanziale e processuale, ad esempio connessi al valore sospensivo dei termini di decadenza che potrebbe non essere riconosciuto nel caso di conciliazione presso una commissione di certificazione “incompetente” territorialmente (Barberio, 2023, 90).

4. Le regole di funzionamento: rinvio ai regolamenti interni

Le differenze di composizione tra le diverse Commissioni di certificazione delineate dal d. lgs. n. 276/2003 non sono state livellate dagli interventi legislativi seguenti poiché le indicazioni sul funzionamento delle Commissioni di certificazione sono state impartite con la circolare del Ministero del lavoro 15 dicembre 2004 ma soltanto per quanto attiene a quelle istituite presso le Direzione provinciale del lavoro (oggi Ispettorato territoriale del lavoro) e presso le Province.

Da ciò ne deriva che il funzionamento delle Commissioni di certificazione oggetto della presente analisi, è attualmente affidato al regolamento interno di ciascun organo. Questa circostanza è stata, peraltro, criticata da chi ha sostenuto che la scelta tra le diverse Commissioni di certificazione (anche universitarie) potrebbe essere basata puramente su fattori locali e contingenti, ispirandosi ad un principio di libero mercato (Centofanti, 2011, 24-25).

In realtà questo paventato “regime di concorrenza” è smentito dall’esame dei vari regolamenti interni delle Commissioni di certificazione universitarie che sembrano muoversi attorno a tre costanti comuni.

La prima direttrice comune riguarda il procedimento di certificazione che, sebbene soggetto alle regole dettate autonomamente da ciascun *certifier* universitario non può prescindere dai principi che ispirano l’attività provvedimento amministrativa. Pertanto i regolamenti richiameranno le *funzioni* che le legge attribuisce alle Commissioni di certificazione²³. La seconda

²² Sul tema di rinvia al contributo in questo volume di M. Giaconi, *L’attività delle Commissioni di certificazione universitarie nel quadro della regolamentazione dell’attività “in conto terzi” delle Università*.

²³ 1) La certificazione di tutti i contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro, ivi inclusi a titolo esemplificativo: contratti di lavoro, di somministrazione, di appalto, ecc. e la certificazione dell’assenza dei requisiti di cui all’art. 2, comma

direttrice comune riguarda la regolamentazione della costituzione e composizione della Commissione in conformità con l'art. 76, comma 1 lett. c) del d. lgs.n. 276/2003. La terza direttrice comune dei regolamenti interni delle Commissioni di certificazioni universitarie è quella attinente in primo luogo al richiamo (sempre ai sensi dell'art. 76 co. 1 lett c) d. lgs. n. 276/2003) allo svolgimento delle attività della Commissione sulla base di convenzioni per l'esecuzione di attività conto terzi stipulate con i soggetti interessati ai sensi dell'art. 66 del d.p.r. n. 382/1980 con affidamento della

1, d. lgs n. 81/2015 per i rapporti di collaborazione; 2) La certificazione di singole clausole dei contratti di lavoro, tra cui le clausole di tipizzazione delle causali giustificatrici del licenziamento, ivi incluse quelle di giusta causa e di giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento di cui all'art. 30, comma 3, l. 4 novembre 2010, n. 183 e la clausola compromissoria di cui all'art. 31, comma 10, l. 4 novembre 2010, n. 183; 3) La certificazione del regolamento interno delle cooperative con riferimento alla tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori ai sensi dell'art. 6, l. 3 aprile 2001, n. 142; 4) La certificazione degli appalti, dei subappalti e delle tipologie di lavoro flessibile, per le attività da eseguirsi in ambienti confinati o sospetti di inquinamento ai sensi del d.p.r. n. 177/2011; 5) La certificazione delle rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 cod. civ. a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti; 6) La funzione conciliativa facoltativa di cui al combinato disposto dell'art. 31, comma 13, l. 4 novembre 2010, n. 183 e dell'art. 410 c.p.c. per le controversie relative ai rapporti di cui all'art. 409 cod. proc. civ.; 7) La funzione conciliativa obbligatoria di cui all'art. 410 cod. proc. civ. per le controversie aventi ad oggetto i contratti certificati dalla medesima Commissione, ai sensi dell'art. 80, comma quarto, d. lgs n. 276/2003; 8) La soluzione arbitrale delle controversie relative ai rapporti di cui all'art. 409 cod. proc. civ. e all'art. 63, comma primo, d. lgs 30 marzo 2001 n. 165; 9) Assistenza e consulenza, in relazione sia alla stipulazione del contratto e del relativo programma negoziale, sia alle modifiche del programma negoziale concordate in sede di attuazione del rapporto, ai sensi degli artt. 79 e 81, d. lgs n. 276/2003; 10) Assistenza e consulenza in relazione alle attività di asseverazione da parte degli enti bilaterali, ai sensi dell'art. 51, comma 3 bis, d. lgs 9 aprile 2008 n. 81, dell'adozione e della efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza; 11) La funzione conciliativa di cui all'art. 6, d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23 relativa alla offerta di conciliazione in caso di licenziamento dei lavoratori; 12) Assistenza nella stipulazione di accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, ai sensi dell'art. 2103, comma 6, cod. civ., come modificato dall'art. 3, d. lgs. 24 giugno 2015, n. 81; 13) Assistenza nella stipulazione di clausole elastiche nel contratto di lavoro a tempo parziale ai sensi dell'art. 6, comma 6, d. lgs. 24 giugno 2015, n. 81; 14) Assistenza nelle dimissioni e risoluzioni consensuali dei rapporti di lavoro ai sensi dell'art. 26, d. lgs 14 settembre 2015, n. 151; 15) Ogni altra attività di competenza delle Commissioni di certificazione prevista dalla legge.

responsabilità scientifica al Presidente della Commissione, in conformità ai regolamenti di Ateneo; ed in secondo luogo al richiamo al regime di incompatibilità dei membri della Commissione.

A queste direttrici comuni si devono aggiungere alcune caratteristiche dei regolamenti interni delle Commissioni universitarie che permettono di evidenziare maggiormente il “raccordo” con l’assolvimento delle più generali missioni universitarie. Tale raccordo si evince, ad esempio, nel momento in cui il regolamento pone l’accento non solo alla creazione all’interno della Commissione del Consiglio direttivo, quale organo che promuove e coordina le attività della Commissione, ma soprattutto del “Consiglio scientifico” che può effettuare un supporto culturale e scientifico alla Commissione per la programmazione di iniziative formative e di approfondimento nonché di pubblicazioni promosse dalla Commissione stessa (incentivando, in tal modo, l’attività di consulenza scientifica affidata alle Commissioni universitarie). Inoltre è corretto valorizzare il passaggio di quei regolamenti che specificano che le convenzioni ai sensi dell’art. 66 d.p.r. n. 382/1908 possono consistere anche in “Convenzioni quadro” (stipulate con datori di lavoro, professionisti, enti, gruppi, o loro associazioni, organizzazioni dei lavoratori o dei datori di lavoro, enti bilaterali) le quali possono prevedere il finanziamento della ricerca scientifica sotto forma di borse di studio, di ricerca, assegni di ricerca o borse di dottorato ovvero il finanziamento di posti di ruolo nella materia del diritto del lavoro. In tal modo si alimenta un proficuo assolvimento della didattica e della ricerca universitaria.

Infine sempre ragionando in termini di missioni universitarie si deve sottolineare l’importanza che i regolamenti interni possono e devono porre all’“assistenza delle parti” soprattutto per quanto riguarda gli accordi individuali di modifica delle mansioni, di categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione ai sensi dell’art. 2103 c.c. comma 6 nonché le clausole elastiche inserite in contratti di lavoro a tempo parziale ai sensi dell’art. 6, comma 6 del d. lgs. n. 81 del 2015. Questo ambito, infatti, rappresenta indubbiamente un terreno di coltura propizio alla creazione di momenti di contatto con le dinamiche aziendali e di scambio di conoscenze tra le imprese, le istituzioni e gli enti pubblici (cd. stakeholders). In questo modo le attività delle Commissioni di certificazione universitarie sostengono non solo le due principali funzioni dell’Università (cioè ricerca scientifica e formazione) ma anche la cd “Terza Missione” diffondendo la cultura, le conoscenze e il trasferimento dei risultati della ricerca al di fuori del contesto accademico, contribuendo alla crescita sociale e all’indirizzo culturale del territorio.

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2014), *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, a cura di S. Ciucciovino, Torino, Giappichelli.
- Barberio M. (2023), *La certificazione dei contratti di lavoro tra autoregolazione e certezza del diritto*, Torino, Giappichelli, 2023, 24.
- Bellocchi P. (2022), *Le procedure di certificazione*, in *Il lavoro privato* a cura di Amoroso G., Di Cerbo V., Maresca A., Milano, Giuffrè, 1203.
- Biagi M. (2003), *Università e orientamento al lavoro nel dopo riforma: verso la piena occupabilità?* in Montuschi, L. Tiraboschi, M. Treu .T. (a cura di) *Marco Biagi: un giurista progettuale*, Giuffrè Milano.
- Brino V. (2006), *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in *LD*, 2-3, 388 ss.
- Capotorto D. (2019), *Poste italiane organismo di diritto pubblico? Il conflitto interpretativo torna a Lussemburgo*, GDA, 631.
- Carinci M.T. (2009), *Le funzioni della certificazione*, in *DPL*, n. 22, 1268.
- Carinci M.T. (2012), *Clausole generali e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. n. 183/2010*, in *La riforma del mercato del lavoro, Commento alla legge 4 novembre 2010 n. 183, 2010*, Nogler L., Marinelli M., a cura di, Milano, Giuffrè, 216 ss.
- Centofanti S. (2011), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in Cinelli M., Ferraro G. (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010, n. 183*, Giappichelli, Torino.
- Cingano V. (2010), *La nozione di atto amministrativo*, in Vipiana P.M., Cingano V., *L'atto amministrativo*, Padova, Cedam.
- Ciucciovino, S. (2014a), *Certificazione dei contratti di lavoro*, in Santoro-Passarelli, G., a cura di, *Trattato di Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, Milano, Utet.
- Ciucciovino, S. (2014b), *La certificazione dei contratti di lavoro come mezzo di produzione di certezze nel mercato del lavoro*, in *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, Ciucciovino, S., a cura di, Torino, Giappichelli.
- De Angelis L. (2004), *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, I, 2004, 234 ss.
- Del Frate M. (2021), *Lavoro digitale e certificazione dei contratti: l'iniziativa regolativa della Commissione europea*, in *DRI*, 4, 1217.
- Della Scala M.G. (2010), voce *Organismo di diritto pubblico*, DP, Torino, Giappichelli, 2010, 340 ss.
- Faleri C. (2007), *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Milano,

Giuffrè.

- Garofalo M.G. (2003), *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Lavori e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Curzio P., a cura di, Bari, Cacucci, 2003, 426 ss.
- Garofalo M. G. (2006), *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, Cacucci.
- Gentili A. (2005), *La certificazione dei rapporti di lavoro: tra verità e accordo*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, Cedam, 2005, 803 ss.
- Ghera E. (2002), *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *DPL*, 533.
- Ghera E. (2006), *L'Università e la certificazione dei contratti di lavoro*, in *Scuola, Università e mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi, Le politiche per la transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro*, a cura di Reggiani Gelmini P., Tiraboschi M., Milano, Giuffrè, 547.
- Ghera E. (2008), *Certificazione dei contratti e giurisdizione*, in *Aa.Vv., Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo dell'Olio*, II, Torino, Giappichelli, 650 ss.
- Magnani M. (2006), *La certificazione dei contratti di lavoro e le competenze delle sedi universitarie* in *Scuola, Università e mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi, Le politiche per la transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro*, a cura di Reggiani Gelmini P., Tiraboschi M., Milano, Giuffrè.
- Magrini S., *La certificazione dei contratti di lavoro ed il ruolo delle Università* in *Scuola, Università e mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi, Le politiche per la transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro*, a cura di Reggiani Gelmini P., Tiraboschi M., Milano, Giuffrè, 569.
- Marazza M., *Effetti ed ambito di applicazione più ampi per la certificazione dei contratti*, *Il sole 24ore Società e Diritto*, 11, 2010, 27.
- Merloni F. (1990), *Autonomia e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, Giuffrè.
- Messineo D. (2008), *La certificazione dei contratti nel d. lgs. n. 276/2003. Aspetti procedurali e modalità applicative*, *Apadt*.
- Morzenti Pellegrini R. (2016), *Il regime di incompatibilità dei docenti universitari a tempo pieno*, in *LPA*, 431.
- Nogler L. (2004), *Statuto dei lavori e certificazione*, *DRI*, 2, 235 ss.
- Nogler, L. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *GDLRI*, 2004, 2, 203 ss.
- Novella, M. (2014), *Certificazione in materia di lavoro e tutela giurisdizionale*, in *LD*, 2014, 2-3, 347 ss.
- Pasquini F. (2006), *Università e certificazione dei contratti: l'esperienza del Centro*

- Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi » dell'Università di Modena e Reggio Emilia in Scuola, Università e mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi, Le politiche per la transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro*, a cura di Reggiani Gelmini P., Tiraboschi M., Milano, Giuffrè, 575.
- Pizzoferrato A. (2003), *Giustizia privata del lavoro (conciliazione e arbitrato)*, in *Tratt. Dir. Comm. e dir. Pubbl. ec.*, Padova, Cedam, 2003, 100 ss.
- Schiavone R. (2006), *La certificazione dei rapporti di lavoro*, reperibile all'indirizzo <www.laprevenienza.it/allegati/certificazione_dei_rapporti_di_lavoro.pdf>.
- Speziale V. (2004), *Commento agli artt. 75-84*, in Carinci F. (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, IV, Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, vol. IV, Milano, Ipsoa.
- Tiraboschi M. (2004), *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, in *La riforma del mercato del lavoro*, Milano, Giuffrè, 237 ss.
- Tiraboschi M. (2005), *L'istituto della certificazione tra decreto ministeriale e circolari interpretative*, in *DRI*, 2005, n. 2, 520-521.
- Tremolada M. (2007), *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, in *RIDL*, 3, 307 ss.
- Tursi A. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 19*.
- Zoppoli, L. (2010), *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liasons dangereuses*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 102*.

Capitolo 4

L'attività delle Commissioni di certificazione universitarie nel quadro della regolamentazione dell'attività "in conto terzi" delle Università

Marta Giaconi

SOMMARIO

1. La trasformazione delle missioni universitarie – 1.1. Introduzione – 1.2. Il contenuto della Terza Missione – 2. Le attività in conto terzi: paradigma generale e regolamentazione speciale – 2.1. La disciplina nazionale delle attività in conto terzi – 2.2. I Regolamenti di Ateneo – 3. Le Commissioni di certificazione di matrice universitaria – 4. Conclusioni

1. La trasformazione delle missioni universitarie

1.1. Introduzione

Sulla scia di quanto avvenuto in altri Paesi europei ed extra europei, in particolare l'ultimo decennio si è caratterizzato per l'assegnazione alle Università italiane di una missione ulteriore rispetto alle tradizionali attività di didattica e ricerca (rispettivamente *knowledge transmission* e *knowledge creation*): il c.d. *knowledge transfer* (Scanlan, 2018, 235), noto come Terza Missione. Di quest'ultima non esiste un'unica definizione, trattandosi, piuttosto, di un contenitore dai confini mobili, colmato da attività eterogenee che implicano l'instaurazione di un contatto tra l'Università le imprese, le istituzioni e gli enti pubblici. Va detto, tuttavia, che è l'ambizione di creare legami con il mondo imprenditoriale ad aver acceso il dibattito e sollecitato plauso e critiche (Vischi, 2018, 1; Coniglione, 2012, 1; Novelli, Talamo, 2014, 2739)¹.

¹ Ove i Rettori così si esprimono «l'Università deve anche diventare un partner vero del mondo economico e delle aziende, essere riconosciuta nelle sue potenzialità, deve poter esprimere le proprie competenze oltre il proprio "fossato", deve essere capace di diventare soggetto ricercato per collaborazioni scientifiche e professionali (e non organismo alla ricerca affannosa e spesso vana di quattrini)».

Pur nella consapevolezza che la funzione delle Università debba essere arricchita e che le distanze con le altre realtà pubbliche e private debbano essere accorciate, non può negarsi l'esistenza di opinioni che hanno ravvisato spazi d'ombra nella contaminazione delle missioni universitarie, percependo come forte il rischio di un tradimento dell'interesse pubblico. Si è, tuttavia, dell'idea che lo stesso possa essere preservato, e anche valorizzato, dalla creazione di scambi virtuosi tra pubblico e privato. Così come in altri settori dell'amministrazione la creazione di partenariati di carattere negoziale, occasionali o duraturi, con operatori economici ed istituzioni è potenzialmente benefica per l'Università stessa, quindi per docenti, ricercatori, dottorandi e studenti, e va pertanto coltivata. Ci si riferisce non solo all'accesso a finanziamenti, profilo rilevante se si considera che «l'attenzione verso la Terza Missione degli Atenei si sviluppa in una fase di risorse calanti per gli Atenei italiani e di una conseguente maggiore spinta alla ricerca di risorse esterne» (Palumbo, 2019, 39), ma anche all'acquisizione di dati ed informazioni in grado di stimolare la ricerca scientifica ed orientarla verso soluzioni capaci di incidere sulla società migliorandola, modernizzare l'offerta formativa, alimentare le occasioni di tirocinio e occupazione per studenti, laureandi e dottorandi, ferma la cura delle due prime missioni. D'altro canto, in un contesto globale connotato da rapide trasformazioni, soprattutto nei settori scientifici, la possibilità per le aziende di intrattenere rapporti con le Università e quindi di attingere a risorse altamente formate offre una preziosa opportunità per incrementare le proprie competenze e la competitività.

1.2. Il contenuto della Terza Missione

Come si è detto, tuttavia, di terza missione non esiste un'unica definizione ma sono molteplici gli sforzi profusi per chiarirne il significato sino a riscoprirne le origini financo nella tradizionale propensione dell'Università ad intrecciare relazioni con il territorio (Binotto, Nobile, 2018,1; Anvur, 2018)². L'ampia letteratura formatasi in materia tende ad ascrivere alla categoria della c.d. terza missione in primis le attività di «innovazione e tra-

² Contrariamente a quanti invece sottolineano il vero e proprio avvicendamento tra modelli di università differenti. Secondo tali ricostruzioni sino all'inizio del XXI secolo l'Università rappresentava un ambiente lontano ed impermeabile alle dinamiche sociali ed economiche mentre proprio la nascita della consapevolezza dell'esistenza di una terza missione avrebbe più recentemente reso Università e società tra loro permeabili. Sul tema v. il Rapporto Anvur 2018.

sferimento tecnologico»³ (Martino, 2018, 1) connotate da profondi legami con il mercato e l'imprenditoria. In secondo luogo, ed in Italia più timidamente, confluiscono nella stessa missione le iniziative animate da un afflato socioculturale, strumentali al soddisfacimento di interessi della collettività quali formazione (Scarpelli, 2021, 131) divulgazione scientifica, orientamento, gestione di beni culturali. Attività sintetizzate nel c.d. public engagement (Privitera, 2019, 169; NCCPE, 2009; CETM, 2016; Anvur, 2018)⁴. Indicazioni utili provengono senz'altro dai c.d. "rapporti Anvur". Sin dalla prima VQR (2004-2010) l'Agenzia ha, infatti, offerto una propria definizione di Terza Missione descrivendola quale «propensione delle strutture all'apertura verso il contesto socio-economico mediante la valorizzazione e il trasferimento delle conoscenze»⁵.

Nel corso degli anni tale nozione è stata perfezionata (Calvano, 2022, 367) ma ha comunque conservato la duplice anima economica e sociale, già osservata dagli studiosi. La prima, in particolare, concepisce la ricerca come «processo di trasformazione dei risultati scientifici in conoscenza produttiva, che può trovare applicazioni economiche e commerciali sul mercato» attraverso il supporto di personale amministrativo altamente professionalizzato od incubatori e start up. La seconda anima è quella forse più affine alla vocazione pubblicistica dell'Università. Essa allude alla «produzione di beni pubblici di natura sociale, educativa e culturale riguardanti attività che producono beni pubblici» quindi «fruibili da tutti»⁶.

³ In questo filone la gestione della proprietà intellettuale e dei brevetti, l'imprenditorialità accademica e le partnership territoriali (per esempio, la partecipazione a spin-off, incubatori e consorzi di impresa), le attività didattiche e di ricerca su commissione (o "conto terzi").

⁴ Il public engagement, inserito per la prima volta nella valutazione ANVUR 2011-2014, «descrive le numerose modalità in cui l'attività e i benefici dell'istruzione superiore e della ricerca possano essere condivisi con il pubblico». Quanto alla Terza Missione va detto che, come ricorda lo stesso Anvur nell'ultimo rapporto sulla terza missione, anche questo concetto, in particolare nella sua prima accezione di trasferimento tecnologico ed innovazione, sarebbe oramai da considerare come superato a beneficio di una vera e propria integrazione della ricerca scientifica nell'ambito applicativo, ossia di una trasformazione della conoscenza prodotta dalla ricerca in senso produttivo cfr <https://www.anvur.it/download/rapporto-2018/ANVUR_Rapporto_Biennale_2018_Sezione_9.pdf>.

⁵ Bando di partecipazione - Valutazione della Qualità della Ricerca 2004-2010 (VQR 2004-2010) <http://www.anvur.it/attachments/article/122/bando_vqr_def_07_11.pdf>.

⁶ Nell'ultimo rapporto l'Anvur articola la terza missione nella sua componente socioculturale in un elenco esemplificativo composto da attività eterogenee ed implicanti un livello di impegno istituzionale variegato: da iniziative una tantum a programmi continuativi nel

Nonostante la Terza missione sia entrata da tempo nell'oggetto di valutazione della qualità della ricerca (VQR) e conseguentemente abbia talvolta imposto prepotentemente la propria presenza nelle attività dipartimentali⁷, essa non ha ancora acquisito in Italia il medesimo valore raggiunto nei Paesi di sua maggior diffusione (Martino, 2018, 1). Certo, ci ricorda l'Anvur che «a differenza delle attività di ricerca e didattica che sono dovere istituzionale di ogni singolo docente e ricercatore, la terza missione è una responsabilità istituzionale a cui ogni ateneo risponde in modo differenziato “in funzione delle proprie specificità e delle proprie aree disciplinari”». È, peraltro, difficile dubitare che al di là della distinzione tra *doveri* dei docenti (prime due missioni) e *responsabilità* dell'Ateneo (terza missione), tutto il personale docente e ricercatore oggi debba contribuire al perseguimento della Terza Missione. Va da sé che tale contributo (sia che si tratti di deposito di brevetti, creazione di spin off e start up, attività consulenziali sino al public engagement a tutela del patrimonio culturale, della salute e della formazione continua ed alla gestione di attività di sportello a beneficio di categorie peculiari di utenti) avrà misura ed intensità variabili non tanto

tempo, da iniziative individuali ad attività istituzionali di ateneo. Data la varietà e le caratteristiche di queste attività e il basso grado di maturità degli indicatori ad esse legati, l'analisi e la valutazione di questa componente della terza missione ha un carattere più sperimentale. Le due macro-aree di terza missione sono declinate ulteriormente al loro interno in ambiti di attività: quattro riferibili alla valorizzazione della ricerca (gestione della proprietà intellettuale, imprenditorialità accademica, attività conto terzi e collaborazione con intermediari territoriali) e quattro riferibili alla produzione di beni pubblici (produzione e gestione di beni culturali, sperimentazione clinica, infrastrutture di ricerca e formazione medica, formazione continua e public engagement). Ovviamente alle università non è richiesto di condurre attività in tutti gli ambiti considerati e, pertanto, l'assenza di iniziative in uno o più ambiti non presuppone necessariamente una valutazione negativa. Ancor prima l'art. 2, comma 6 del DM 458/2015 ha affermato che: «Nell'ambito del processo di valutazione e a fini conoscitivi sarà inoltre considerato, anche utilizzando le informazioni della Scheda unica annuale della ricerca dipartimentale, il profilo di competitività delle Istituzioni per le attività di “terza missione”. Tale valutazione dovrà tenere conto della missione istituzionale fondamentale delle Istituzioni. Oltre ai parametri che saranno definiti dall'ANVUR, dovranno essere considerati, come elementi comuni di valutazione, i seguenti aspetti: proventi dall'attività conto terzi, attività brevettuale, imprese spin-off. Tale valutazione potrà in ogni caso essere considerata ai fini del riparto dell'assegnazione delle risorse statali alle Istituzioni interessate».

⁷ Cfr. la “valutazione della terza missione” nelle Università e negli Enti di Ricerca Manuale per la Valutazione pubblicato da Anvur nel 2016.

in ragione dell'iniziativa del singolo quanto piuttosto per via delle caratteristiche dello specifico settore disciplinare e dell'area della ricerca. L'indiscutibile esistenza di tratti distintivi tra contenuti e metodi, tuttavia, non può giustificare alcuna resistenza al cambiamento o tentativo di circoscrizione dello stesso alle sole scienze dure.

2. Le attività in conto terzi⁸: paradigma generale e regolamentazione speciale

2.1. La disciplina nazionale delle attività in conto terzi.

All'anima economica della Terza Missione ben può essere ascritto quell'insieme di attività note come "attività in conto terzi" rese dalle Università dietro compenso a beneficio di soggetti terzi, pubblici o privati⁹, in parte quale risposta al «de-finanziamento dell'università: il docente procaccia attività remunerate al proprio Dipartimento, che consentono il mantenimento di collaboratori» (Palumbo, 2019, 50). Va detto che, in realtà, la disciplina del conto terzi nelle Università ha preceduto l'avvento e il dibattito intorno alla Terza missione essendo stata regolamentata nel Dpr 11.7.1980 n. 382. Il Dpr, recante il riordinamento della docenza universitaria, all'art. 66 contempla, infatti, la possibilità per le Università di stipulare contratti di ricerca, di consulenza e convenzioni di ricerca per conto terzi (Merloni, 1990, 158)¹⁰. Nella concezione originaria, però, tali attività erano considerate estranee alle funzioni universitarie e consentite espressamente nei limiti in cui non fosse leso lo svolgimento della «funzione scientifica

⁸ L'Anvur ha chiarito come non sia necessario allegare i contratti e che, per contro, si avvarrà di controlli a campione ed eventuali richieste di integrazione della documentazione relativa alle attività conto terzi. Parimenti, ha precisato che gli importi delle entrate conto terzi, derivando da attività strutturalmente differenti dai progetti competitivi, dovranno essere rendicontati in sezioni differenti.

⁹ A titolo meramente esemplificativo v. *Regolamento di amministrazione, finanza e contabilità dell'Università degli Studi di Firenze* che, nell'articolare la terza missione, all'art. 44 descrive le attività in conto terzi come «tutte le attività di ricerca, di didattica e di consulenza svolte sulla base di convenzioni e contratti di natura privatistica con committenza esterna che esulano da compiti istituzionali».

¹⁰ La possibilità per le Università di stipulare contratti e convenzioni era già prevista dall'art. 49 del r.d. (testo unico) 31.8.1933, n. 1592. Con il dpr alle Università è stata trasferita la competenza a normare alcuni aspetti di tale attività attraverso un regolamento.

didattica» da parte delle Università¹¹. Si tratta, infatti, ai sensi dell'art. 1 del d.m. 30.12.1981, di prestazioni di consulenza e ricerca «eseguite dalle università, avvalendosi delle proprie strutture, che non rientrano nei compiti istituzionali delle università stesse, ed in cui l'interesse del committente è prevalente». L'esecuzione di contratti e convenzioni viene affidata, di norma, ai dipartimenti, agli istituti, alle cliniche universitarie od ai singoli docenti a tempo pieno.

L'art. 66 del Dpr 382/1980 sembra, insomma, essere ancorato alla centralità della funzione scientifica e didattica, quindi delle prime due missioni¹², introducendo una deroga al generale divieto dei docenti a tempo pieno di svolgere attività a beneficio di soggetti diversi dall'Università¹³. La matrice derogatoria del conto terzi si riversa anche sul meccanismo di ripartizione dei proventi globali. A norma dell'art. 66 del Dpr 382/1980 dai compensi devono, infatti, in primis essere detratte le spese sostenute dall'Università per l'espletamento delle prestazioni, per poi essere distribuiti secondo il regolamento approvato dal CdA dell'Università nel rispetto dello schema ministeriale e delle prescrizioni dello stesso Dpr 382/1980. I meccanismi di distribuzione, che variano a seconda della funzione del collaboratore, sembrano comunque presupporre il rispetto del principio di compatibilità dell'attività in conto terzi con l'attività lavorativa principale svolta a beneficio della pubblica amministrazione datrice. Docenti e non docenti che collaborano all'espletamento di prestazioni di conto terzi possono, infatti, essere ricompensati con un importo non superiore al 30 % della retribuzione complessiva. In ogni caso, la somma erogata non può superare il 50% dei proventi globali delle prestazioni. La predeterminazione della misura massima di compenso distribuibile potrebbe aver, così, l'effetto di indurre il lavoratore a contenere l'impegno nelle attività per conto terzi e, quindi, preservare l'interesse pubblico.

Alcune seppur contenute considerazioni merita il tema del compenso

¹¹ Consiglio di Stato ad. plen., 3.6.2011, n.10, *iusexplorer.it*.

¹² Come confermato dalla interpretazione giurisprudenziale della norma, cfr. T.A.R. Puglia Lecce Sez. III Sent., 15/01/2013, n. 55. «L'art. 7 della l. n. 168/1989 e l'art. 66 d.P.R. n. 382/1980 prevedendo che le Università possano eseguire attività di ricerca e consulenza stabilite mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati, pongono il limite della stretta connessione delle suddette attività con lo svolgimento della funzione scientifica e didattica».

¹³ Corte Conti Sez. contr., 8.5.1986, n. 1656; Corte Conti, sez. contr., 17.3.1988, n. 1912, *iusexplorer.it*.

dell'attività di supporto resa dal PTA nell'ambito delle attività in conto terzi. Benché il regolamento di Ateneo conservi un margine rilevante di intervento¹⁴, in ragione dell'ampia clausola di rinvio contenuta nel Dpr, la materia della ripartizione dei compensi rappresenta una parte rilevante della contrattazione integrativa, trattandosi di fatto di una voce di retribuzione accessoria del PTA¹⁵. Vero è che, laddove il personale sia stato direttamente coinvolto nell'espletamento dell'attività in conto terzi, la liquidazione del compenso in linea con la proposta del responsabile del progetto sarà oggetto di delibera in Consiglio di dipartimento, al pari di quanto avviene per docenti e ricercatori. Il Regolamento di Ateneo prevede, peraltro, che una percentuale stabilita dallo stesso regolamento, quindi destinata a variare a seconda dell'Università, vada ad alimentare il Fondo Comune di Ateneo di cui beneficia l'intero PTA. In linea con tali previsioni regolamentari i contratti integrativi descrivono, a loro volta, in misura più o meno dettagliata i criteri di ripartizione del Fondo Comune di Ateneo¹⁶, ad esempio valorizzando le presenze dei lavoratori¹⁷. A ciò si aggiunga che c'è anche la possibilità che il Regolamento imponga a chi ha già percepito in busta paga il

¹⁴ Cui l'Università ricorre in misura più o meno specifica a seconda dell'effettiva frequenza con cui l'istituzione intrattiene rapporti con soggetti privati. Non ci si stupisce quindi se i regolamenti più dettagliati siano quelli dei Politecnici. Si Veda ad esempio il Regolamento del Politecnico di Milano che con dettaglio elenca le attività così definibili all'art. 3 par. 2 dopo aver premesso che: «si intende per prestazione per conto di terzi l'attività di ricerca, consulenza e didattica svolta nell'interesse di soggetti pubblici e privati, in coerenza con le attività di sviluppo e valorizzazione della ricerca dell'Ateneo e con i fini istituzionali del Politecnico di Milano, finalizzata anche a sviluppare l'imprenditorialità dei Dipartimenti e delle altre Strutture dell'Ateneo e a potenziarne le risorse».

¹⁵ In forza dell'art. 4 comma 2 lett. q) (utilizzo della quota riservata al fondo derivante da attività in conto terzi o da programmi comunitari) del Ccnl per il personale del comparto università per il quadriennio normativo 2006-2009 oggi sostituito dall' art. 42 comma 3 lett. (b) che attrae nelle materie della contrattazione integrativa i criteri di utilizzo della quota riservata al fondo derivante da attività in conto terzi o da programmi e progetti comunitari (allude al fondo risorse decentrate previsto dall'art. 63 a partire dal 2018).

¹⁶ Si veda ad esempio il Contratto Integrativo dell'Università di Milano per la definizione dei criteri di ripartizione del fondo comune d'ateneo tra il personale il cui art. 2 individua le fonti di alimentazione del Fondo.

¹⁷ V. il Contratto integrativo Università di Pavia (2019) sull'erogazione del trattamento accessorio per il personale tecnico amministrativo. Si veda anche, sempre a titolo esemplificativo, Il Contratto Integrativo dell'Università di Bologna (2022) il quale individua la misura dell'importo (che sarà erogato a titolo di trattamento accessorio) all'art. 25 comma 8.

compenso per l'attività svolta una decurtazione, pari ad una sorta di franchigia, sì da non gravare eccessivamente sul Fondo stesso¹⁸. L'approfondimento della materia a livello decentrato varia a seconda delle singole Università. In alcuni casi i contratti integrativi si spingono sino ad escludere dai beneficiari dei compensi aggiuntivi il personale PTA responsabile di aver violato il Codice comportamentale o comunque destinatario di addebiti disciplinari¹⁹, al pari di quanto in altri casi previsto per alcune voci retributive legate alle performance individuali²⁰.

Benché normalmente, in sede di erogazione del compenso e quantificazione dell'importo, venga considerato l'effettivo espletamento dell'attività, è stata ritenuta in passato legittima la scelta adottata con regolamento di Ateneo di ripartire i proventi del conto terzi tra tutto il personale che, pur non collaborando direttamente alle attività a favore di terzi, abbia reso prestazioni eccedenti i normali compiti d'istituto, comunque in qualche modo funzionalmente connesse a tali attività²¹.

Tornando al Dpr, l'art. 66 parrebbe aver recepito, oltre ad una specifica formula organizzativa (atteso che l'esecuzione di contratti e convenzioni deve avvenire tramite le ordinarie strutture dell'Università, e non mediante società commerciali)²², un generale limite di compatibilità e pertinenza della ricerca e consulenza rispetto ai fini istituzionali, in grado di orientare l'azione universitaria ed i suoi regolamenti, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del terzo committente. A valorizzare tale nesso ha anche contribuito il Consiglio di Stato che, tempo fa, ha attratto le attività in conto terzi regolate dal Dpr «nel quadro delle finalità di pubblico interesse perseguite dalle Università»²³ in ragione del dettato stesso dell'art. 66 il quale prevede che i proventi, detratte le spese per l'espletamento dell'incarico, ivi comprese quelle per il personale impiegato, devono essere destinati all'acquisto di materiale didattico e scientifico, oltre che alle spese di funzionamento delle diverse strutture accademiche (dipartimenti, istituti o cliniche)

¹⁸ Ipotizzando che la franchigia sia € 500,00 tale importo sarà, quindi, dedotto dalla retribuzione accessoria spettante e gravante sul fondo comune.

¹⁹ Il Contratto integrativo dell'Università di Trieste sottoscritto dal 22.8.2022.

²⁰ Es. v. sempre quanto previsto dal Contratto Integrativo Università di Pavia (2019) sopra citato.

²¹ T.A.R. Sardegna, 30.1.1996, n. 158, *leggid'italia.it*.

²² Cons. Stato, A.P., 3.6.2011, n.10, *inexplorer.it*.

²³ Cons. Stato, 10.9.2010, n. 6548, *leggid'italia.it*.

che hanno eseguito i contratti e le convenzioni²⁴.

Secondo tale lettura, che potrebbe apparire un po' forzata, l'attività di ricerca e consulenza, anche se in favore di enti pubblici, «non può essere indiscriminata, sol perché compatibile, ma deve essere strettamente strumentale alle finalità istituzionali dell'Ente, che sono la ricerca e l'insegnamento, nel senso che giova al progresso della ricerca e dell'insegnamento, o procaccia risorse economiche da destinare a ricerca e insegnamento». Non si può, insomma, trattare di un'attività lucrativa fine a se stessa perché «l'Università è e rimane un ente senza fine di lucro»²⁵.

Benché quella ora descritta sia un'opinione autorevole, non può essere taciuto che si sia fatta strada tra gli interpreti anche un'altra percezione delle attività rese ex art. 66 del Dpr. Vi è chi ha, infatti, ritenuto che le attività in conto terzi rese dall'Università nei confronti di un committente/cliente siano connotate da finalità di lucro squisitamente privatistiche²⁶, pertanto

²⁴ Lo Statuto dell'Ateneo o lo stesso Regolamento poi possono prevedere espressamente il finanziamento attraverso i compensi di tali attività di borse di studio o posti. v. Cons. Stato V, 21.11.2014 N. 5767 sullo statuto dell'Università del Molise a margine del quale il Consiglio di stato ha sottolineato che le attività conto terzi più che attività lucrativa sono qualificabili «più propriamente "attività commerciali" poiché «generano utili che sono imputati ai capitoli di gestione inerenti le finalità istituzionali di didattica e ricerca e, successivamente destinati al finanziamento di borse di studio o di ricerca, di assegni di ricerca, di borse di dottorato, conformemente a quanto disposto dal Senato Accademico». Più in generale, sulla partecipazione dell'Università ad una gara v. CGUE 23.12.2009, C-305/2008.

²⁵ Sempre Cons. Stato, 10.9.2010, n. 6548, *leggid'italia.it*.

²⁶ Secondo il T.A.R. Palermo, 19.5.2004, n. 843 ha carattere privatistico la prestazione svolta ex art. 66 dpr 382/1980, dal docente universitario ragion per cui le eventuali irregolarità, conseguenti al superamento dei limiti sanciti nella stessa norma, attengono al rapporto sussistente tra università e docenti. Il T.A.R. Sicilia Palermo, 19.5.2004, n. 843, dopo aver ricordato come la materia del conto terzi sia rimessa all'autonomia degli atenei (art. 4, d. lgs. n. 370 del 1999) stabilisce che «comunque l'attività svolta dai docenti universitari ex art. 66 ha natura privatistica e le relative eventuali irregolarità, afferenti alla violazione dei limiti previsti nello stesso art. 66, possono rilevare nel rapporto tra docenti ed università, non anche sul piano pubblicistico inerente all'incarico di revisionare un PRG, allorché risulti incontestato che il docente o i docenti che vi abbiano provveduto risultino possedere la necessaria competenza professionale (T.A.R. Reggio Calabria n. 445/1998)». Si tratta di pronuncia in linea con giurisprudenza di merito precedente (C. Appello Milano 24.3. 1999, *leggid'italia.it*) secondo la quale in virtù del combinato disposto dell'art. 11 comma 5 lett. b) d.p.r. n. 382 del 1980 (che stabilisce la compatibilità tra il tempo pieno e lo svolgimento di attività scientifiche e pubblicistiche espletate fuori dai

estranee alla «funzione tipica che è quella didattica e scientifica» e dotate di una natura ad esse ultronea²⁷.

Detta interpretazione, talvolta strumentale alla definizione dei confini giurisdizionali ma comunque tale da enfatizzare il carattere privatistico dell'attività in conto terzi²⁸, appare dal canto suo riduttiva e fuorviante perché noncurante, da un lato, della destinazione finale delle risorse ottenute, dall'altro lato del pacifico rilievo “pubblicistico” della Terza missione universitaria. Certo, in questa come nelle crescenti occasioni in cui ci si debba misurare con il delicato dialogo tra pubblico e privato, è forse opportuno rifuggire posizioni panpubblicistiche o panprivatistiche. Occorre, quindi, che si prenda atto che l'istituzionalizzazione della Terza missione, sollecitata a più livelli, ha indotto l'Università a cercare, e non a subire, momenti di contatto e relazioni con gli operatori economici ed istituzioni extrauniversitarie, senza che ciò comporti di per sé un tradimento della sua finalità che è, e rimane, non lucrativa (Calabrò, 2002, 2572)²⁹.

2.2. I Regolamenti di Ateneo

Va detto che la disciplina dell'attività in conto terzi, benché sembri incontrare nell'art. 66 del Dpr la sua norma di chiusura, si nutre oggi principalmente delle regole adottate a livello di singolo Ateneo. In particolare,

compiti istituzionali), nonché dell'art. 66 d.p.r. cit. (che prevede quale facoltativa, e quindi non come istituzionale, l'attività di ricerca e consulenza per enti pubblici e privati), il professore universitario che compia ricerca e sperimentazione pone in essere un'attività di natura privatistica, in quanto estranea ai propri compiti istituzionali, che si individuano nella funzione didattica e scientifica. Si tratterebbe, insomma, di attività assimilabile a quella del primario ospedaliero che eserciti attività professionale cosiddetta “intra moenia”, nella quale questi si limita a svolgere mansioni di natura tecnica che non concorrono a formare e manifestare in alcun modo la volontà della p.a. e le cui prestazioni non sono disciplinate da norme di diritto pubblico.

²⁷ C. Appello Potenza, Sez. lavoro, 18.11.2008 secondo cui dal disposto dell'art. 66 deriverebbe che la prestazione di collaborazione e ricerca non si pone in stretto collegamento con le finalità istituzionali dell'Università medesima ma persegue un fine di lucro tipico dell'attività privatistica; tale attività convenzionata sarebbe quindi estranea, anche se non ultronea, rispetto alla funzione tipica che è quella didattica e scientifica, e quindi non ne condividerebbe la natura.

²⁸ C. Appello Milano 24.3.1999, *leggid'italia.it*; T.A.R. Sicilia Palermo Sez. II, 19.5.2004, n. 843.

²⁹ In linea con l'autonomia negoziale di cui l'Università gode, seppure nella sua accezione strumentale alla realizzazione di libertà di ricerca ed insegnamento.

nel più ampio processo di autonomizzazione delle Università avviato con l. n. 168/1989 istitutiva del Miur³⁰, la legge 370/1999 recante disposizioni in materia di università e di ricerca scientifica e tecnologica ha riconosciuto agli Atenei la possibilità di disapplicare le regole in materia di conto terzi contenute all'art. 66 sopra descritto, predisponendo una propria disciplina speciale (art. 4, c. 5).

Secondo la Conferenza dei rettori nel periodo successivo alla autonomizzazione degli ordinamenti universitari si sarebbe dovuto addirittura optare per una recisa eliminazione dell'art. 66 laddove i limiti dallo stesso previsti «erano già stati delegificati autonomamente dai regolamenti degli atenei in base all'art. 26 comma 7 l. 448/1998, o anche precedentemente, in base agli statuti autonomi di ciascuna università» (Floridia, 2007, 313). Se è vero che in linea con l'art. 4, 5° co., legge 19 ottobre 1999, n. 370 le Università hanno progressivamente adottato propri regolamenti, resta fermo, da un lato, l'art. 66, che continua a rappresentare un punto di partenza per le singole università (in particolare laddove prescrive la necessità che le attività principali di docenti e ricercatori non subiscano un pregiudizio dallo svolgimento dell'attività in conto terzi), da un altro lato il limite generale “intercompartimentale” contenuto nelle prescrizioni in materia di incompatibilità e cumulo di impieghi e incarichi di cui all'art. 53 del d. lgs. 165/2001.

L'art. 53³¹ del Tupo sancisce che i dipendenti delle pubbliche ammini-

³⁰ Dandosi così attuazione all'art. 33 Cost. in forza del quale «le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi, nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato».

³¹ Cons. Stato, 27.5.2021, n. 4091 secondo il quale l'art. 53 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, regola in maniera analitica lo svolgimento di incarichi esterni - retribuiti e non - da parte dei dipendenti pubblici, imponendo una griglia di doveri ed obblighi non soltanto a questi ultimi ma, in primis, alle amministrazioni che li conferiscono. La norma chiarisce cosa si debba intendere per incarichi extraistituzionali, ricomprendendovi tutte quelle attività, anche occasionali, che comunque prevedono un compenso, salvi i casi di esclusione riconducibili alla peculiare natura dell'attività che si intende svolgere, in quanto espressione di diritti costituzionalmente tutelati, quali la libertà di insegnamento o i diritti sindacali, o connotati dalla mancanza di interesse economico (assenza di un compenso). Il regime giuridico ordinario per poter legittimamente svolgere un'attività extraistituzionale si fonda sul conseguimento di un'autorizzazione preventiva da parte della propria Amministrazione, la mancanza della quale determina una serie di conseguenze nei confronti di tutti i soggetti interessati. Se l'incarico retribuito è conferito da una P.a., ad esempio, diversa da quella di appartenenza dell'interessato, il provvedimento di conferimento, ai sensi dell'art. 53,

strazioni con rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato non possono intrattenere altri rapporti di lavoro dipendente o autonomo o esercitare attività imprenditoriali e che possano, invece, svolgere incarichi retribuiti conferiti da altri soggetti, pubblici o privati, solo se autorizzati dall'amministrazione di appartenenza, nel caso di specie dall'Ateneo in persona del Rettore. Le autorizzazioni vengono rilasciate in presenza di condizioni predeterminate la cui sussistenza è volta al soddisfacimento dell'interesse pubblico. La ratio dell'art. 53, a sua volta tradotta nei Regolamenti di Ateneo recanti i presupposti di rilascio dell'autorizzazione, è articolata. Innanzitutto, essa attiene alla necessità che l'attività autorizzata non incida sulla principale attività lavorativa e non determini un conflitto d'interessi con la stessa. Lo svolgimento di un'attività non autorizzata determina l'instaurazione di un procedimento disciplinare ma anche conseguenze di carattere economico³² a carico del dipendente³³. Nonostante la norma in materia di incompatibilità contenga principi recepibili anche nella specifica regolamentazione delle c.d. attività in conto terzi, occorre evidenziare le differenze esistenti tra gli incarichi esterni svolti dal singolo docente debitamente autorizzato nel rispetto dell'art. 53 d. lgs. 165/2001, senza l'utilizzo di locali e strumenti universitari, da quelle, invece, rese da docenti e ricercatori non a titolo individuale ma in qualità di esponenti del dipartimento o centro interdipar-

comma 8, costituisce condotta disciplinarmente rilevante ed è da considerarsi nullo.

³² Ossia la restituzione delle somme indebitamente percepite all'amministrazione d'appartenenza al netto della ritenuta fiscale (Corte Conti Lombardia 23.11.2020, n. 198, *Quotidiano Enti locali*, 2020). Sul punto in realtà la giurisprudenza contabile è ricca: v. Corte dei Conti Sez. II App., 29.5.2023, n. 150 che, ricordando l'orientamento uniforme della medesima Sezione, ribadisce che «anche lo svolgimento di attività extraistituzionale assolutamente incompatibile con il pubblico impiego dia luogo a una responsabilità amministrativa nella forma tipizzata di responsabilità per danno da mancata entrata, nella quale «il versamento dei compensi percepiti in forza di attività illegittimamente svolta dal dipendente pubblico per conto terzi si configura come ‘obbligo comprimario’, preordinato a garantire la legalità e dell'efficienza dell'azione amministrativa» (App. Sez. II, sent. 747/2018; n. 82, 86 e 174/2019; 129/2020; 165/2021; 168/2022)».

³³ Al fine di supportare le amministrazioni nell'applicazione della normativa in materia di svolgimento di incarichi da parte dei dipendenti e di orientare le scelte in sede di elaborazione dei regolamenti e degli atti di indirizzo, il tavolo tecnico a cui hanno partecipato il Dipartimento della funzione pubblica, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, l'ANCI e l'UPI, avviato ad ottobre 2013, in attuazione dell'intesa sancita in Conferenza unificata il 24 luglio 2013, ha formalmente approvato il documento contenente «Criteri generali in materia di incarichi vietati ai pubblici dipendenti».

timentale, quindi attraverso l'utilizzo di strumenti ed eventuale supporto amministrativo, nell'ambito di un contratto o di una convenzione e, quindi, nell'ambito dell'attività in conto terzi.

Le differenze strutturali si riversano, ovviamente, anche in una diversa regolamentazione dei compensi. Mentre nel caso degli *incarichi esterni autorizzati* il singolo docente verrà ricompensato dal committente, laddove *l'attività sia svolta in conto terzi* il compenso sarà erogato al dipartimento e poi ripartito tra il personale docente ed (eventualmente) amministrativo coinvolto sulla base delle norme contenute nel soprarichiamato regolamento di Ateneo sul conto terzi nonché dalla fonte collettiva. Come chiarito dall'Anvur³⁴, infatti, benché la compilazione delle schede conto terzi sia formalmente a carico degli Atenei, le stesse saranno riferite ai singoli dipartimenti i quali rappresentano del resto «articolazioni interne e “strutture portanti” dell'Ateneo, create in adesione a principi di autonomia, decentramento e di sussidiarietà» fornite di proprie dotazioni strumentali e capaci di «stipulare contratti e convenzioni con soggetti pubblici e privati per attività di ricerca, di consulenza e di servizio in conto terzi» ossia di «offrire per conto della rispettiva Università degli studi prestazioni sul mercato concorrenziale»³⁵.

C'è la possibilità che l'attività in conto terzi sia resa da centri interdipartimentali o comunque da strutture differenti dal singolo dipartimento (si pensi alle Fondazioni universitarie). In questo caso, comunque, le entrate del conto terzi saranno da attribuire al dipartimento del responsabile del contratto, a meno che l'Ateneo non opti per una scelta differente in sede regolamentare. La crescente importanza assunta da tale fonte induce a richiamare seppure per sommi capi i contenuti di alcuni dei più rilevanti Regolamenti di Ateneo sul conto terzi. Sin da una prima lettura si apprende che numerose Università prediligono un approccio specialistico, ad esempio accostando ad un documento dedicato al conto terzi, regolamenti più dettagliati sui brevetti o sulle attività di assistenza espletate nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale. Al di là delle peculiarità di ciascuna Università, possono essere ravvisati alcuni elementi comuni riconducibili allo schema nazionale tracciato dal Dpr. Si allude in primis all'insistente richiamo al principio di compatibilità della Terza missione con le tradizionali attività

³⁴ Nell'ambito delle recenti FAQ Gli atenei hanno anche la possibilità di inserire una scheda per le entrate di ateneo o per quelle entrate che risultassero prive di un referente scientifico diretto nel singolo dipartimento.

³⁵ Cons. Stato, 10.12. 2020, n. 7912.

di ricerca e didattica la cui effettività è garantita dal vaglio e dall'autorizzazione da parte dell'istituzione universitaria. Parimenti, è comune che i Regolamenti individuino specificamente i contenuti del contratto da stipulare con il terzo committente e limitino il ricorso al personale esterno³⁶, in un'ottica del contenimento dei costi³⁷. Come si è anticipato, sono poi gli stessi Regolamenti a determinare la quota di prelievo per il bilancio universitario, ripartita secondo le regole previste dalla stessa fonte³⁸ nonché, per quanto attiene ai compensi in favore dei dipendenti che si occupino delle attività in conto terzi, dalla contrattazione integrativa, nel rispetto dell'art. 45 d. lgs. 165/2001³⁹.

3. Le Commissioni di certificazione di matrice universitaria

L'art. 76 del d. lgs. 276/2003 ha consentito alle Università, sia pubbliche sia private, comprese le Fondazioni, di costituire Commissioni di certificazione, istituite con decreto ministeriale e conseguentemente iscritte presso l'apposito albo tenuto dallo stesso Ministero del Lavoro. Superando l'iniziale cautela mostrata nei confronti dell'istituto, per il quale si rinvia alla più completa analisi del capitolo precedente, il numero delle Commissioni di certificazione universitarie⁴⁰ è andato vieppiù crescendo sino a ricoprire

³⁶ Articolo 7 – Determinazione del corrispettivo.

³⁷ Si veda il Regolamento Università Roma La Sapienza il cui art. 2 prevede: «le attività di cui al presente Regolamento sono costituite dalle prestazioni per conto terzi che l'Ateneo – compatibilmente con la propria ordinaria funzione scientifica e didattica e nell'ambito delle proprie finalità istituzionali e statutarie – svolge anche nell'interesse del committente, utilizzando le proprie strutture e proprio personale, previa conclusione con enti pubblici e/o privati di contratti». Principio ribadito anche all'art. 5 laddove ci si riferisce alla finalità istituzionale dell'Università.

³⁸ Articolo 8 – Quota di prelievo per il B.U. Questa quota è destinata per il 25% al Fondo Comune di Ateneo, per remunerare il personale tecnico-amministrativo, non direttamente impegnato nelle attività di cui al presente regolamento secondo criteri oggetto di contrattazione integrativa. Cfr. anche art. 3 Regolamento Conto Terzi Università di Bologna; art. 4 Regolamento Università Milano Bicocca.

³⁹ C. Appello Milano, Sez. lavoro, Sent., 23.11.2021, n. 1435, *onelegale.it*.

⁴⁰ V. Decreto interministeriale del 14 giugno 2004 su costituzione e funzionamento delle Commissioni di certificazione universitarie; Decreto direttoriale del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 14 marzo 2011, n. 21, che ha iscritto, nell'albo delle Commissioni di certificazione istituite presso le Università, la Commissione di certificazione ope-

gran parte del territorio nazionale e ad offrire professionalità del tutto competitive con quelle coinvolte negli organismi certificatori di altra composizione.

Le prestazioni di certificazione e di conciliazione rese dalle Commissioni universitarie rientrano per l'appunto nell'attività in conto terzi descritte dall'art. 66 del Dpr 382/1980 e dai Regolamenti di Ateneo adottati in tale ambito, come espressamente stabilito dallo stesso art. 76 del d. lgs. 276/2003⁴¹. La norma prevede, infatti, che le Commissioni universitarie possano operare esclusivamente nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro in forza del menzionato art. 66 del Dpr. Le Commissioni saranno, quindi, composte da docenti di diritto del lavoro, in via preferenziale a tempo pieno⁴² ma anche a tempo definito e saranno quindi espressione dell'Istituzione universitaria. In linea con il quadro nazionale e conformemente alle procedure dettate a livello di singolo Ateneo, i rapporti tra la Commissione ed il contraente esterno, sia esso una persona fisica od una persona giuridica, sono oggetto di dettagliata regolamentazione in un'apposita Convenzione. La scelta delle Università consiste tendenzialmente nella predisposizione di una convenzione quadro, i cui contenuti sono stati definiti unilateralmente, cui i singoli contraenti esterni saranno tenuti ad aderire al fine di poter fruire delle prestazioni rese dalla Commissione stessa, ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c. La Convenzione, riconducibile quindi ad un contratto di diritto privato, contiene gli elementi essenziali e accidentali dello stesso: dalla specificazione dell'oggetto delle prestazioni, ai corrispettivi delle stesse, alla durata, sino alla descrizione, anche per relationem, della procedura di certificazione di cui all'art. 75 ss. del d. lgs. 276/2003. Vi è poi la possibilità che la Convenzione stessa richiami l'art. 66 del Dpr così da fugare ogni dubbio circa il corretto inquadramento delle prestazioni rese dall'organismo certificatore. Non v'è dubbio, peraltro, che anche in assenza di un'espressa menzione del Dpr, le prestazioni di certificazione e conciliazione erogate dalle Commissioni universitarie siano soggette alle fonti normative e regolamentari in materia di conto terzi costituendo, si ribadisce, la Commissione un organismo universitario, seppure dotato di una propria autonomia, e restando quindi impregiudicato il tradizionale schema negoziale del conto terzi (Uni-

rante presso il Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi Roma Tre.

⁴¹ Come incidentalmente confermato anche dal Ministero del Lavoro nota 22.7.2013, n. 37/0013268.

⁴² Nota 24 febbraio 2012, n. 37/0003770; nota 22/07/2013, n. 37/0013268.

versità/docenti-ricercatori/contraente esterno).

L'attrazione dell'attività prestata dalla Commissione nell'ambito delle attività in conto terzi incide, da un lato, sulla ripartizione del corrispettivo, fatturato dall'Università secondo i dettami del Regolamento di Ateneo⁴³, da un altro lato, in misura più ampia, sulla necessità che l'attività privata resa dall'Amministrazione Universitaria, seppure attraverso un canale strutturato dotato di un proprio Regolamento, Presidente e componenti, debba comunque essere rispettosa della più ampia disciplina generale in tema di incompatibilità. Benché, quindi, la Commissione di certificazione sia essa stessa espressione dell'Amministrazione, non sarà sufficiente – ai fini della sua operatività – il conseguimento dell'Autorizzazione ministeriale. I singoli membri universitari dovranno, infatti, ottenere la preventiva autorizzazione dell'Ateneo ad espletare il ruolo di Commissario specificando, come per ogni altro incarico, la durata ed il compenso massimo preventivabili. Il limite quantitativo connesso ad impegno orario e compenso, funzionale a garantire l'assolvimento dell'attività principale (didattica e ricerca), non esime altresì dal rispetto dell'ulteriore limite qualitativo. Ci si riferisce, segnatamente, alla necessità che il Commissario non versi, per ragioni personali o professionali (si pensi al docente/ricercatore a tempo definito), in una condizione di conflitto di interessi rispetto alle posizioni di cui sono titolari le parti coinvolte nell'iter di certificazione così come nell'eventuale conciliazione. Il requisito di imparzialità e terzietà che deve connotare l'Università – che quindi non potrà ad esempio intrattenere rapporti commerciali con uno degli istanti – deve quindi essere preteso anche nei confronti dei singoli Commissari.

Così condotta, l'attività della Commissione potrà a buon diritto essere ascritta all'alveo delle attività in conto terzi. Gli stessi regolamenti delle Commissioni danno atto di tale attrazione. Basti pensare al Regolamento della Commissione di Roma Tre che, modificato da ultimo nel 2020, all'art. 5 prevede che l'attività della Commissione debba essere svolta sulla base di Convenzioni⁴⁴redatte ex art. 66 Dpr 382/1966 con affidamento della responsabilità scientifica al Presidente della Commissione. Ad avvalorare la strumentalità della Terza missione rispetto alle prime due è poi una clausola

⁴³ Regolamento che ben potrebbe prevedere che il pagamento ai singoli docenti e ricercatori coinvolti avvenga tramite cedolini stipendiali al netto delle ritenute fiscali di legge. Sul punto v. T.A.R. Bologna sent. 31.12.2020, n. 888.

⁴⁴ Eventualmente convenzioni quadro con datori, professionisti, enti, gruppi, o loro associazioni, organizzazioni dei lavoratori o dei datori di lavoro, enti bilaterali.

del medesimo Regolamento ai sensi della quale è ammesso che le convenzioni possano prevedere il finanziamento della ricerca scientifica sotto forma di borse di studio, ricerca, assegni di ricerca o borse di dottorato o finanziare posti di ruolo in diritto del lavoro. A tali finalità possono poi essere destinati dalla Commissione i proventi delle Convenzioni. L'inquadramento nell'ambito dell'art. 66 del Dpr è poi ribadito dalla totalità delle Commissioni universitarie in misura più o meno articolata: dall'Universitas Mercatorum sino a Cà Foscari e Reggio Emilia, per citarne solo alcune. In questi ultimi casi la peculiarità è però costituita dal coinvolgimento delle Fondazioni Universitarie (Cà Foscari e Marco Biagi) che offriranno supporto per le attività amministrative, contabili e di fatturazione (v. Regolamento Cà Foscari ult. Mod. 15.9.2020) o instaureranno direttamente rapporti di collaborazione con i docenti commissari (v. Regolamento Modena Reggio Emilia).

4. Conclusioni

A conclusione di queste brevi riflessioni, si ribadisce che la circostanza che si tratti di attività svolta dietro compenso non incide sulla sua riconducibilità dell'attività della Commissione alla Terza missione né sulla sua utilità ai fini di un proficuo assolvimento di didattica e ricerca (Calvano, 2022, 357). Il contatto tra mondo produttivo/del lavoro ed Università, infatti, assumerà la peculiare forma dell'indagine della volontà di datore e lavoratore, seguita dall'eventuale adozione del provvedimento di certificazione, ma anche della composizione dei loro interessi, come nel caso dell'agevolazione al raggiungimento di un accordo transattivo. Sempre ragionando in termini di assolvimento delle missioni universitarie è, infatti, indubbio che il contatto con le dinamiche aziendali e le loro implicazioni lavoristiche, lo scambio di conoscenze tra fronte universitario, parti, eventuali assistenti sindacali o legali possa, su un piano teorico, sollecitare approfondimenti su tematiche tanto stimolanti quanto trascurate, su un piano pratico costituire l'occasione per l'Università di costruire relazioni con il tessuto produttivo territoriale e nazionale (vista la competenza delle Commissioni) in grado, in un secondo momento, di assumere le forme più varie e senz'altro di valorizzare "l'impatto sociale sui territori di riferimento" (Palumbo, 2019, 51). Lungi dal costituire un indebolimento della funzione pubblica perseguita dall'Università le attività in conto terzi come quelle rese dalle Commissioni di certificazione possono, quindi, estendere al settore giuridico – già, del resto,

costretto ad adottare metodi d'indagine e di misurazione della stessa, sistemi di valutazione e registri linguistici non propri – i benefici di cui la ricerca già gode in altre discipline.

Riferimenti bibliografici

- Binotto M., Nobile S. (2018), *Università italiana e Terza missione*, in Morcellini M., Rossi P., Valentini E. (a cura di) *Unibook. Per un database sull'Università*, FrancoAngeli.
- Calabrò M. (2002), *Sui limiti della possibilità dei Dipartimenti universitari di partecipare a pubblici appalti*, *Il Foro Amministrativo*, 2572.
- Calvano G. (2022), *'Fu vera gloria?' La Terza Missione delle Università Italiane tra opportunità e contraddizioni: Un'analisi del Rapporto*, *VQR-TM 2015-2019, Formazione & Insegnamento*, 3/2022, 357.
- CETM (2019), *Commissione di Esperti della valutazione della Terza Missione, Relazione Finale sulla valutazione della Terza Missione*, <https://www.anvur.it/wp-content/uploads/2019/03/Rapporto_CETM.pdf>.
- Coniglion F. (2012), *"Mission impossible". L'università e la sua "terza missione"*, *ROARS*, 1.
- Florida G. (2007), *Le invenzioni universitarie*, *Diritto Industriale*, 313.
- Martino V. (2018), *Terza Missione e cultura delle università. Note per una sociologia del patrimonio accademico*, *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 1.
- Merloni F. (1990), *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Giuffré.
- NCCPE (2009), *National Co-ordinating Centre for Public Engagement, What is Public Engagement?*, <www.publicengagement.ac.uk>.
- Novelli G., Talamo M. (2014), *La Terza Missione per l'Università Italiana. Una nuova occasione per crescere? Medicina e chirurgia*. *Journal of italian medical education*, 61, 2739.
- Palumbo M., (2019), *Terza Missione e sviluppo territoriale: il contributo della valutazione*, *Rassegna italiana di valutazione*, n. 74, 35.
- Privitera D. (2019), *L'Università e la terza missione. Riflessioni sulla community engagement*, in Agei-Geotema, 169.
- Scanlan J. (2018), *A capability maturity framework for knowledge transfer*, *Industry and Higher Education*, 235.
- Scarpelli F. (2021), *I percorsi di formazione per il conseguimento del titolo di avvocato specialista: le norme, i fatti e qualche opinione (anche sul "conflitto" tra accademia e avvocatura)*, *Cultura e diritti: per una formazione giuridica, rivista della Scuola superiore dell'avvocatura*, 131.
- Vischi A. (2018), *Terza missione dell'università tra Alta formazione e società dei diseguali. Alcune questioni critiche*, *Pedagogia più didattica*, 1.

Capitolo 5

Attività delle Commissioni di certificazione e protezione dei dati personali

Paola Borghi

SOMMARIO

1. La Commissione e la normativa sulla protezione dei dati personali: applicazione ed effetti – 2. La Commissione: Titolare o Responsabile del trattamento? – 3. La Commissione come Responsabile del trattamento – 4. La Commissione come Titolare del trattamento – 5. Informativa: dati trattati e basi giuridiche – 6. Il Responsabile della protezione dei dati – 7. Gli autorizzati al trattamento: i Commissari

1. La Commissione e la normativa sulla protezione dei dati personali: applicazione ed effetti

Le funzioni e le attività della Commissione, così come delineate dalla legge e dal regolamento adottato dalla stessa, si sostanziano in una serie di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati, aventi ad oggetto dati personali e rientrano, conseguentemente, nel campo di applicazione della disciplina dettata dal Regolamento europeo 2016/679 sulla protezione dei dati personali (GDPR) e dalla relativa normativa nazionale di cui al d. lgs. n. 196 del 2003, come modificato dal d. lgs. n. 101 del 2018.

Da questo assunto derivano, dal punto di visto giuridico e da quello operativo-organizzativo, una serie di obblighi e di adempimenti che permeano l'attività della Commissione in tutti i suoi aspetti e che vedono coinvolti direttamente i suoi Componenti.

In primis l'attività, sia di certificazione, che di conciliazione, deve essere svolta nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, con particolare riguardo al diritto alla protezione dei dati personali e in applicazione dei principi definiti dal legislatore europeo (art. 5 Regolamento 2016/679).

Ne risulta che la Commissione deve, nel rispetto di quanto disposto

dall'art. 5 del Regolamento europeo, trattare i dati personali in modo lecito, corretto e trasparente e in conformità agli altri principi fondamentali ivi stabiliti, quali: *la limitazione delle finalità* (i dati devono essere raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime); *la minimizzazione dei dati* (i dati devono essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati); *l'esattezza* (i dati devono essere esatti e, se necessario, aggiornati); *la limitazione della conservazione* (i dati devono essere conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati); *l'integrità e la riservatezza* (i dati devono essere trattati in maniera da garantirne un'adeguata sicurezza, compresa la protezione, mediante misure tecniche ed organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentale).

Sul punto, va evidenziato che il nuovo quadro normativo disegnato dal legislatore europeo, superando la logica del formale adempimento degli obblighi di legge, è basato sul *principio di responsabilizzazione (accountability)*, principio cardine del Regolamento, che ha determinato il «passaggio ad una logica di tutela preventiva quale approccio sostanziale ai doveri del titolare» (Califano, 2017, 34).

Ne consegue, che la responsabilizzazione importa non solo la necessità di adottare tutte le misure necessarie a prevenire gli atti che potrebbero tradursi in violazioni di dati personali, ma anche la necessità di documentare e poter provare dette misure, così come previsto dall'art. 5 del Regolamento (par. 2).

In ragione di quanto sopra, successivamente all'entrata in vigore del Regolamento europeo, le Commissioni devono aver avviato un complesso processo di analisi delle attività svolte e delle tipologie dei dati trattati, con conseguente adozione di misure giuridiche, tecniche ed organizzative orientate alla protezione dei dati personali nel loro complesso. Misure che ovviamente devono ritenersi tutt'altro che definitive ed acquisite, dovendo, in coerenza con la *ratio* del Regolamento, essere periodicamente riviste ed eventualmente aggiornate.

2. La Commissione: Titolare o Responsabile del trattamento?

Il primo problema che la Commissione deve affrontare riguardato la determinazione della sua qualificazione quale Titolare o Responsabile del trattamento.

La questione impone una preliminare considerazione, peraltro essenziale per la definizione e l'applicazione di tutti gli adempimenti prospettati e voluti dalla legge.

La disciplina in materia di tutela dei dati personali non può e non deve qualificarsi come una “normativa statica”, ovvero come una serie di norme e di adempimenti che una volta applicati risultino inamovibili e cristallizzati nel tempo.

Al contrario, il legislatore europeo ha disegnato un quadro normativo «volutamente aperto al futuro» (Pizzetti, 2017, 55), in ragione del quale i principi e le regole poste devono adattarsi alle realtà operative e alle strutture organizzative considerate, accompagnando i cambiamenti e l'evoluzione delle stesse, secondo una logica rimessa alla valutazione concreta delle situazioni in essere. «Ne discende la difficoltà di configurare aprioristicamente le condotte dovute, essendo queste in molta parte rimesse alla valutazione preliminare e continua del titolare del trattamento» (Maresca A., Ciucciovino S., Alvino I., 2017, 323).

Come accennato, il Regolamento europeo pone con forza l'accento sul principio di *accountability* (responsabilizzazione), ossia sull'adozione di comportamenti proattivi e tali da dimostrare la concreta adozione di misure finalizzate ad assicurare l'applicazione del Regolamento, che comprendono anche la valutazione preventiva del contesto e delle finalità del trattamento.

Preso, infatti, atto «dell'inadeguatezza dell'approccio essenzialmente riparatore adottato dal sistema della direttiva» (Mollo, 2019, 259), la nuova normativa ha optato per un'impostazione fondata su una tutela *a priori*, che utilizza gli strumenti della valutazione d'impatto e dei principi di *privacy by design* (protezione fin dalla progettazione) e *privacy by default* (protezione per impostazione predefinita), garantendo e anticipando la tutela del dato ad un momento anteriore al trattamento stesso.

In tale contesto di riferimento, risulta dunque evidente che l'applicazione della disciplina non può prescindere dalla conoscenza e dall'esame degli scenari empirici considerati, e che questo vale per tutti gli aspetti concernenti la normativa, ivi compresa l'identificazione e la qualificazione dei soggetti considerati.

In altre parole, non è sempre possibile stabilire *a priori* se un soggetto agisca in qualità di Titolare o di Responsabile, o se, in ragione dei dati e dei relativi trattamenti, assommi in sé entrambi i ruoli, essendo necessario analizzare il caso concreto e verificare la presenza dei requisiti indicati dal legislatore al fine di qualificare correttamente i soggetti considerati.

Come sottolineato nelle *Linee Guida n. 7/2020 sui concetti di titolare del*

trattamento e responsabile del trattamento nel GDPR, emanate dall'European Data Protection Board (EDPB) nell'ottobre del 2020, i predetti concetti “sono funzionali”, mirano cioè a ripartire le responsabilità in base “ai ruoli *effettivi* delle parti”. Ciò implica – proseguono le Linee guida – che lo *status* giuridico del titolare o del responsabile deve essere determinato *dalle sue attività effettive in una situazione specifica*, piuttosto che da una designazione formale.

Non è possibile, dunque, diventare un titolare, né sottrarsi agli obblighi del titolare, semplicemente «dando forma al contratto in un certo modo, quando le circostanze dei fatti prevedono qualcosa'altro».

L'individuazione del ruolo necessita in sostanza di un previo esame, attento e circostanziato, delle funzioni concretamente svolte, attraverso un'analisi fattuale dell'influenza effettiva esercitata dal soggetto sul trattamento dei dati personali.

Da quanto esposto – e circoscrivendolo al tema ora in esame – risulta evidente che la qualificazione della Commissione, quale Titolare o Responsabile, impone un'attenta verifica ed analisi del contesto e delle modalità operative della stessa, anche attraverso un monitoraggio del flusso dei dati personali trattati. Si riferirà pertanto l'analisi seguente al caso della Commissione di certificazione dell'Università Roma Tre.

Occorre, pertanto, ai nostri fini, considerare gli atti costitutivi della Commissione, nonché quelli che ne definiscono funzioni e poteri: dunque, i Decreti istitutivi della Commissione e il relativo regolamento, da un lato, e la Convenzione quadro per la certificazione dei contratti e la Convenzione quadro per la conciliazione, con i relativi moduli di adesione, dall'altro.

Ne risulterà, come vedremo nei dettagli, un quadro complesso, giacché la documentazione ci restituisce una duplice configurazione della Commissione, assumendo essa un doppio ruolo: Responsabile del trattamento, nei rapporti con l'Università; Titolare del trattamento, nello svolgimento delle proprie attività istituzionali.

3. La Commissione come Responsabile del trattamento

Le disposizioni di legge e regolamentari, nonché la Convenzione quadro per la certificazione dei contratti e la Convenzione quadro per la conciliazione delle controversie di lavoro prevedono – come presupposto necessario per richiedere le prestazioni rese dalla Commissione – la sottoscrizione di adesione alla convenzione da parte dell'Università e dei soggetti

che intendono usufruire (per sé o per i soggetti ad essi collegati) delle attività svolte dalla Commissione.

Il modulo di adesione prevede il trattamento di dati personali c.d. comuni (nome, cognome o ragione sociale, indirizzo, indirizzo email), che, come specificato dall'informativa resa ai sensi del Regolamento 2016/679, sono trattati dall'Università, quale Titolare del trattamento e trasmessi alla Commissione, per lo svolgimento delle sue attività istituzionali.

In tale contesto, dunque, la Commissione tratta i dati trasmessi, in qualità di Responsabile del trattamento, ai sensi dell'art. 28 del Regolamento europeo, adottando, nel rispetto delle istruzioni fornite dal Titolare, tutte le misure tecniche ed organizzative adeguate affinché il trattamento dei dati soddisfi i requisiti della normativa e garantisca i diritti degli interessati.

I dati personali e comuni trasmessi alla Commissione, sono trattati da quest'ultima solo per verificare la legittimità del soggetto convenzionato (o dei soggetti ad esso collegati) ad usufruire delle attività di certificazione o conciliazione: questa è la sola finalità del trattamento dei dati in questione.

4. La Commissione come Titolare del trattamento

La Commissione, come risulta dai decreti attuativi e dal Regolamento, svolge una serie di attività (certificazione, consulenza, conciliazioni delle controversie di lavoro, stipula accordi modificativi mansioni) che comportano il trattamento di diverse categorie di dati personali – ulteriori e diversi da quelli che riceve dall'Università – di cui definisce, in piena autonomia, finalità e mezzi del trattamento.

Rispetto al trattamento dei dati connessi all'espletamento delle proprie attività istituzionali, la Commissione assume pertanto il ruolo di Titolare del trattamento e, come tale, in applicazione dell'art. 24 del Regolamento 2016/679, tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche, mette in atto misure tecniche ed organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente alle previsioni europee e nazionali.

Con tale formulazione, il legislatore europeo ha inteso, come accennato, responsabilizzare il Titolare in ordine all'adozione di misure che rispondono a criteri di adeguatezza non solo sotto il profilo tecnico, ma anche organizzativo, presupponendo una sinergia tra competenze diverse

e, conseguentemente, una protezione «a tutto tondo delle libertà e dei diritti delle persone fisiche coinvolte» (Finocchiaro, 2017, 1).

È conseguentemente alla luce di questo principio fondamentale che devono essere declinati gli adempimenti che gravano sul Titolare del trattamento, quali, tra gli altri, la nomina del Responsabile della protezione dei dati/DPO, la predisposizione di un'adeguata informativa ai sensi degli artt. 13 e 14 del Regolamento europeo, l'acquisizione, ove ne ricorrano le condizioni, del consenso degli interessati, la tenuta del registro dei trattamenti ex art. 30 del Regolamento europeo, la nomina degli autorizzati al trattamento (incaricati, secondo la definizione *ante* Regolamento) e le relative istruzioni pratico-operative, la predisposizione di una procedura che disciplini l'attività necessaria a dare riscontro all'esercizio dei diritti da parte degli interessati, l'adozione di misure tecniche ed organizzative idonee a garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio, ai sensi dell'art. 32 del Regolamento, lo svolgimento, ove ne ricorrano le condizioni di cui all'art. 35 del Regolamento, di una valutazione dell'impatto dei trattamenti effettuati sulla protezione dei dati personali (DPIA), la previsione di una procedura che disciplini un eventuale *data breach*, ovvero una violazione di sicurezza che comporti, accidentalmente o in modo illecito, la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trattati.

5. Informativa: dati trattati e basi giuridiche

Ai sensi degli artt. 13 e 14 del Regolamento, il Titolare deve fornire all'interessato specifiche e determinate informazioni.

In particolare, oltre all'identità e ai dati di contatto del Titolare e del Responsabile della protezione dei dati, devono essere indicate le finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali, nonché la base giuridica del trattamento.

Nel caso ora in esame, le finalità coincidono evidentemente con lo svolgimento delle attività istituzionali della Commissione, sintetizzabili nell'attività di certificazione e in quella di conciliazione.

La Commissione, pertanto ha predisposto due distinte informative, in cui è specificato che i dati personali sono trattati per finalità connesse ed strumentali: *a)* alle attività di certificazione e assistenza all'autonomia negoziale che la legge affida alle Commissioni costituite in sede universitaria e *b)* all'attività di conciliazione, in sede protetta, delle controversie di lavoro

e per la stipula di accordi di risoluzione e modifica del rapporto di lavoro.

I dati trattati sono *in primis* quelli necessari per lo svolgimento delle finalità indicate: ne consegue che il loro conferimento da parte degli interessati (ovvero dei soggetti che chiedono l'intervento della Commissione), è necessario, in quanto la loro mancanza o incompletezza non consentono alla Commissione di svolgere la propria attività istituzionale.

Pertanto, il trattamento di tali dati, per le finalità indicate e nel rispetto dei principi indicati dal Regolamento e sopra sommariamente descritti, deve considerarsi lecito, rinvenendosi una, o più, delle condizioni di liceità di cui all'art. 6 del Regolamento.

Nello specifico, considerato che, come già evidenziato, le funzioni di certificazione e conciliazione svolte dalla Commissione traggono il loro fondamento da una disposizione di legge, deve ritenersi che le basi giuridiche vanno identificate nelle lett. c) ed d) dell'art. 6, par. 1, del Regolamento, ovvero nel «trattamento necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il Titolare del trattamento» e nel «trattamento necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il Titolare del trattamento».

Una ricostruzione siffatta, tuttavia, in cui la Commissione tratterebbe solo ed esclusivamente dati c.d. comuni e necessari per le finalità indicate, non rappresenterebbe realisticamente ed esaustivamente l'attività della Commissione, o meglio la natura e la tipologia della totalità dei dati trattati.

Si dà il caso, infatti, che spesso vengano indicati dalle Parti, a complemento e/o presupposto dell'atto sottoscritto, dati comuni ultronei rispetto a quelli necessari all'atto stesso, o che la certificazione o la conciliazione comprendano anche il trattamento di dati particolari, ovvero dati idonei a rilevare, ad esempio, l'origine etnica, le convinzioni religiose, l'appartenenza sindacale, i dati relativi alla salute.

Rispetto a questi casi non è possibile fondare la liceità del trattamento sulle basi giuridiche sopra indicate.

Con riferimento ai dati comuni, infatti, le predette basi giuridiche consentono il trattamento dei soli dati *necessari* ad adempiere l'obbligo legale o l'esecuzione di un compito di interesse pubblico: ne risulta, che per il trattamento dei dati *non necessari* occorre considerare una diversa base giuridica che, valutate le opzioni poste dall'art. 6 del Regolamento, deve individuarsi nel rilascio e nell'acquisizione del consenso da parte dell'interessato.

Argomentazioni in parte simili valgono per il trattamento dei dati particolari, rispetto ai quali il Regolamento detta, all'art. 9, una specifica disciplina: anche in questo caso, considerato il contesto di riferimento, la

prestazione del consenso sembra rappresentare l'unica esimente valida. Considerata l'attività della Commissione, infatti, non si rinvencono nell'art. 9 cit. altre ipotesi che renderebbero lecito il trattamento dei dati particolari.

Ne consegue che l'interessato dovrà prestare il proprio consenso esplicito al trattamento dei propri dati particolari, trattamento che in ogni caso dovrà essere circoscritto allo svolgimento dell'attività richiesta alla Commissione.

Considerata la centralità dell'istituto del consenso nella complessiva normativa *privacy*, sembra opportuno evidenziare che, ragionevolmente il consenso – definito dal Regolamento europeo, come «qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento» – assume una connotazione diversa da quella rinvenibile nell'ambito dell'autonomia contrattuale.

Come è stato rilevato, se il consenso *privacy* «dovesse essere inteso nella medesima accezione in cui esso è di regola richiesto a fini negoziali», la norma della disciplina in materia di protezione dei dati personali sarebbe superflua¹.

Se così è, il consenso richiesto affinché il trattamento dei dati risulti lecito, non solo deve essere espresso da una persona capace di intendere e volere e non essere viziato da errore, violenza o dolo, ma deve essere «specifico», «informato», «revocabile».

La specificità e l'informazione rispondono, a ben vedere, ad una medesima logica, presupponendo la specificità, la conoscenza della tipologia dei dati trattati e delle finalità del trattamento oggetto del consenso.

In altre parole, il Titolare non può e non deve richiedere il consenso adottando formulazione generiche e/o onnicomprensive, dovendo viceversa porre l'interessato nella condizione di esprimere liberamente e consapevolmente il suo consenso rispetto ai singoli trattamenti: solo in tal modo il consenso manifestato dall'interessato può considerarsi funzionale a realizzare quella autodeterminazione informativa che costituisce il nucleo essenziale del diritto alla *privacy*, che altrimenti gli sarebbe preclusa (Rodotà, 2021, 101)².

¹ Tra le altre, Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, in *Nuova giur.civ.*, 2018, 12, 1775 ss. Deve ritenersi che il principio, sebbene espresso dalla Cassazione rispetto alla normativa vigente *ante* Regolamento, sia valido anche nel nuovo contesto di legge.

² V. anche Corte di giustizia dell'Unione europea, 11 novembre 2020, C-61/19, Orange

Il consenso *privacy* presenta, poi, come accennato, un'ulteriore caratteristica: la revocabilità, intesa come espressione di «piena libertà» e «piena discrezionalità», che, in quanto tale, non deve essere giustificata (Zorzi Galgano, 2019, 70). L'interessato, pertanto, può revocare in qualsiasi momento e senza alcuna giustificazione il consenso prestato, «con la stessa facilità con la quale è stato prestato» (art. 7, par. 3, Regolamento): resta salva la liceità del trattamento effettuato prima della revoca del consenso.

6. Il Responsabile della protezione dei dati

La figura del Responsabile della protezione dei dati, indicato comunemente con l'utilizzo dell'acronimo DPO (Data Protection Officer), rappresenta una delle novità più significative introdotte dal Regolamento.

La normativa indica, nell'art. 37, casi specifici in cui la designazione del DPO è obbligatoria, prevedendo altresì la possibilità, per i Titolari di trattamento, di procedere alla nomina anche al di fuori da tali ipotesi.

Al riguardo, va ricordato che nelle Linee guida sui responsabili della protezione dei dati³ la designazione di tale figura è raccomandata, in ragione del principio di *accountability* che permea la disciplina europea, anche nelle ipotesi in cui non opera l'obbligo di legge, e ciò anche in ragione del ruolo di supporto dalla stessa svolto a favore del Titolare.

Il considerando n. 97 del Regolamento assegna, infatti, al Responsabile in discorso il compito di assistere il Titolare del trattamento «nel controllo del rispetto a livello interno» del Regolamento stesso, assistenza che nell'art. 39 del Regolamento viene declinata nel dettaglio, prevedendo, tra l'altro, che il DPO informi e fornisca consulenza al Titolare in merito agli obblighi derivanti dalla normativa, lo supporti nella eventuale valutazione di impatto, nella tenuta del Registro dei trattamenti, nonché nella attribuzione delle responsabilità, nella sensibilizzazione e formazione del personale. Non va poi trascurato che il Responsabile della protezione dei dati funge da punto di contatto con il Garante per ogni questione connessa al trattamento ed, eventualmente, in caso di ispezione e controllo.

Romania SA contro n Autoritatea Nationala de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP).

³ V. Linee guida WP243 adottate dal Gruppo di lavoro dell'articolo 29 (Article 29 Working Party) il 13 dicembre 2016 ed emendate il 5 aprile 2017. V. anche le Faq sul responsabile della protezione dei dati in ambito privato, adottate dal Garante per la protezione dei dati personali, aggiornate a maggio 2021.

In ragione di tali rilievi e considerato il trattamento, tra l'altro, su larga scala, di categorie di dati particolari, la Commissione ha nominato un Responsabile della protezione dei dati, indicando nell'informativa i relativi dati di contatto e attribuendo allo stesso anche un ruolo nella gestione delle questioni relative all'esercizio dei diritti da parte degli interessati.

È previsto, infatti, che gli interessati possono esercitare, secondo le modalità e le condizioni previste, i diritti loro riconosciuti dagli artt. 15-21 (accesso, rettifica, cancellazione, limitazione del trattamento, portabilità dei dati, opposizione al trattamento) del Regolamento, mediante una richiesta direttamente indirizzata al DPO, il quale, conseguentemente dovrà attivarsi, in sinergia con il Titolare, per corrispondere alla richiesta stessa, nei tempi e nei modi stabiliti dalla normativa.

7. Gli autorizzati al trattamento: i Commissari

I Commissari sono le figure deputate a svolgere le attività proprie della Commissione e, in quanto tali, tenute al rispetto di norme e principi che garantiscano la correttezza e la riservatezza dei trattamenti effettuati.

In via generale, si può rilevare che i Commissari sono tenuti al rispetto sia dei principi civilistici di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c., sia del dovere di riservatezza, essendo loro vietato di portare a conoscenza di terzi le informazioni, i dati tecnici, i documenti e le notizie di carattere riservato di cui sono venuti a conoscenza nell'espletamento delle proprie funzioni⁴.

Queste previsioni, e il loro adempimento, non esauriscono, tuttavia, gli obblighi gravanti sui membri della Commissione che, nel sistema delineato dal Regolamento europeo e dalla normativa nazionale, assumono un ruolo *ad hoc*.

Il legislatore europeo (art. 29 Regolamento) e quello nazionale (art. 2-*quaterdecies*, d. lgs. 196/2003, come modificato dal d. lgs. 101/2018) hanno, infatti, disposto che le persone fisiche che operano sotto la responsabilità del Titolare, possono trattare i dati personali solo qualora siano state *espressamente designate ed autorizzate*. In altre parole, il Titolare deve autorizzare, nell'ambito del proprio assetto organizzativo, al trattamento dei dati personali le persone che operano sotto la sua autorità, specificando compiti e funzioni.

⁴ Tali obblighi figurano nel Regolamento adottato dalla Commissione.

Tali persone sono definite, nel contesto della normativa *privacy*, “autorizzati al trattamento”.

In ragione di quanto sopra, la Commissione ha provveduto, con un apposito atto, ad autorizzare i Commissari al trattamento dei dati personali, comuni e particolari, “necessario per lo svolgimento” dell’incarico, specificando che l’ambito del trattamento consentito è esclusivamente quello connesso e strumentale allo svolgimento dell’attività di componente della Commissione.

I Commissari, dunque, in forza di tale autorizzazione, possono trattare i dati personali, comuni e/o particolari, limitatamente all’esercizio, anche temporale, delle proprie funzioni, essendo vietato utilizzare o disporre dei dati per scopi diversi da quelli dell’incarico o per periodo successivo alla cessazione dello stesso.

Riferimenti bibliografici

- Califano L. (2017), *Il Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dati personali*, in Califano L., Colapietro C. (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, Editoriale Scientifica, 3 ss.
- Finocchiaro G. (2017), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, Zanichelli.
- Maresca A., Ciucciiovino S., Alvino I. (2017), *Regolamento UE 2016/679 e rapporto di lavoro*, in Califano L., Colapietro C. (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, Editoriale Scientifica, 311 ss.
- Mollo F. (2019), *Gli obblighi previsti in funzione di protezione dei dati personali*, in Zorzi Galgano N. (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, Cedam, 255 ss.
- Pizzetti F. (2016), *Privacy e diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, Giappichelli.
- Rodotà S. (2021), *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino.
- Zorzi Galgano N. (2019), *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, in Zorzi Galgano N. (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, Cedam, 35 ss.

Sezione III

LA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI

Capitolo 6

Il procedimento di certificazione e gli effetti del provvedimento di certificazione

Luisa Monterossi

Sommario: 1. Il campo di applicazione della certificazione – 2. Le fasi del procedimento di certificazione – 2.1 L'istanza congiunta delle parti – 2.2. La fase istruttoria – 2.3 L'emissione del provvedimento di certificazione – 3. L'efficacia giuridica del provvedimento: tipologia, soggetti interessati e durata degli effetti

1. Il campo di applicazione della certificazione

Al dichiarato fine di contenere il contenzioso giudiziario, il d. lgs. n. 276/2003 ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della certificazione, che però aveva originariamente un campo di applicazione ben più delimitato rispetto ad oggi.

Più precisamente, secondo la prima versione dell'art. 75, potevano essere rimessi al vaglio delle Commissioni di certificazione soltanto determinati tipi di contratti c.d. flessibili¹, alcuni dei quali introdotti dallo stesso decreto n. 276.

L'ambito di operatività è stato esteso dapprima con il d. lgs. 6 ottobre 2004, n. 251², che ha soppresso l'elencazione tipologica, e, in modo più incisivo, con la l. 4 novembre 2010, n. 183. Infatti, per effetto delle modifiche apportate dal c.d. Collegato Lavoro, la procedura di certificazione può avere ad oggetto non solo contratti di lavoro, ma ogni contratto, anche di natura commerciale, in cui sia dedotta una prestazione lavorativa. Ne deriva che,

¹ Segnatamente: lavoro intermittente, lavoro ripartito, contratto a tempo parziale, collaborazioni coordinate e continuative a progetto, contratti di associazione in partecipazione.

² L'art. 18, d. lgs. n. 251 del 2004 aveva novellato l'art. 75 del d. lgs. n. 276 del 2003 in questo senso: «Al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione del contratto secondo la procedura volontaria stabilita nel presente Titolo».

oltre ai contratti di appalto e di somministrazione di lavoro (già rientranti nell'ambito di applicazione dell'istituto)³, sono certificabili, ad esempio, anche i contratti di trasporto, di subfornitura, gli accordi di distacco, etc.

Evidentemente in tali casi l'indagine non potrà coinvolgere l'intero regolamento contrattuale, ma sarà circoscritta ai soli profili giuslavoristici che rientrano nella sfera di competenza dell'organo certificatore. Mutuando le prescrizioni di legge in tema di appalto⁴, ci si dovrà quindi concentrare sulla verifica della genuinità del contratto, escludendo la sussistenza di ipotesi di interposizione illecita di manodopera.

Possono inoltre formare oggetto di certificazione anche le singole clausole contrattuali che regolano il rapporto di lavoro: ad esempio, gli accordi di riduzione della retribuzione o, ancora, le clausole del contratto di lavoro che disciplinino lo svolgimento della prestazione in modalità agile, le clausole elastiche⁵.

In tempi più recenti, l'istituto della certificazione è stato richiamato dal legislatore nell'art. 2, comma 3, d. lgs. n. 81 del 2015. La norma prevede la possibilità di certificare l'assenza dei requisiti dell'etero-organizzazione, ossia di quegli elementi che comportano l'applicazione della disciplina sul lavoro subordinato. La certificazione, in queste ipotesi – foriere di non poche incertezze interpretative e applicative – mira a rafforzare la riconducibilità della fattispecie concreta nell'ambito delle collaborazioni coordinate e continuative *ex* art. 409, n. 3, c.p.c.

³ La certificazione del contratto di appalto era già prevista dall'art. 84, d. lgs. n. 276/2003, mentre quella del contratto di somministrazione era ammessa in via amministrativa dall'interpello del Ministero del Lavoro del 22 dicembre 2009, n. 81.

⁴ L'art. 84, d. lgs. n. 276/2003 chiarisce che le procedure di certificazione possono essere utilizzate anche ai fini della distinzione concreta rispetto alla somministrazione di lavoro.

⁵ Con riferimento alle clausole elastiche, però, l'attività della Commissione ricade nella diversa ipotesi della autonomia negoziale assistita ove, in assenza di una disciplina collettiva, vengano stipulate dinnanzi alla Commissione ai sensi dell'art. 6, comma 6, d. lgs. n. 81/2015.

2. Le fasi del procedimento di certificazione

La procedura di certificazione è sinteticamente descritta dall'art. 78, d. lgs. n. 276 del 2003 che rinvia per i dettagli ai regolamenti costitutivi delle singole Commissioni nonché ad un emanando decreto (ad oggi, tuttavia, non ancora adottato).

Il decreto del 2003, in particolare, fornisce qualche (scarna) indicazione sulla fase di impulso del procedimento e su quella conclusiva, soffermandosi su alcune caratteristiche essenziali del provvedimento di certificazione. Tra i due momenti si colloca la fase istruttoria (non espressamente regolata *ex lege*) nell'ambito della quale i certificatori acquisiscono tutti gli elementi necessari per formare il proprio convincimento sulla legittimità o meno del contratto.

Attesa la natura pacificamente amministrativa del procedimento e in assenza di diversa disciplina, si devono ritenere altresì applicabili i principi che regolano l'attività amministrativa *ex l. n. 241 del 1990*, quali il principio di economicità, efficacia, trasparenza e imparzialità (Ciucciovino, 2023, 10).

2.1 L'istanza congiunta delle parti

Caratteristica indefettibile della procedura di certificazione è il suo carattere volontario. Il procedimento prende infatti obbligatoriamente avvio dall'istanza scritta, presentata congiuntamente dalle parti (art. 78, comma 1).

La natura facoltativa del procedimento sembrerebbe *prima facie* scalfita dalle disposizioni contenute nel d.p.r. 14 settembre 2011, n. 177 che richiedono la preventiva certificazione dei contratti flessibili o dei contratti di subappalto utilizzati per svolgere attività lavorative all'interno di ambienti confinati o sospetti di inquinamento. L'aggravarsi dei rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori in questi contesti impone l'adozione di particolari accortezze, tra cui la certificazione del contratto.

Tuttavia, a ben vedere, la certificazione prescritta dalla legge si deve inquadrare non in termini di "obbligo", ma di "onere" gravante sulle parti che vogliano avvalersi di quelle tipologie contrattuali per eseguire i servizi in ambienti che espongono maggiormente i lavoratori a rischi per la loro incolumità. Si deve considerare quindi intatta la volontarietà della procedura (Ciucciovino, 2023, 5).

Sul punto è intervenuto di recente l'Ispettorato Territoriale del Lavoro⁶

⁶ Nota dell'INL del 24 gennaio 2024, n. 694. Si vedano anche le precisazioni contenute nella nota dell'INL del 7 marzo 2024, n. 1937.

che ha chiarito la portata dell'art. 2, d.p.r. n. 177/2011, oggetto di letture contrastanti. È stato precisato, in particolare, che la certificazione preventiva è richiesta dalla legge solo con riferimento al contratto di subappalto e ai contratti di lavoro atipici, mentre la previsione non si estende al contratto commerciale di appalto (sul tema si veda Del Vecchio, 2024).

L'istanza, oltre ad essere sottoscritta, deve contenere tutti gli elementi utili a consentire una compiuta valutazione della Commissione di certificazione sulla genuinità della fattispecie contrattuale esaminata. Ad esempio, devono essere veritiere e complete le dichiarazioni rese dalle parti circa eventuali procedimenti ispettivi in capo a entrambe o ad una di esse, soprattutto ove le violazioni derivino da un uso distorto del contratto oggetto di certificazione. L'omessa o mendace dichiarazione si traduce in un vizio procedurale che, in caso di impugnazione, inficerà la legittimità del provvedimento di certificazione⁷.

Ancora, in sede di presentazione dell'istanza, devono essere espressamente indicati gli effetti (civili, previdenziali, amministrativi, fiscali) in relazione ai quali si richiede la certificazione, pena l'improcedibilità della domanda stessa⁸.

Questo ultimo elemento assume particolare rilievo in quanto strumentale a individuare i soggetti terzi verso i quali devono essere adempiuti gli obblighi di comunicazione. Invero, ai sensi dell'art. 78, comma 2, lett. a), la Commissione, ricevuta l'istanza e avviato il procedimento, è tenuta a comunicarlo all'Ispettorato Nazionale del Lavoro che, a sua volta, deve darne notizia alle autorità pubbliche coinvolte dagli effetti del provvedimento.

Queste ultime possono intervenire nel procedimento e, a tal fine, l'obbligo di comunicazione gravante sulla Commissione non può essere assolto «in modo acritico o formalistico»⁹. Si richiede precisamente che, unitamente all'istanza, vengano trasmessi tutti i documenti idonei a mettere le pubbliche amministrazioni interessate nella condizione di svolgere le proprie eventuali osservazioni. In caso di inadempimento saranno gli uffici preposti ad attivarsi per domandare le necessarie integrazioni documentali¹⁰.

La comunicazione di avvio del procedimento deve essere indirizzata

⁷ Nota dell'INL del 19 aprile 2019, n. 3861.

⁸ Come chiarito dalla circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 15 dicembre 2004, n. 48.

⁹ Nota del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 7 marzo 2016, n. 4340, richiamata dalla nota dell'INL del 4 marzo 2020, n. 1981.

¹⁰ Nota dell'INL del 4 marzo 2020, n. 1981.

alla sede dell'Ispettorato che sia territorialmente competente. Al fine di correggere una mal prassi, a tal riguardo l'INL ha precisato che, quando la certificazione riguarda un contratto di appalto, il criterio-guida per radicare la competenza territoriale coincide con il luogo di esecuzione del contratto e non con la sede legale dell'impresa¹¹. La violazione di tale principio comporta il configurarsi di un vizio procedurale, censurabile ai sensi dell'art. 80¹².

2.2 La fase istruttoria

Dopo l'avvio del procedimento, la Commissione esamina il testo contrattuale ed assume dalle parti tutte le informazioni che ritiene essenziali per giungere a una propria determinazione sulla qualificazione del contratto.

Si apre quindi la fase istruttoria, che si articola normalmente in un'audizione delle parti (solitamente, ma non obbligatoriamente, svolta in modalità orale)¹³ e nella richiesta di documentazione aggiuntiva, utile ad integrare il quadro istruttorio. Ad esempio, se la certificazione ha ad oggetto un contratto di appalto, sarà opportuno ottenere la trasmissione di un DURC in corso di validità per appurare il rispetto degli obblighi contributivi e assicurativi da parte dell'appaltatore.

Analogamente, si acquisirà la visura camerale che consente di avere informazioni sul grado di specializzazione e sul know-how dell'impresa, al fine di supportare la valutazione sul requisito dell'imprenditorialità¹⁴. Dalla visura camerale inoltre potrebbero emergere anomalie che impongono un supplemento di indagine: l'impresa, in ipotesi, potrebbe risultare "inattiva" oppure la decorrenza del contratto potrebbe essere antecedente alla data che, in base al documento, segna l'inizio dello svolgimento di quel tipo di attività da parte dell'appaltatore

È bene chiarire che l'istruttoria svolta in questa fase non è in alcun modo assimilabile all'istruzione probatoria condotta dal giudice in sede processuale né all'indagine eseguita dalle autorità pubbliche preposte alla vigilanza e al controllo in materia di lavoro e previdenza sociale.

¹¹ Nota del 19 aprile 2019, n. 3861.

¹² Nota del 4 marzo 2020, n. 1981.

¹³ In base a quanto stabilito nel regolamento della Commissione, l'audizione orale potrebbe anche essere sostituita da dichiarazioni scritte delle parti.

¹⁴ Sul punto si veda la circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali dell'11 febbraio 2011, n. 5, che prevede proprio l'acquisizione di elementi di carattere formale quali visura, DURC e LUL.

L'accertamento riguarda infatti «la volontà negoziale e il programma contrattuale quali risultano da dati testuali del contratto ma anche da dichiarazioni o atti integrativi o esplicativi del contratto oppure dallo stesso comportamento tenuto dalle parti (per i contratti in corso di esecuzione) idoneo a rivelarne la volontà negoziale» (Ciucciovino, 2023, 5). La verifica, quindi, ha carattere essenzialmente documentale (anche quando concerne un contratto in corso di esecuzione), benché sul punto si riscontri qualche opinione discordante (Basenghi, 2021).

2.3 L'emissione del provvedimento di certificazione

La procedura deve esaurirsi entro trenta giorni dal ricevimento dell'istanza¹⁵, termine che deve intendersi ordinatorio e che può ritenersi sospeso in presenza di cause ostative alla conclusione del procedimento¹⁶.

Il procedimento si conclude con l'emissione di un provvedimento amministrativo, ossia di un atto di certazione che ha l'effetto di attribuire certezza pubblica alla qualificazione contrattuale in esso contenuta (Ghera, 2009, 741 ss.; De Angelis, 2004a, 240; Nogler, 2003, 121; Ciucciovino, 2014, 3-4; S. Ciucciovino, 2016. Argomenta sulla dubbia riconducibilità del provvedimento di certificazione *ex d. lgs. n. 276 del 2003* alla categoria delle certazioni amministrative Tursi, 2004, 24). Il provvedimento conserva la sua efficacia fino a quando intervenga un contrario accertamento giudiziale (Tursi, 2004, 27 che parla di «presunzione relativa di qualificazione»).

Quanto al contenuto dell'atto di certificazione, il legislatore del 2003 si limita a stabilire che deve essere motivato¹⁷ e che deve contenere l'espressa menzione degli effetti in relazione ai quali si richiede la certificazione; deve inoltre indicare il termine e l'autorità dinnanzi alla quale è possibile proporre ricorso¹⁸. Il D.M. 21 luglio 2004 aggiunge che devono essere richiamati i rimedi giudiziali esperibili ai sensi dell'art. 80, d. lgs. n. 276/2003.

¹⁵ Art. 78, comma 2, lett. b).

¹⁶ Ad esempio, ove le parti non collaborino diligentemente con la Commissione nell'evadere la richiesta di documentazione integrativa.

¹⁷ Peraltro, l'obbligo di motivazione, che costituisce di per sé requisito necessario del provvedimento amministrativo *ex art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241*, unitamente alla possibilità di ricorrere dinnanzi al T.A.R. ai sensi dell'art. 80, comma 5, corrobora la tesi, invero pacifica, della natura amministrativa del provvedimento di certificazione, accolta anche dalla prassi amministrativa (art. 6, comma 1, D.M. 21 luglio del 2004).

¹⁸ Art. 78, comma 2, lett. b) e c).

3. L'efficacia giuridica del provvedimento: tipologia, soggetti interessati e durata degli effetti

Il provvedimento di certificazione può produrre effetti civili, previdenziali, fiscali e amministrativi, e quindi effetti sia interni che esterni al contratto, a seconda, come si è detto, della volontà espressa dalle parti in sede di presentazione dell'istanza.

In particolare, l'accertamento dell'organo certificatore è vincolante per le parti istanti: nei loro confronti, secondo una parte della dottrina, la certificazione rimarrebbe, a ben vedere, sostanzialmente improduttiva di effetti (Ghera, 2009, 741 ss.; Nogler, 2012, 258).

La platea dei soggetti coinvolti dal provvedimento di certificazione si allarga fino ad estendersi anche alle pubbliche amministrazioni. Anzi, secondo alcuni, è in questo «effetto qualificatorio ultra partes» che risiede il «proprium», il «valore aggiunto» della certificazione (Ghera, 2009, 741 ss.). Più precisamente la certificazione depotenzia l'attività ispettiva e la potestà impositiva dello Stato¹⁹, benché – è bene evidenziarlo – non ne compori una totale paralisi. Infatti, in presenza di un provvedimento di certificazione, le pubbliche autorità deputate al controllo e alla vigilanza possono condurre i propri accertamenti.

La limitazione dei loro poteri si configura quando emerga qualche irregolarità che determini il disconoscimento dei contratti certificati. È a questo punto che la certificazione dimostra la propria portata ostativa poiché il disconoscimento non ha effetto immediato. Al contrario, gli organismi ispettivi devono dare atto nel proprio verbale del fatto che l'efficacia di tale disconoscimento è subordinata al positivo esperimento del tentativo di conciliazione dinnanzi alla Commissione che ha emesso l'atto di certazione oppure, ove questo fallisse, all'utile impugnazione in sede giudiziale del

¹⁹ Si segnala però la direttiva del Ministro del Lavoro del 18 settembre 2008, con cui è stato espresso il seguente orientamento: «Con riferimento ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa, in qualsiasi modalità anche a progetto, e alle associazioni in partecipazione con apporto di lavoro si dovrà concentrare l'accertamento ispettivo esclusivamente su quelli che non siano già stati sottoposti al vaglio di una delle commissioni di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo n. 276 del 2003, in quanto positivamente certificati o ancora in fase di valutazione, salvo che non si evinca con evidenza immediata e non controvertibile la palese incongruenza tra il contratto certificato e le modalità concrete di esecuzione del rapporto di lavoro».

provvedimento²⁰. La stessa sorte subiscono pure i conseguenti provvedimenti eventualmente adottati, volti al ripristino della regolarità sul piano contributivo e fiscale nonché le relative sanzioni.

Del resto, come condivisibilmente osservato in giurisprudenza, se si consentisse alle pubbliche autorità di esercitare pienamente i propri poteri rispetto al contratto certificato si svuoterebbe di significato la certificazione e la sua efficacia verso i terzi²¹.

La portata inibitoria della certificazione rispetto ai poteri ispettivi è stata oggetto però di critiche con specifico riferimento al caso in cui l'Inps o l'autorità finanziaria oppure le altre autorità pubbliche interessate alla qualificazione del contratto di lavoro accertino la difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione.

In questa particolare ipotesi si è sostenuto che l'effetto ostativo della certificazione sia contrario al buon andamento della pubblica amministrazione, tenuto conto che l'organo ispettivo farebbe valere «fatti che non furono né potevano “fenomenologicamente” esserlo, oggetto della certificazione» (Nogler, 2004, 220). Vieppiù, tale previsione integrerebbe una violazione del principio di parità di trattamento, nella misura in cui pone su un piano irragionevolmente diverso la situazione in cui le parti abbiano dato attuazione in un certo modo al contratto che non è stato certificato e quello in cui le stesse abbiano tenuto il medesimo comportamento ma abbiano ottenuto la certificazione (Nogler, 2012, 257).

Ad ogni modo, sia le parti che i terzi possono “superare” l'accerta-

²⁰ Circolare INL del 1° giugno 2018, n. 9. Con riferimento agli aspetti previdenziali, in senso analogo si veda già la circolare dell'INPS 1° giugno 2005, n. 71.

²¹ Così Comm. Trib. Emilia-Romagna 25 marzo 2019, n. 639, che, nell'annullare un atto di accertamento dell'agenzia delle entrate avente ad oggetto un contratto certificato, ha sostenuto la «carezza di potere di sindacato dell'agenzia delle entrate sulla certificazione, se non nel senso di adire il Giudice ordinario ex art. 413 c.p.c.». In senso conforme, più di recente, Corte di Giustizia Tributaria di II grado del 3 ottobre 2022, n. 1115, in <<https://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2022/10/CorteGiustiziaTributariasecondogradoBolognaserntenza1115-2022.pdf>>. Sulla efficacia vincolante della certificazione nei confronti degli organismi di vigilanza e controllo e sulla conseguente necessità di esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione che deve precedere l'azione giudiziale ai sensi dell'art. 80, d. lgs. n. 276/2003, cfr. anche: Trib. Milano, 22 giugno 2009; Trib. Milano, 26 gennaio 2012, in <<https://old.adapt.it/adapt-indice-a-z/tribunale-di-milano-26-gennaio-2012-tentativo-obbligatorio-di-conciliazione-per-i-contratti-certificati/>>; Trib. Bari, 2 marzo 2017, in *Onelegal.it*; Trib. Roma, 4 luglio 2017, in *DeJure.it*; Trib. Varese, 28 settembre 2017, in *www.lablex.it*.

mento cristallizzato nel provvedimento ricorrendo ai rimedi giudiziali di cui all'art. 80 (*amplius* Giovannone, Monterossi, 2024). La certificazione, infatti, non ha effetto vincolante nei confronti del giudice, né potrebbe ritenersi diversamente, atteso che un'eventuale inibizione del potere giurisdizionale si porrebbe irrimediabilmente in contrasto con gli artt. 24 e 102 Cost., con conseguente vizio di illegittimità costituzionale.

Non è necessario che si tratti di una sentenza passata in giudicato, come pur sarebbe stato legittimo prevedere (così Nogler, 2003, 116), e può trattarsi anche di un decreto ingiuntivo divenuto esecutivo per mancata opposizione o attività dell'opponente (Nogler, 2004, 880).

È bene precisare tuttavia che la legge attribuisce alla certificazione qualche riflesso all'interno del processo: il comportamento complessivo tenuto dalle parti nell'ambito del procedimento e in sede di definizione della controversia davanti alla commissione di certificazione potrà essere valutato dal giudice del lavoro ai fini della decisione sulle spese di lite ai sensi degli artt. 9, 92 e 96 c.p.c. (art. 80, comma 3).

Inoltre, l'art. 30, comma 2, l. n. 183 del 2010, riconosce «forza probatoria in sede giudiziale alla volontà delle parti (vincolando il giudice a valutarla quale criterio necessario di interpretazione e qualificazione del contratto) così come comprovata dagli atti certificatori ed endoprocedimentali prodotti (verbali di audizione, dichiarazioni delle parti) nell'ambito del procedimento di certificazione» (Ciucciovino, 2023, 4).

La formulazione alquanto sibillina della norma²² ha suscitato interpretazioni difformi in dottrina. Si è, in particolare, alternato il parere di chi ha negato la portata innovativa della disposizione (Carinci, 2011, 19-20) e quello di chi invece vi ha attribuito una efficacia derogatoria (Marazza, 2011, 64 ss. *contra* Novella, 2014, 354 ss.; De Angelis, 2011, 160; Nicolini, 2011, 101).

Oltre alle pubbliche amministrazioni, espressamente richiamate dal d. lgs. n. 276 del 2003, possono essere coinvolti dagli effetti della certificazione anche altri soggetti, ad esempio, i lavoratori impiegati nell'esecuzione dei servizi oggetto di un contratto di appalto certificato. Questi ultimi potrebbero avere interesse a intervenire nel procedimento alla stregua del principio di partecipazione al procedimento amministrativo in quanto portatori

²² La norma recita: «Nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro (...) salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione».

di interessi pubblici o privati nei cui confronti possa derivare un pregiudizio dal provvedimento finale (Ciucciiovino, 2023, 11).

In quanto terzi interessati, anche i lavoratori saranno tenuti a rispettare le previsioni di cui all'art. 80 nel caso in cui intendano contestare la qualificazione contrattuale accertata in sede di certificazione (Bellocchi, 2009, 1473. *Contra* Carinci, Avogaro, 2017, 430. Esprime qualche dubbio Dondi, 2012, 138). In ragione di ciò, si ritiene opportuno che l'appaltatore si impegni, anche dinnanzi alla Commissione, ad informare i lavoratori dell'avvenuta certificazione del contratto.

Si deve però chiarire che, in ragione dell'autonomia tra attività ispettiva e attività di certificazione, il procedimento di certificazione non deve essere sospeso in caso di pendenza di un accertamento ispettivo e viceversa²³. Ciascuna Commissione rimane tuttavia libera di optare per la sospensione del procedimento di certificazione, scelta che dovrà essere formalizzata all'interno del proprio regolamento²⁴ (sul tema Squeglia, 2024). Ad ogni modo, la sospensione dovrebbe essere ragionevolmente disposta non in presenza di una qualsiasi indagine, ma solo a fronte di un accertamento ispettivo che, oltre ad avere ad oggetto il contratto sottoposto a certificazione²⁵, riguardi profili di valutazione che appartengano all'area di competenza della Commissione. Così, ad esempio, ove la procedura di certificazione concerna un contratto di appalto non dovrebbe avere efficacia sospensiva l'accertamento avviato nei confronti della committente che insista sulla natura dei rapporti di lavoro tra questa e i propri dipendenti. Si tratta infatti di aspetti che non vengono in quel caso vagliati dall'organo certificatore, e quindi non dovrebbero ostare alla regolare prosecuzione del procedimento.

Il legislatore ha fissato un regime speciale per i contratti in corso di esecuzione. Più precisamente, il comma 2 dell'art. 79, inserito dalla l. n. 183 del 2010, prevede che, per questi contratti, gli effetti dell'accertamento dell'organo certificatore retroagiscono al momento di decorrenza del contratto se la Commissione ha appurato che l'attuazione del medesimo è stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con

²³ Si veda la nota 31.5.2006, n. 25/I/21 del Ministero del lavoro.

²⁴ Si veda sul punto anche la circolare INL del 1° giugno 2018, n. 9.

²⁵ È irrilevante invece se si tratti di un contratto avente il medesimo oggetto ma stipulato tra parti diverse. Si pensi all'ipotesi di un avvicendamento tra imprese nell'esecuzione di servizi in appalto, ove il contratto sottoscritto dall'appaltatore uscente sia stato oggetto di ispezione. Ciò non potrà inibire l'eventuale richiesta di certificazione del contratto siglato dal nuovo appaltatore.

quanto emerso in tale sede. In questa ipotesi, secondo la prassi amministrativa²⁶, dell'efficacia retroattiva si deve fare espressamente menzione nel provvedimento di certificazione altrimenti quest'ultimo potrà spiegare i propri effetti solo per il periodo successivo all'emissione.

Ancora, se vengono certificati contratti non ancora sottoscritti dalle parti, gli effetti si producono soltanto ove e nel momento in cui queste ultime provvedano a sottoscriverli.

Infine, vale la pena segnalare che la finalità deflattiva perseguita dal legislatore del 2003 può essere favorita anche dall'importante funzione di dissuasione e persuasione (una sorta di "soft power" come definito Nogler, 2004, 219; sul tema anche Treu, 2003, 89 ss. e Tursi, 2004, 43-44) che si deve riconoscere alla certificazione. Invero, già i primi commentatori hanno sottolineato come esso possa concorrere a migliorare la qualità dei contratti, favorendo la diffusione tra gli operatori di modelli contrattuali e buone prassi, e segnalando le soluzioni giuridicamente non corrette (Novella, 2014, 366; Nogler, 2012, 219-220). Non sono mancate tuttavia le osservazioni critiche di una parte della dottrina che in alcuni casi è giunta ad affermare l'inutilità della certificazione (tra cui Speziale, 2003, 299²⁷), mentre in altri ha evidenziato il rischio che essa favorisca una «giurisdizione cattiva» (così De Angelis, 2004b, 301. Rileva lo stesso rischio Garofalo, 2003, 382. *Contra* Visonà, 2014, 69).

²⁶ Nota dell'INL del 4 marzo 2020, n. 1981.

²⁷ L'autore argomenta la propria tesi, da un lato, sulla base del fatto che la certificazione perde efficacia a fronte di una difforme esecuzione, ipotesi più frequentemente ricorrente nella pratica, e, dall'altro, che, ove non si verificasse siffatto scostamento, l'esistenza del contratto sarebbe sufficiente e la certificazione diventerebbe superflua.

Riferimenti bibliografici

- Basenghi, F. (2021), *La certificazione dei contratti di appalto: l'esperienza della Commissione presso la Fondazione Universitaria Marco Biagi*, Webinar “Le Commissioni di certificazione. Funzioni e prassi oltre la pandemia”, Università Ca' Foscari, Venezia, 14 aprile 2021.
- Bellocchi, P. (2009), *Le procedure di certificazione*, in Amoroso G., Di Cerbo V., Maresca, A. (a cura di), *Diritto del Lavoro*, vol. I, Giuffrè, Milano, p. 1473.
- Carinci, M.T. (2011), *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 114, pp. 19-20.
- Carinci, M.T., Avogaro M. (2017), *Appalto, somministrazione di lavoro e trasferimento di ramo d'azienda tra giurisprudenza e prassi delle commissioni di certificazione*, in RGL, 3, p. 430.
- S Ciucciovino, S. (2014), *La certificazione dei contratti di lavoro come mezzo di produzione di certezze nel mercato del lavoro*, in S. Ciucciovino (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, Giappichelli, Torino.
- Ciucciovino, S. (2016), *Certificazione dei contratti di lavoro*, Voce, in <https://www.treccani.it/enciclopedia/certificazione-dei-contratti-di-lavoro_%28Diritto-on-line%29/>.
- Ciucciovino, S. (2023), *Certificazione dei contratti di lavoro*, Voce, in ED, pp. 1-16.
- De Angelis, L. (2004a), *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in RIDL, 2, p. 240.
- De Angelis, L. (2004b), *Certificazione dei rapporti di lavoro e poteri del giudice. Quale deflazione del contenzioso?*, in De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli, L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 301.
- De Angelis, L. (2011), *Collegato lavoro 2010 e diritto processuale*, in LD, 2, p. 160.
- Del Vecchio, L. (2024), *Contratto di appalto in ambienti confinati*, in questo volume.
- Dondi, G. (2012), *Procedure di certificazione*, in M. Martone, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Vol. IV, Cedam, Padova, p. 138.
- Garofalo, M.G. (2003), *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in RGL, I, p. 382.
- Ghera, E. (2009), *Contratti di lavoro (certificazione dei)*, voce, in Dig. Disc. Priv.-

- Seq. Comm.*, pp. 741 ss.
- Giovanzone, M. e Monterossi, L. (2024), *Vizi del procedimento e del provvedimento di certificazione, rimedi e tentativo obbligatorio di conciliazione*, in questo volume.
- Marazza, M. (2011), *Oggetto ed effetti della nuova certificazione dei contratti di lavoro*, *ADL*, 1, p. 64.
- Nicolini, C.A. (2011), *Certificazione dei contratti e contenzioso nel "Collegato lavoro"*, in Miscione M., Garofalo D. (a cura di), *Il collegato lavoro 2010; commentario alla legge n.183/2010*, Ipsoa, Milano, p. 101.
- Nogler, L. (2003), *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, in *MGL*, p. 116.
- Nogler, L. (2004), *Cos'è la certificazione dei contratti di lavoro?*, Aa.Vv. (a cura di), *Commentario su Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, p. 880.
- Nogler, L. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DRI*, 102, 2, p. 219.
- Nogler, L. (2012), *Commento all'art. 31*, in Nogler L., Marinelli, M. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n.183*, Utet, p. 258.
- Novella, M. (2014), *Certificazione in materia di lavoro e tutela giurisdizionale*, in *LD*, 2-3, pp. 354 ss.
- Speziale, V. (2003), *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *RGL*, I, 299.
- Squeglia, M. (2024), *Certificazione e attività ispettiva*, in questo volume.
- Treu, T. (2003), *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione et arbitrato*, in *DRI*, 1, pp. 89 ss.
- Tursi, A. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 19, p. 24 e pp. 43-44.
- Visonà, S. (2014), *Il controllo giurisdizionale della certificazione*, in Ciucciovino S. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, Giappichelli, Torino, p. 69.

Capitolo 7

Vizi del procedimento e del provvedimento di certificazione, rimedi e tentativo obbligatorio di conciliazione

*Maria Giovannone, Luisa Monterossi**

SOMMARIO

1. Imperatività e superabilità condizionata del provvedimento di certificazione per le parti ed i terzi – 2. La stabilità relativa del provvedimento di certificazione: vizi censurabili e rimedi esperibili – 2.1. I vizi censurabili dinanzi al T.A.R.: vizi del procedimento ed eccesso di potere – 2.2. I vizi del provvedimento rimessi alla giurisdizione dal giudice ordinario – 3. Il tentativo obbligatorio di conciliazione *ex* artt. 80, co. 4 d. lgs. n. 276/2003 e 410 c.p.c. – 3.1. La *ratio* del tentativo di conciliazione innanzi alle commissioni: tra vincoli normativi e autonomia statutaria – 4. Il procedimento innanzi alla Commissione e i suoi possibili esiti

1. Imperatività e superabilità condizionata del provvedimento di certificazione per le parti ed i terzi

Il provvedimento di certificazione esplica una efficacia imperativa tra le parti e verso i terzi ed è controvertibile soltanto in sede giudiziale (Ciuciovino, 2023); di conseguenza, assumendosi il contratto conforme all'ordinamento (Ghera, 2004; Gandi, 2004, 485; De Angelis, 2004, 235; Nogler, 2004, 203; Tursi, 2005, 595), il provvedimento (cfr. l'art. 79, co. 1) impedisce a qualsiasi soggetto, salvo il giudice, di contestare quanto certificato (Ciuciovino, 2014, 3-20; Pasquini, Tiraboschi, 2011, 141-157). Al riguardo, l'art. 79 del d. lgs. n. 276/2003 dispone infatti che l'atto di certificazione produce effetti che permangono tra le parti e verso terzi solo finché non sia stato accolto, con sentenza di merito (Speziale, 2004, 212; Speziale, 2011; Gandi, 2004, 485), uno dei ricorsi giurisdizionali specificatamente esperibili ai sensi dell'art. 80. La disposizione imprime alla certificazione stabilità qualifica-

* Pur essendo frutto di una riflessione comune, i par. 1, 3, 3.1 e 4 sono da attribuire a Maria Giovannone e i par. 2, 2.1 e 2.2 a Luisa Monterossi.

toria e consolida l'affidamento delle parti interessate, in piena coerenza con la finalità deflattiva dell'istituto.

Si ritiene, tuttavia, che avverso lo stesso sia proponibile un ricorso *ex art.* 700 c.p.c. che, se accolto, può legittimamente sospenderne l'efficacia fino alla emanazione della sentenza di merito. D'altra parte è da escludersi che la certificazione possa essere messa in discussione in via incidentale, dunque nel corso di un giudizio che non sia stato promosso *ex art.* 80 d. lgs. n. 276/2003 e rivolto all'accertamento di pretese di per sé incompatibili con la qualificazione del contratto sancita dal provvedimento. Diversamente si ridurrebbe a totale irrilevanza il disposto di cui all'art. 80 (in tal senso Ciucciovino, 2023; Tremolada, 2007, 307. In senso contrario De Angelis 2004, 235; Tursi, 2005, 595 e ss).

Quanto ai soggetti terzi espressamente menzionati dall'art. 79, gli stessi vanno identificati con gli organismi ispettivi e di vigilanza degli istituti previdenziali ed assistenziali (Inps, Inail), dell'amministrazione finanziaria (Agenzia delle Entrate) e l'Ispettorato del Lavoro nelle sue articolazioni territoriali (Bellocchi, 2007, 1134 e ss). In realtà, con particolare riferimento alle prestazioni previdenziali, fin dall'inizio dell'entrata in vigore della norma, la dottrina (Nogler, 2004, 391; Guadagnino, 2004, 575) si era chiesta se gli enti preposti dovessero effettivamente ritenersi vincolati al provvedimento di certificazione, attese le ricadute qualificatorie dello stesso sull'*an* e sul *quantum* delle correlate obbligazioni contributive e tenuto altresì conto di un pregresso orientamento della giurisprudenza di legittimità teso a negare che la volontà negoziale delle parti potesse in alcun modo incidere sull'insorgere dell'autonoma obbligazione contributiva¹.

D'altra parte, alle conferme della dottrina hanno fatto seguito quelle della giurisprudenza di merito² e della prassi amministrativa³.

Rispetto ai contratti certificati, pertanto, tali enti vengono privati del loro potere di autotutela, essendo agli stessi interdetto l'esercizio dei tipici atti di diffida accertativa, contestazione, recupero previdenziale e assicurativo e dei correlati poteri sanzionatori⁴. Proprio in questo aspetto, si diffe-

¹ *Ex plurimis*, Cass. 25 febbraio 2005, n. 4004; Cass. 3 aprile 2004, n. 6607; Cass. 3 marzo 2003, n. 3122.

² Tribunale di Milano 22 giugno 2009, n. 2647, con nota di A. Guadagnino in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1, 2011, pp. 126-129.

³ Circolare Inps n. 71 del 1° giugno 2005.

⁴ Sul punto cfr. CTR Emilia-Romagna del 25.3.2019, n. 639 che ha dichiarato «la carenza di potere di sindacato dell'agenzia delle entrate sulla certificazione, se non nel senso di

renza massimamente negli effetti il contratto di lavoro certificato, considerato che la certificazione produce una «stabilità relativa ai fatti certificati» cosicché, fino alla pronuncia del giudice in primo grado, «le parti e i terzi sono vincolati alle risultanze dell'atto di certificazione, ne subiscono gli effetti e non possono opporvisi» (Perina, 2005, 12-13). Tuttavia, va subito precisato come l'efficacia verso i terzi non sia da intendersi nel senso di cui all'articolo 1372, co. 2, c.c., risiedendo piuttosto nel fatto che – con la certificazione – si rendono «imperativi verso i terzi quelli che restano pur sempre effetti riflessi del contratto certificato»⁵ (Ghera, 2009).

Ad ogni modo, come già chiarito dalla prassi amministrativa⁶, la previsione dell'art. 79 non impedisce agli organi terzi di portare avanti il loro lavoro di ispezione e controllo, imponendo piuttosto agli stessi di attenersi agli effetti amministrativi, civili, contributivi e fiscali della certificazione e di evitare l'adozione di alcun atto o provvedimento che presupponga una diversa qualificazione del contratto certificato⁷ (Ciucciovino, 2014, 16).

Di conseguenza, qualora detti organi intendessero superare lo schermo legale della certificazione, avrebbero comunque l'onere di promuovere un tentativo obbligatorio di conciliazione presso la stessa commissione che ha certificato il contratto, per poi procedere, in caso di mancata conciliazione, a proporre un ricorso giurisdizionale (Dondi, 2004).

Infatti, la formulazione dell'art. 80 del d. lgs. n. 276/2003 non ha interdetto ai suddetti enti l'esperimento del tentativo (Nogler, 2004; Guadagnino, 2004)⁸. In concreto però questa ipotesi di ricorso, già improbabile

adire il Giudice ordinario ex art. 413 c.p.c.».

⁵ La questione è molto rilevante ad esempio rispetto alla certificazione dei contratti di appalto, dove tra i terzi non si contano solo gli Enti pubblici interessati alla tutela dei rapporti di lavoro, ma anche i lavoratori dipendenti dell'appaltatore, nei confronti dei quali il contratto di appalto certificato non produce effetti diretti, ma indiretti e superabili attraverso il ricorso giudiziale ai sensi dell'articolo 29, comma 3-bis, del decreto legislativo n. 276 del 2003.

⁶ In tal senso cfr. la circolare INPS del 1° giugno 2005 n. 71, secondo cui «il funzionario di vigilanza procederà [...] alla notifica di un distinto verbale ispettivo contenente unicamente gli elementi a sostegno delle ragioni dell'Istituto e la quantificazione, ai soli fini cautelari, delle somme ritenute dovute».

⁷ Nella prassi amministrativa cfr. altresì nota 31.5.2006, n. 25/I/21 del Ministero del lavoro.

⁸ La posizione è stata poi confermata da Inps con la Circolare del 1° giugno 2005 n. 71 e, in senso ancor più esplicito, dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con la Circolare del 25 novembre 2010.

ab origine, si è resa ancor più remota con l'adozione della Direttiva del 2008 (Tiraboschi, 2008; Carinci, 2009; Casotti, Gheido, 2009)⁹, specie con riferimento ai provvedimenti di certificazione dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa, rispetto ai quali, in mancanza di ricorso delle parti interessate, l'interesse pubblico all'annullamento appare piuttosto debole, pur in presenza di un eventuale differenziale a favore degli istituti previdenziali; ciò anche per l'effetto del progressivo avvicinamento delle aliquote contributive applicabili ai lavoratori iscritti alla gestione separata dell'Inps.

2. La stabilità relativa del provvedimento di certificazione: vizi censurabili e rimedi esperibili

Come anticipato, l'accertamento della Commissione non è incontrovertibile, ma può essere messo in discussione, ed eventualmente superato, dall'autorità giudiziale secondo quanto previsto dall'art. 80. Come osservato in dottrina, la previsione del meccanismo di impugnazione assicura la tenuta sul piano costituzionale della disciplina sulla certificazione, garantendone la conformità agli artt. 24 e 102 Cost. (Tursi, 2004, 25).

Prima di entrare nell'analisi dei singoli vizi censurabili innanzi al giudice è opportuno distinguere tra vizi procedurali e vizi del provvedimento: i primi attengono al processo di formazione del provvedimento, i secondi inficiano la qualificazione in esso contenuta.

La differenza non è di poco momento perché, come vedremo, condiziona la tipologia di rimedio giudiziale esperibile (sul sistema delle impugnazioni *amplius* Barberio, 2023, 153 ss.).

⁹ Direttiva Ministeriale al personale ispettivo del 18 settembre 2008 che ha chiarito come con riferimento ai contratti di lavoro flessibili, l'accertamento ispettivo si debba concentrare su quelli che non siano stati oggetto di certificazione con esito positivo o ancora in fase di valutazione da parte di una commissione di certificazione, salvo che non si evinca con evidenza immediata e non controvertibile la palese incongruenza tra il contratto certificato e le modalità concrete di esecuzione del rapporto di lavoro.

2.1. I vizi censurabili dinanzi al T.A.R.: vizi del procedimento ed eccesso di potere

In caso di violazione delle regole del procedimento di certificazione, così come descritte dagli artt. 77 e 78, d. lgs. n. 276/2003, ciascuna delle parti o i terzi che vi abbiano interesse possono adire il giudice amministrativo, contestando la legittimità del provvedimento¹⁰.

È importante, tuttavia, comprendere quando si configuri un vizio procedurale, tenuto conto che, in alcune circostanze, i contorni appaiono sfumati.

In particolare, un vizio procedurale si può riscontrare in presenza di errori od omissioni compiuti dalla Commissione in fase di avvio del procedimento: ad esempio, quando non siano state effettuate le dovute comunicazioni nei confronti dell'Ispettorato o quando le stesse siano state eseguite verso soggetti privi di competenza territoriale¹¹.

Inoltre, la comunicazione carente sul piano sostanziale potrebbe inficiare la validità del procedimento, come nel caso in cui non siano stati trasmessi, unitamente all'istanza, tutti i documenti utili a garantire alle autorità pubbliche interessate una loro effettiva partecipazione, anche al fine di formulare eventuali osservazioni¹². Ancora, l'assenza del requisito di volontarietà potrebbe tradursi in un vizio procedurale (Ciuccirosso, 2023, 12-13).

Ha sollevato invece qualche dubbio l'ipotesi in cui il provvedimento sia emesso da un organo certificatore non correttamente costituito. La questione è stata affrontata, più specificamente, in relazione alle Commissioni istituite presso gli enti bilaterali, a loro volta non costituiti conformemente alle prescrizioni di cui all'art. 2, lett. h), d. lgs. n. 276/2003¹³. In questi casi, secondo l'interpretazione accolta dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro¹⁴,

¹⁰ L'impugnazione rimane assoggettata ovviamente ai termini che regolano il processo amministrativo.

¹¹ Sull'argomento si veda la nota dell'INL del 19 aprile 2019, n. 3861 che, anche alla luce di una diffusa prassi che faceva riferimento alla sede legale dell'impresa, ha precisato che, quando il provvedimento abbia ad oggetto contratti di appalto, la sede dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro territorialmente competente deve essere individuata in base al luogo di esecuzione del lavoro. In proposito si veda anche la nota del 4 marzo 2020, n. 1981.

¹² Circolare del 12 febbraio 2018, n. 4 e, più di recente, si veda la nota del 4 marzo 2020, n. 1981.

¹³ Ossia ad iniziativa di associazioni sindacali o datoriali comparativamente più rappresentative.

¹⁴ Si veda la circolare del 12 febbraio 2018, n. 4, in cui si fa riferimento a un provvedimento di certificazione emesso da un ente bilaterale – astrattamente competente ai sensi dell'art.

il provvedimento non può spiegare la sua tipica efficacia preclusiva perché emesso da un organismo che non può definirsi un ente bilaterale, e che, quindi, non è abilitato a svolgere le relative funzioni, tra cui quella certificatoria. Sicché, in tal caso, alla certificazione non può riconoscersi un effetto ostativo rispetto all'attività delle autorità pubbliche, che conservano intatti i propri poteri impositivi, potendo adottare i conseguenti atti e irrogare eventualmente le relative sanzioni. Gli ispettori dovranno però dare conto nel verbale di contestazione (nonché nell'ordinanza di ingiunzione) dei vizi rilevati in merito all'ente certificatore.

L'orientamento accolto dalla prassi amministrativa non è stato tuttavia condiviso da una parte della giurisprudenza che ha ricondotto il caso alla categoria dei vizi del procedimento, vincolando dunque gli organi ispettivi ad impugnare il provvedimento di certificazione dinnanzi al T.A.R. *ex* art. 80, comma 5¹⁵.

Ai vizi procedurali possono ricondursi anche le violazioni commesse in fase di conclusione del procedimento: ad esempio, ove il provvedimento non contenga menzione degli effetti in relazione ai quali si richiede la certificazione o dei termini o dell'autorità cui si può ricorrere ai sensi dell'art. 80 (Tursi, 2004, 38).

Oltre che per inosservanza delle norme sul procedimento, il provvedimento può essere impugnato dinnanzi al giudice amministrativo per eccesso di potere.

A fronte delle critiche sollevate da una parte della dottrina – che ne ha negato la configurabilità, stante l'assenza di una autentica discrezionalità amministrativa in capo alla Commissione – altri autori ne hanno offerto ricostruzioni alternative, volte a riempire di contenuto questa tipologia di vizio.

Al fine di superare l'*impasse*, taluni hanno suggerito di identificare l'eccesso di potere con quelle ipotesi che sono proprie anche degli atti amministrativi non discrezionali, come il «travisamento dei fatti», il difetto o la contraddittorietà della motivazione, ipotizzando, in via dubitativa, anche il

76, lett. a), d. lgs. n. 276/2003 – che non poteva definirsi costituito ad iniziativa di organizzazioni datoriali o sindacali comparativamente più rappresentative *ex* art. 2, lett. h), d. lgs. n. 276/2003. In senso adesivo Trib. Trento 10 settembre 2012, in <https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=25510:tribunale-di-trento,-sez-lav,-10-settembre-2020,-n-128-contratto-di-appalto-requisiti-previsti-dall-art-29-co-1-d-lgs-276-2003&catid=72&Itemid=138>. Si veda anche Trib. Parma, 25 agosto 2023, in *DeJure.it*.

¹⁵ Corte App. L'Aquila, 5 luglio 2022 e Trib. Chieti, 17 marzo 2021, dalla prima richiamata.

«contrasto con i precedenti» e la «disparità di trattamento di casi eguali» (Tursi, 2004, 37).

Altri, muovendo dalla discrezionalità tecnica che può essere riconosciuta in capo alla Commissione (priva invece di una c.d. discrezionalità pura) e dal conseguente potere vincolato in ordine all'emissione e al contenuto dell'atto, hanno ricollegato la previsione dell'eccesso di potere ex art. 80 ad un eccesso di cautela del legislatore (immaginando il caso di un provvedimento emesso al di fuori di qualsivoglia ipotesi di certificazione prevista dalla legge) o più verosimilmente a un errore tecnico (Ghera, 2009, 741 ss.).

Secondo altra parte della dottrina questo vizio si può sostanziare, ad esempio, nel rigetto ingiustificato dell'istanza di certificazione, nel diniego non sufficientemente motivato della certificazione, nell'incompetenza territoriale o nel difetto o contraddittorietà della motivazione (Ciucciovino, 2023, 13; ma si veda Dondi, 2012, 121, che ricollega l'incompetenza territoriale a un vizio procedurale)¹⁶. L'eccesso di potere potrebbe inoltre confondersi con l'erroneità della certificazione, che è motivo di impugnazione di fronte al giudice ordinario (Ciucciovino, 2023, 13)¹⁷.

Se si accerta la sussistenza della violazione delle norme del procedimento o dell'eccesso di potere, il giudice annulla il provvedimento amministrativo. Non può però esprimersi sul contratto certificato che tuttavia, a seguito della sentenza che accoglie il ricorso, diventa privo della certezza qualificatoria garantita dalla certificazione (Tursi, 2004, 37).

2.2. I vizi del provvedimento rimessi alla giurisdizione dal giudice ordinario

In presenza di vizi del provvedimento la giurisdizione si radica in capo al giudice ordinario. Più precisamente, ai sensi dell'art. 80, comma 1, sono tre le tipologie di irregolarità riconducibili ai vizi del provvedimento: l'erronea qualificazione del contratto, la difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione e i vizi del consenso.

È bene chiarire che l'impugnazione riguarda in tutti i casi «l'atto di

¹⁶ Si veda anche la circolare INL del 1° giugno 2018, n. 9, che riconduce l'eccesso di potere al caso in cui la decisione della Commissione non trovi alcun fondamento negli elementi forniti dalle parti, ritenendola comunque un'eventualità residuale.

¹⁷ Cfr. al riguardo anche Trib. Milano, 1° giugno 2012, in MGL, 2015, 3, pp. 172 ss., che ha qualificato l'eventuale erronea certificazione di un contratto a tempo determinato per mancata specificità della causale quale eccesso di potere, da censurare davanti al giudice amministrativo.

certificazione». Invero, a fronte di un dato testuale sufficientemente chiaro, la norma ha sollevato qualche difficoltà interpretativa che ha indotto taluno a individuare nel contratto certificato, e non nel provvedimento, l'oggetto del giudizio.

A sostegno di questa ultima tesi si è osservato che una diversa lettura sarebbe stata incompatibile con le disposizioni che regolano il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, atteso che la giurisdizione del giudice ordinario non può ricomprendere un provvedimento amministrativo, quale è quello emesso dalla Commissione di certificazione (Ghera, 2004, 741 ss.).

Inoltre, l'esame sui vizi di erroneità della qualificazione contrattuale e di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua esecuzione condurrebbe ad una valutazione non tanto del provvedimento, quanto del contratto. Analogamente, quando la irregolarità attiene ai vizi del consenso «sarebbe illogico riferire vizi che riguardano la volontà dei contraenti ad un atto (amministrativo) che certifica tale volontà» (Novella 2014, 365). Ancora, secondo altri, la formulazione della norma sarebbe impropria poiché oggetto dell'impugnazione non è l'atto certificatorio, ma il contratto certificato che, in quanto affetto da vizi del consenso *ex* art. 1427 c.c., travolge anche il provvedimento di certificazione (Foglia, 2007, 918; Vallebona, 2004, 139).

Sebbene siffatto orientamento sia fondato su valide argomentazioni, sembra più persuasiva la ricostruzione proposta da un'altra parte della dottrina, secondo cui il processo dinanzi al giudice ordinario verte sul provvedimento di certificazione. Depone in tal senso non solo la lettera della norma¹⁸ ma anche un elemento sostanziale: i vizi richiamati riguardano il contenuto del provvedimento di certificazione e non del contratto (Ciuciovino, 2023, 12).

Questo assunto trova un chiaro riscontro con riferimento all'erronea qualificazione del contratto e alla difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione.

In particolare, nel primo caso la censura sarà rivolta all'errore di valutazione commesso dalla Commissione nell'operare la sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta. Appare pertanto inequivocabile che l'oggetto del giudizio sia il provvedimento di certificazione.

Parimenti, nel secondo caso, la valutazione del giudice riguarderà l'in-

¹⁸ L'art. 80, comma 1, fa riferimento espressamente all'atto di certificazione quale oggetto dell'impugnazione.

coerenza tra quanto emerso dal testo contrattuale e dalle informazioni aggiuntive acquisite in sede di certificazione e la sua concreta esecuzione. Di nuovo, quindi, oggetto dell'impugnazione sarà il provvedimento, non il contratto certificato.

La tesi si rivela meno solida quando ad essere contestato sia un vizio del consenso, come si è visto, più facilmente riconducibile al regolamento contrattuale piuttosto che all'atto di certazione. Tuttavia, in proposito è stato condivisibilmente sostenuto che il vizio potrebbe riguardare «il consenso negoziale prestato dal lavoratore nel convincimento di stipulare un contratto la cui qualificazione giuridica operata dalla Commissione si sia rivelata successivamente fallace o erronea. Dunque anche in questa ipotesi l'impugnazione riguarda un difetto del provvedimento, in quanto formatosi sulla base di un difetto di rilevazione della volontà delle parti» (Ciucciovino, 2023, 12).

In ogni caso, qualunque sia il tipo di censura rilevato, in ossequio ai principi del diritto processuale, il giudice ordinario non potrà conoscere dell'eventuale violazione delle norme che regolano il procedimento, in quanto esulano dalla propria giurisdizione. Egli potrà soltanto soffermarsi sui «profili di merito e sostanziali di violazione delle norme giuslavoristiche alla base della certificazione come risultanti dalla motivazione del provvedimento» (Ciucciovino, 2023, 12). E, ove il ricorso sia fondato, potrà soltanto disapplicare, ma non annullare il provvedimento, al fine di procedere a una qualificazione del contratto che si discosti da quella accertata dalla Commissione (Ghera, 2004, 741 ss.; Ciucciovino, 2023, 12).

Da ultimo, occorre evidenziare che la tipologia di vizio condiziona anche la decorrenza degli effetti della sentenza giudiziale.

Ai sensi dell'art. 80, comma 2, l'accertamento sulla erronea qualificazione contrattuale ha efficacia sin dal momento in cui è stato concluso l'accordo. La retroattività degli effetti consente di aggirare eventuali sospetti di illegittimità costituzionale: se fosse stata posticipata l'efficacia della certificazione ad un momento successivo si sarebbe incorso nel rischio di violare il principio di indisponibilità del tipo ma anche l'art. 102 Cost. che affida alla magistratura l'esercizio della funzione giurisdizionale (Nogler, 2004, 215).

Per contro, l'accertamento del giudice che attesti la difformità tra il programma negoziale e quello effettivamente realizzato dalle parti ha effetto dal momento in cui, in base a quanto accertato nella sentenza, ha avuto inizio la difformità stessa. Questo slittamento degli effetti ad un momento successivo all'inizio dell'esecuzione del rapporto confermerebbe,

peraltro, che il motivo di impugnazione in esame non può considerarsi sovrapponibile all'ipotesi dell'accordo simulatorio *ex art.* 1414, comma 2, c.c. (Ciucciovino, 2023, 12, *contra* Nogler, 2012, 255-256).

3. Il tentativo obbligatorio di conciliazione *ex artt.* 80, co. 4 d. lgs. n. 276/2003 e 410 c.p.c.

3.1. La *ratio* del tentativo di conciliazione innanzi alle commissioni: tra vincoli normativi e autonomia statutaria

Le parti ed i terzi interessati a superare la certificazione sono tenuti a rispettare i “filtri al contenzioso” predisposti dall'ordinamento. Tra questi, a livello procedimentale, vi è quello disciplinato dall'art. 80, co. 4, del d. lgs. n. 276/2003 in base al quale la controversia giudiziale avente ad oggetto il contratto certificato deve essere preceduta, a pena di improcedibilità, da un tentativo obbligatorio di conciliazione presso la stessa commissione che ha certificato il contratto. Pertanto, prima di ricorrere al giudice del lavoro, in questo caso competente anche per le controversie previdenziali relative al contratto certificato *ex art.* 413 c.p.c. e in deroga all'art. 444 c.p.c., i soggetti nella cui sfera giuridica l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti e che intendano presentare ricorso giurisdizionale – ai sensi dell'art. 80, comma 1, D. Lgs n. 276/2003 – esperiscono il tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. innanzi alla commissione.

In effetti, in un primo momento, la giurisprudenza¹⁹ aveva ritenuto che il mancato esperimento del tentativo di conciliazione comportasse esclusivamente la sospensione del giudizio per i sessanta giorni necessari all'esperimento della procedura avanti alla commissione, senza per questo determinare l'inammissibilità ovvero la improcedibilità dell'azione. L'opzione ermeneutica derivava da una assimilazione del tentativo di conciliazione *ex art.* 80 co. 4 d. lgs. n. 276/2003 a quello disposto dall'art. 410 c.p.c., nella sua versione antecedente l'entrata in vigore dell'art. 31 l. n. 183/2010. Inoltre, essa muoveva dal presupposto che il rinvio operato dalla prima disposizione alla seconda avrebbe determinato una attrazione complessiva delle previsioni codicistiche tale da ritenerle parte integrante della previsione *ex art.* 80 co. 4. L'opzione è stata condivisibilmente superata²⁰ a favore

¹⁹ Tribunale di Milano, sentenza del 18.05.2012, causa 3365/2012

²⁰ Cfr. Tribunale Di Milano sentenza n. 713 del 21.02.2013; Tribunale di Milano sentenza n. 1874 del 10.05.2013; Tribunale di Varese 28.9.2017; Tribunale di Roma 4.7.2017 che

della improcedibilità dell'azione. A sostegno di questa tesi si è posta la lettura dell'art. 31, co. 6, l. n. 183/2010 in virtù del quale, prima di ricorrere all'autorità giudiziaria, è necessario completare l'iter giuridico-amministrativo funzionale all'impugnazione del provvedimento.

Si è preso così atto della notevole differenza esistente tra il tentativo obbligatorio previsto dalla formulazione dell'art. 410 c.p.c., antecedente l'entrata in vigore della l. n. 183/2010, e quello da esperire innanzi alle commissioni di certificazione. Infatti, mentre l'art. 410 c.p.c. prevedeva espressamente che il tentativo dovesse ritenersi esperito decorsi sessanta giorni dalla richiesta di convocazione delle parti innanzi alla Direzione Territoriale del Lavoro (oggi Ispettorato Territoriale del lavoro), tale previsione era del tutto assente dall'art. 80 co. 4 del d. lgs. n. 276/2003 che, invece, lo ha semplicemente qualificato come obbligatorio. Giova peraltro ricordare che, se è vero che l'ente certificatore applica la procedura di cui all'art. 410 c.p.c. affinché l'eventuale soluzione conciliativa adottata in quella sede possa godere del relativo carattere di inoppugnabilità, è altrettanto comune che le commissioni integrino l'iter procedurale codicistico con ulteriori previsioni regolamentari disciplinate *ad hoc* nell'ambito della propria autonomia statutaria.

Inoltre, risalendo alla *ratio* complessiva delle modifiche apportate dal “collegato lavoro” (l. n. 183/2010), è evidente come il Legislatore, introducendo la facoltatività del tentativo di conciliazione *ex* art. 410 c.p.c. e preservandone invece l'obbligatorietà per l'impugnazione del provvedimento di certificazione *ex* art. 80 co. 4 d. lgs. n. 276/2003, abbia inteso rafforzare il potere deflattivo del contenzioso proprio dell'istituto certificatorio. La regolamentazione contrattuale assume così una notevole stabilità poichè, in ogni caso e prima di adire l'autorità giudiziaria, è necessario l'effettivo passaggio innanzi alla commissione certificatrice con una più chiara divaricazione – formale e sostanziale – tra i due istituti conciliativi.

Si conviene pertanto sul fatto che la funzione dell'art. 80, co. 4 d. lgs. n. 276/2003 non sia tanto quella di un filtro per snellire «il carico gravante sui Tribunali del lavoro», quanto piuttosto quello «di dare completezza alla idea della “volontà assistita”» (Pasquini, Tiraboschi, 2011, 146), ragione per cui pare naturale che le parti in contenzioso “illustrino” alla commissione le ragioni del dissidio, anche eventualmente su elementi del programma negoziale concordemente confermati in sede di certificazione. In questo senso, dunque, «non può non rilevarsi la funzione “deterrente” svolta da tale previsione, finalizzata a sostenere il rispetto dei patti» (Pasquini, Tira-

dichiara l'improponibilità della domanda; Tribunale di Milano 26.1.2012.

boschi, 2011, 146). In effetti, chi abbia interesse a contestare il contenuto della certificazione è chiamato a presentarsi nuovamente di fronte alla stessa commissione che ha emanato il provvedimento dopo attenta istruttoria documentale e verbale; detta circostanza dovrebbe inevitabilmente scoraggiare azioni meramente opportunistiche e liti temerarie.

Tanto più valorizzati sono dunque il ruolo e l'autorità delle commissioni di certificazione alle quali le previsioni normative hanno di fatto attribuito un «potere di autotutela, che permetta di vagliare i vizi contestati agli atti da esse emanati in via preventiva rispetto al momento in cui questi vengano esaminati dal giudice, in modo da poter effettuare eventuali interventi correttivi» (Pasquini, Tiraboschi, 146).

4. Il procedimento innanzi alla Commissione e i suoi possibili esiti

La procedura del tentativo obbligatorio innanzi alle commissioni segue le regole dettate dall'art. 410 c.p.c. per l'espletamento del tentativo di conciliazione innanzi all'Ispettorato Territoriale del Lavoro, come eventualmente integrate dalle specifiche prescrizioni dettate dai regolamenti delle commissioni che, comunemente, innestano taluni ulteriori profili procedurali, pur nella garanzia dei presupposti di inoppugnabilità della soluzione conciliativa eventualmente raggiunta. Essa è dunque modellata sul tentativo di conciliazione facoltativo, con alcune differenze dettate anzitutto dal fatto che, se nel caso concreto la parte resistente ad esempio non deposita la memoria prevista nei termini indicati dall'art. 410 c.p.c., così come modificato dall'art. 31 della n. 183/2010, il tentativo di conciliazione non potrà intendersi comunque esperito e non si potrà comunque procedere con il deposito del ricorso dinnanzi l'autorità giudiziaria, dato che i soggetti interessati devono essere comunque convocati innanzi la commissione.

Più in particolare, guardando alla prassi della Commissione di certificazione dell'Università Roma Tre²¹, si osserva come la richiesta del tentativo obbligatorio di conciliazione, sottoscritta dall'istante, debba essere notificata, a cura della stessa parte, non solo alla Commissione ma anche alla controparte nei confronti della quale la controversia è promossa.

Tra le informazioni da precisare nell'istanza, si prevede altresì l'indicazione del motivo della controversia – erronea qualificazione, difformità tra programma negoziale certificato e sua successiva attuazione, vizio del

²¹ Cfr. artt. 15-17 del Regolamento del 16 giugno 2020.

consenso – e l'esposizione dei fatti e delle ragioni per le quali si richiede l'espletamento del tentativo di conciliazione.

Come è agevole osservare, detti motivi coincidono letteralmente – e non poteva essere diversamente – con i vizi che legittimano gli stessi interessati alla impugnazione innanzi al giudice del lavoro, la cui analisi è stata già ampiamente trattata nel paragrafo precedente (cfr. contributo Luisa Monterossi) (Ghera, 2004; Tursi, 2004; Avondola, 2013; Tullini, 2004; Ciuciovino, 2023). I vizi, peraltro, si riferiscono al provvedimento di certificazione e non già al contratto certificato (Dondi, 2012; Tremolada, 2007, 30; *contra* Vallebona, 2010, 93; Ghera, 2004, 277; Bellocchi, 2007, 1134), tenuto conto del fatto che la lettera della norma prevede espressamente la proposizione del ricorso innanzi al giudice del lavoro «nei confronti dell'atto di certificazione» e che i motivi di impugnazione riguardano il contenuto del certificato, e non del contratto, rispetto al quale il giudice del lavoro è «chiamato a conoscere esclusivamente i profili di merito e sostanziali di violazione delle norme giuslavoristiche alla base della certificazione, non già quelli riguardanti la violazione delle norme che governano il procedimento amministrativo che sono invece di esclusiva competenza del TAR» (Ciuciovino).

Tuttavia, se rispetto alla erronea qualificazione ed alla difformità tra programma negoziale certificato e sua successiva attuazione, anche gli enti terzi sono legittimati attivi a promuovere il ricorso innanzi al giudice del lavoro, rispetto ai vizi del consenso pare più probabile ritenere che lo siano solo le parti.

Ricevuta notifica dell'istanza, la controparte, a sua volta, può depositare presso la Commissione competente, nei termini di venti giorni dal ricevimento della copia della richiesta, una memoria contenente le difese e le eccezioni in fatto e in diritto, nonché le eventuali domande in via riconvenzionale. La memoria deve essere contestualmente trasmessa anche al soggetto che ha avviato il tentativo di conciliazione. La Commissione fissa poi la comparizione delle parti nel termine di dieci giorni successivi al deposito della memoria ovvero al deposito delle integrazioni eventualmente richieste dalla Commissione ed esperisce la conciliazione entro i successivi trenta giorni che, in caso di mancato deposito della memoria difensiva, decorrono dalla scadenza del ventesimo giorno successivo alla richiesta di attivazione della procedura.

Il tentativo di conciliazione si svolge dinanzi alla Commissione in composizione monocratica, salva diversa espressa richiesta delle parti. Dinanzi alla Commissione le parti possono farsi assistere da un rappresentante sin-

dacale o da un professionista abilitato di loro fiducia e farsi rappresentare da rappresentante munito di procura conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata. Il tentativo di conciliazione può essere esperito anche in audio e/o video conferenza o per via telematica.

Una volta instaurato, il tentativo può condurre a diversi esiti. Infatti, se la conciliazione riesce, anche limitatamente ad una parte della domanda, ne viene redatto verbale contenente la descrizione delle intese raggiunte dalle parti. Il verbale viene sottoscritto dalle parti e dalla Commissione, conservato agli atti dalla Commissione e consegnato alle parti che ne curano, ove necessario, il deposito presso il Tribunale competente. D'altra parte, se la conciliazione non riesce, nel caso in cui lo ritenga possibile tenuto conto delle posizioni espresse dalle parti, la Commissione formula una proposta per la bonaria definizione della controversia. Se la proposta non è accettata i termini di essa sono riassunti nel verbale con indicazione delle posizioni delle parti. Se la conciliazione non viene raggiunta – per la mancata comparizione di una o di entrambe le parti ovvero per mancato raggiungimento dell'accordo – viene in ogni caso redatto verbale di esito negativo.

Riferimenti bibliografici

- Avondola, A. (2013), *Legge, Contratto e Certificazione nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, Jovene Editore, Napoli.
- Barberio, M. (2023), *La certificazione dei contratti di lavoro tra autoregolazione e certezza del diritto*, Giappichelli, Torino, 153 ss.
- Bellocchi, P. (2007), *Le procedure di certificazione*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca (a cura di), *Il diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, p. 1134.
- Carinci, M.T. (2009), *Le funzioni della certificazione*, in *DPL*, n. 22/2009, pp. 1269-1273.
- Casotti A., Gheido, M.R. (2009), *Certificazione del contratto. Valenza e riflessi ispettivi*, in *DPL*, n. 28/2009, pp. 1609-1614.
- Ciucciovino, S. (2014), *La certificazione dei contratti di lavoro come mezzo di produzione di certezze nel mercato del lavoro*, in S. Ciucciovino (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, Giappichelli, Torino, pp. 3-20.
- Ciucciovino, S. (2023), *Certificazione dei contratti di lavoro*, Voce, in *Enciclopedia del Diritto*, pp. 1-16.
- De Angelis, L. (2004), *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 2, p. 235.
- Dondi, G. (2012), *Procedure di certificazione*, in M. Martone (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. IV, Cedam, Padova, 2012, pp. 91 ss.
- Dondi, G. (2012), *Sull'istituto della certificazione nel D.lgs. n. 276/2003*, in *DL*, "Scritti in memoria di Salvatore Hernandez".
- Foglia, L. (2007), *Efficacia giuridica della certificazione. Sub. art. 79*, in R. De Luca Tamajo, G. Santoro-Passarelli, *Il nuovo mercato del lavoro*, CEDAM, Padova.
- Gandi, S. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità e ambiguità*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n. 7, p. 485.
- Ghera, E. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema – dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Editoriale scientifica, Napoli, pp. 277 e ss.
- Ghera, E. (2009), *Contratti di lavoro (certificazione dei)*, voce, in "Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Commerciale", pp. 741 ss.
- Guadagnino, A. (2004), *Gli effetti della certificazione nei confronti degli Enti previdenziali*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, p. 575.
- Nogler, L. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *GDRL*, n. 2, p. 203.
- Nogler, L. (2004), *Rapporto contributivo e certificazione*, in *Previdenza e assistenza*

- pubblica e privata*, p. 391.
- Nogler, L. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna.
- Nogler, L. (2012), *Commento all'art. 31*, in *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, a cura di L. Nogler, M. Marinelli, Utet, Milano, 2012, pp. 255-256.
- Novella, M. (2014), *Certificazione in materia di lavoro e tutela giurisdizionale*, in "Lavoro e Diritto", 2014, 2-3, p. 365.
- Pasquini, F. Tiraboschi, M. (2011), *La certificazione dopo il collegato lavoro (l. n. 183/2010)*, in «Guida al Lavoro», Il Sole 24 ore, pp. 141-157.
- Perina, L. (2005), *La certificazione nell'impianto della riforma Biagidel mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, in C. Enrico, M. Tiraboschi (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, pp. 12-13.
- Speziale, V. (2004), *L'efficacia giuridica della certificazione*, in F. Carinci (a cura di), *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Vol. IV, Ipsoa, pp. 212.
- Speziale, V. (2011) *La certificazione e l'arbitrato dopo il "Collegato lavoro" (legge 4 novembre 2010, n.183)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona".it – 118/2011.
- Tiraboschi, M. (2008), *Ispezioni sul lavoro, la direttiva del Ministro*, in *GLav*, n. 38/2008.
- Tremolada, M. (2007), *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizionale*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 3, p. 307.
- Tursi, A. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro, La certificazione dei contratti di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona". IT, pp. 33-35.
- Tursi, A. (2005), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. Magnani, P.A. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276 del 2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, p. 595.
- Tullini, P. (2004), *Certificazione dei contratti di lavoro*, in E. Gragnoli, A. Perulli, G. Ghezzi (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al Decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, pp. 844 e ss.
- Vallebona, (2004), *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, p. 139.
- Vallebona, A. (2010), *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, p. 93.

Capitolo 8

Controlli ispettivi e certificazione dei contratti di lavoro

Michele Squaglia

SOMMARIO

1. Il contesto normativo di riferimento – 2. Il “primo” controllo degli organi di vigilanza con funzioni ispettive – 3. Il controllo “successivo” degli organi di vigilanza – 4. Notazioni conclusive sul controllo successivo

1. Il contesto normativo di riferimento

Coglie certamente nel vero l'affermazione, secondo la quale l'unica qualifica “certa” che si possa attribuire ad un rapporto di lavoro in un ordinamento di diritto è quella giudiziale: «la certificazione dei contratti di lavoro non può che considerarsi succedanea o interinale e, dunque, è destinata a fornire certezza solo provvisoria fino alla qualificazione giudiziale» (Tursi, 2004). Intanto, essa segna l'incapacità dell'istituto a realizzare l'obiettivo per il quale era stato concepito, vale a dire la riduzione del contenzioso giudiziale in materia di qualificazione dei contratti di lavoro.

Ed è, in ragione di questa, che una diversa valutazione alla quale pervenissero gli organi di vigilanza, nell'ambito dei poteri ad essi riconosciuti, ai sensi degli artt. 78-80, d. lgs. n. 276/2003, non darebbe luogo, in presenza di un contratto certificato, ad una nuova (o differente) qualificazione, bensì offrirebbe solo titolo per promuoverne il disconoscimento, in sede stragiudiziale, per il tramite dell'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione avanti alla medesima commissione adita dalle parti oppure, in caso di esito negativo, innanzi al giudice del lavoro o amministrativo¹.

Le funzioni degli organi ispettivi possono essere suddivise in due gruppi, a seconda del momento in cui, attraverso il loro esercizio, l'azione

¹ Si rammenta che il procedimento di certificazione deve concludersi nel termine ordinatorio di trenta giorni dal ricevimento dell'istanza (art. 78, co. 2, *lett. b*, d. lgs. n. 276/2003; per le commissioni di certificazione costituite presso la Direzione provinciale del lavoro e le Province, si v. art. 3, co. 1, d.m. 21 luglio 2004).

amministrativa pubblica incide sull'attività della commissione di certificazione. Si può distinguere tra interventi propedeutici all'avvio della suddetta attività di certificazione ed altri che si espletano posteriormente all'adozione dell'atto certificato. Il che ci porta a considerare che l'applicazione di (eventuali) misure sanzionatorie, che è la forma in cui maggiormente si esprime il carattere autoritativo del controllo delle autorità pubbliche, è subordinato all'accertata inosservanza delle norme vigenti, dei regolamenti interni o all'esito negativo del riscontro di conformità alle clausole indisponibili dei codici di buone pratiche – di cui al comma 4 del medesimo art. 78, d. lgs. n. 276/2003, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi del lavoratore –, che recepiscono, ove esistenti, accordi interconfederali².

In altri termini, per poter esercitare i tipici poteri di diffida alle inosservanze (sanabili) riscontrate, di contestazione, di recupero previdenziale, di sospensione dell'attività imprenditoriale, ecc., l'organo di vigilanza deve aver previamente concluso il procedimento di controllo attraverso cui, valutando la rispondenza dei comportamenti ai precetti generali indicati dalle norme, raccoglie le informazioni necessarie alla formulazione di un giudizio di conformità o di difformità.

In tale contesto, il presente scritto si occuperà di ricostruire il quadro normativo, che regola l'esercizio della funzione di accertamento e controllo nell'ambito del procedimento di certificazione, e di offrire alcune riflessioni alle proposte di modifiche dell'attuale disciplina.

2. Il “primo” controllo degli organi di vigilanza con funzioni ispettive

Nel momento antecedente alla formulazione del giudizio di controllo, gli organi di vigilanza devono agire con l'obiettivo di procurarsi tutti i dati e le notizie necessarie ad attuare la piena conoscenza del contratto da valutare. Detta finalità può, quindi, essere perseguita soltanto avvalendosi dei

² Stante la perdurante mancata emanazione di codici di buone pratiche, l'art. 11, d.m. 21 luglio 2004 – con specifico riferimento alle commissioni di certificazione costituite presso la Direzione provinciale del lavoro e le Province – devolve ad un regolamento interno, elaborato da ogni singola commissione, ogni determinazione attinente all'individuazione delle clausole indisponibili. Ne discende che ogni commissione è tenuta al rispetto dei soli principi stabiliti dall'art. 78, d. lgs. n. 276/2003 e dei limiti indicati da ogni singola determinazione interna: il che fa sorgere qualche dubbio di legittimità costituzionale per eccesso di delega (è l'obiezione mossa da Speciale, 2004, 175 ss.).

mezzi tipici dell'attività conoscitiva pubblica, tra cui sono inclusi strumenti che impongono alla commissione di certificazione obblighi attivi di *facere*. Precisamente, in sede di avvio del procedimento della certificazione, gli organi di vigilanza operano un primo controllo dell'istanza e della documentazione in possesso della commissione: l'azione pubblica si esterna così in forma procedimentale e si colloca nella fase istruttoria, all'interno della quale si esplica il potere inquirente volto al perseguimento degli obiettivi che le norme assegnano all'attività conoscitiva.

Difatti, il già menzionato art. 78, c. 2, *lett. a)*, d. lgs. n. 276/2003 sancisce l'obbligo di comunicare l'inizio del procedimento alla Direzione provinciale del Lavoro del luogo ove viene svolta la prestazione lavorativa che, a sua volta, provvede ad inoltrare la comunicazione alle altre autorità pubbliche (Ministero del lavoro, Inps, Inail e Agenzia delle Entrate) nei confronti dei quali l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti³. Si aggiunga che a questa comunicazione va allegata la documentazione istruttoria presente presso la commissione di certificazione, rendendo così effettivo il controllo di merito degli organi di vigilanza, la partecipazione (eventuale) al procedimento certificatorio delle autorità pubbliche coinvolte e la presentazione di osservazioni non vincolanti⁴.

Ebbene, siffatta attività di conoscenza preclude agli organi di vigilanza l'uso di mezzi diversi e, dunque, una diversa scelta in proposito. Il che significa che i differenti strumenti previsti dal diritto positivo non possono essere utilizzati in modo trasversale, vale a dire a prescindere dall'oggetto specifico cui il procedimento di cognizione si riferisce. In altri termini, agli organi di vigilanza non è consentito avere conoscenza dell'attività amministrativa della commissione mediante l'uso di ispezioni, di inchieste, dello svolgimento di un'attività di studio o di ricerca, della richiesta di esibizione documentale o di somministrazione di questionari.

³ Cfr. note Min. Lav. Pol. Soc. n. 4340 del 2016 e n. 2964 del 2018. Per le commissioni di certificazione incardinate presso la Direzione provinciale del lavoro e le Province, gli artt. 1, co. 6, e 4, co. 2, del d.m. 21 luglio 2004 stabiliscono che la comunicazione del calendario delle sedute deve contenere altresì l'indicazione delle pratiche della commissione mentre tutte le altre informazioni disponibili sono messe a disposizione del componente della commissione nominato relatore.

⁴ La comunicazione, con allegata la documentazione, deve essere inoltrata alla sede territoriale dell'Ispettorato del lavoro che, in relazione al luogo di svolgimento delle prestazioni lavorative, è interessata dagli effetti della certificazione e non alla sede territoriale dove è ubicata la sede legale dell'impresa (nel caso di appalto dell'impresa appaltatrice) che ha sottoscritto l'istanza (v. nota Ispettorato Nazionale del Lavoro 19 aprile 2019, n. 3861).

Cosicché è la sola comunicazione di avvio del procedimento certificadorio (e della documentazione allegata) a dare luogo ad un insieme di eventi (giuridicamente) rilevanti, orientati teleologicamente alla formazione di un (eventuale) atto amministrativo di esternazione (diffida accertativa, contestazione, recupero contributivo e assistenziale, ecc.).

Si pensi al caso (noto) della certificazione degli enti bilaterali non costituiti ad iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentativi ai sensi dell'art. 2, co. 1, *lett. b)*, d. lgs. n. 276/2003⁵: la comunicazione dell'avvio del procedimento di certificazione proveniente da commissioni istituite da soggetti privi di requisiti prescritti dall'autonomia contrattuale offre agli organi ispettivi le informazioni necessarie alla formulazione di un giudizio di disconoscimento e, quindi, a provvedimenti che rilevino l'inefficacia della certificazione a produrre effetti preclusivi tra le parti e i terzi⁶. Tale posizione, sebbene sia stata seguita da una parte della giurisprudenza di merito⁷, presta tuttavia il fianco alla critica di non tenere conto della previsione contenuta nell'art. 80, co. 1, d. lgs. n. 276/2003 che esige il previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione e, fallito lo stesso, del ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per violazione del procedimento. Da ciò consegue che, soltanto dopo l'eventuale pronuncia a suo favore, l'Ispettorato è legittimato ad emettere l'ordinanza-ingiunzione di inidoneità della commissione ad esercitare le proprie funzioni⁸.

⁵ Cfr. circ. Ispettorato Nazionale del Lavoro 12 febbraio 2018, n. 4 e nota della medesima agenzia 19 aprile 2019, n. 3861.

⁶ Sulla stessa lunghezza d'onda, circ. Ispettorato Nazionale del Lavoro 12 febbraio 2018, n. 4 secondo cui «(...) il personale ispettivo potrà quindi operare, nei confronti dei provvedimenti certificati da tali pseudo Enti, senza tenere minimamente conto delle preclusioni tipiche dell'atto certificativo, adottando anche ogni eventuale provvedimento di carattere sanzionatorio».

⁷ Cfr. Trib. Trento 10 settembre 2020, n. 128; Trib. Chieti 17 marzo 2021, n. 81. In particolare in quest'ultima pronuncia, il giudice monocratico giungeva alla conclusione che «(...) in difetto di tale ricorso la certificazione ed i suoi effetti vincolanti restano fermi anche ove, in ipotesi, la commissione di certificazione sia priva dei requisiti prescritti dalla legge. In definitiva, non essendo venuta meno l'efficacia e la validità dell'atto di certificazione del contratto di appalto per effetto di una pronuncia del giudice del lavoro o del giudice amministrativo, deve ritenersi che la liceità di tale contratto non possa sindacarsi nel presente giudizio e che esso produca effetti vincolanti anche nei confronti dell'Inps (...)».

⁸ A favore di questa interpretazione, v. anche App. Aquila 5 luglio 2022, n. 1018 secondo

Ad ogni modo, il primo giudizio di controllo potrà formarsi soltanto dopo che siano stati acquisiti tutti gli elementi necessari alla ponderazione degli interessi coinvolti nel procedimento di certificazione. È in tal modo che va letto l'invito dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro a richiedere alle commissioni integrazioni documentali intese a garantire l'effettiva partecipazione al procedimento certificatorio⁹.

Ci si può allora domandare quale effetto produca l'assenza della comunicazione, nell'ambito del procedimento di certificazione, nei termini previsti dal regolamento interno oppure cosa accade se l'azione ispettiva sia già in corso, ancora prima della presentazione dell'istanza di certificazione, o se l'accertamento operi successivamente alla presentazione dell'istanza avanzata dalle parti.

Non vi è dubbio che la mancata comunicazione – ma alla medesima conclusione si può giungere in caso di assenza della documentazione utile a valutare il contratto da certificare o di ingiustificata inosservanza delle indicazioni/osservazioni provenienti dalle autorità pubbliche – costituisca un vizio della procedura che si riverbera sull'efficacia del provvedimento finale, da opporre innanzi al giudice amministrativo.

Semmai sarebbe auspicabile, in una prospettiva riformatrice, che una tale circostanza costituisse motivo dal quale far discendere la nullità dell'atto di certificazione, al pari di quanto sancito per l'atto che difetti di motivazione. D'altra parte, trattasi di un'assenza che, come si è rilevato, impedisce l'esercizio del potere inquirente di svolgere il controllo che non può essere superata, stante la lettera della norma, dall'uso di mezzi diversi.

Passando all'esame delle altre ipotesi, occorre dare conto della circostanza nella quale l'istanza di certificazione del contratto è presentata alla commissione *successivamente* ad un accertamento ispettivo già in corso e, dunque, già in esecuzione.

Sul punto, va preliminarmente rammentato che le parti hanno l'onere di dichiarare, già nell'istanza di certificazione, che il contratto è sottoposto a precedenti (certificazioni o a) ispezioni, ma aldilà di tale dichiarazione è altresì indubbio che quello della difesa postuma verso la potestà accertativa è un punto delicato sul quale il legislatore avrebbe dovuto spendere mag-

cui «(...) il soggetto accertatore avrebbe dovuto, prima di esercitare il proprio potere sanzionatorio, agire, previo esperimento del tentativo di conciliazione, in sede amministrativa per verificare la fondatezza della contestazione accertata nell'ambito della procedura amministrativa di certificazione (...)».

⁹ V. nota Ispettorato Nazionale del Lavoro 4 marzo 2020, n. 1981.

giore attenzione sul piano normativo.

Nonostante alcune commissioni abbiano previsto tale sospensione nel loro regolamento interno, non sembra che il potere delle autorità pubbliche di rendere osservazioni sulla certificazione possa leggersi come obbligo della commissione di sospendere il procedimento sino al termine delle attività ispettive. Cosicché, dal quadro normativo non si ricava alcun divieto da opporre alla commissione di non procedere all'emanazione dell'atto di certificazione; ragion per cui la sospensione resta una strada da percorrere in via discrezionale dalla singola Commissione adita dalle parti.

Un recente disegno di legge¹⁰, recante modifiche agli artt.76, 78-80 del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 propone, verificandosi tale circostanza, di inibire la procedura di certificazione alle parti e, comunque, di considerare gli eventuali provvedimenti certificativi privi di ogni effetto.

Ad avviso di chi scrive la sospensione del procedimento certificatorio, in attesa della conclusione dell'accertamento ispettivo, e la comunicazione dei risultati dell'accertamento, restano soluzioni preferibili perché non svuotano di contenuti l'azione certificativa, ma per certi versi la valorizzano, rispondendo concretamente a quelle asimmetrie informative – palesate dalla dottrina (Faleri, 2007) – che caratterizzano il contratto di lavoro.

Non essendo ancora maturato alcun effetto preclusivo nei confronti delle parti e dei terzi, alla medesima soluzione si può giungere anche nel caso, opposto al precedente, in cui l'istanza di certificazione è presentata *prima* dell'avvio dell'azione ispettiva. Va segnalato che nella prassi alcune commissioni già sanciscono la sospensione del procedimento certificatorio in pendenza dell'accertamento ispettivo. Ebbene, ove si scegliesse di intervenire legislativamente sul punto, si potrebbe seguire, previo l'assolvimento dell'obbligo di informare la commissione adita circa la pendenza dell'accertamento ispettivo, la strada tracciata dai regolamenti interni delle commissioni, così da garantire l'opportuno coordinamento tra funzioni di controllo e certificatorie.

¹⁰ Trattasi del disegno di legge del Senato del 4 marzo 2020 n. 1600, XVIII Legislatura, recante “Modifiche al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, in tema di certificazione dei contratti di lavoro”, ad iniziativa dei Senatori Romano, Maiorino, Matriciano, Nocerino, Campagna, Romagnoli ed altri.

3. Il controllo “successivo” degli organi di vigilanza

La seconda tipologia di controllo degli organi di vigilanza è successiva all'adozione del provvedimento certificativo. Difatti, l'organo di vigilanza non solo può svolgere (o proseguire) gli accertamenti già in precedenza intrapresi, ma può, anche al termine dell'attività di vigilanza pervenire, in sede di redazione del verbale conclusivo, ad una valutazione di disconoscimento dei contratti certificati che produrrà i suoi effetti solo a seguito del positivo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi alla medesima Commissione o, in caso di esito negativo, all'utile proposizione delle impugnazioni previste dall'art. 80, d. lgs. n. 276/2003.

Fanno eccezione i casi nei quali, nel corso dell'attività di vigilanza, dovessero affiorare indizi di reato, per i quali vi è l'obbligo di informare la Procura della Repubblica senza attendere lo svolgimento della conciliazione o il ricorso in via giudiziale¹¹.

Va rammentato che l'eventuale soluzione conciliativa raggiunta in quella sede gode del carattere dell'inoppugnabilità e che l'eventuale comunicazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione interrompe la prescrizione e sospende, per la durata del tentativo di conciliazione e, per i venti giorni successivi alla sua conclusione, il decorso di ogni termine decadenziale.

L'organo di vigilanza a tale fine è chiamato ad acquisire il regolamento interno di funzionamento della Commissione che ha disposto la certificazione ed informare le altre autorità pubbliche nella cui sfera giuridica l'atto è destinato a produrre gli effetti della volontà di esperire il tentativo di conciliazione.

A tale riguardo, l'Ispettorato nazionale del lavoro ha procedimentalizzato l'attività e i comportamenti che il personale deve adottare alla pre-

¹¹ Cfr., la nota Ispettorato Nazionale del Lavoro 19 aprile 2019, n. 3861 nella quale si fa riferimento al reato di caporalato, alla stregua dell'art. 603-*bis*, c.p., o di somministrazione fraudolenta, di cui art. 38-*bis*, d. lgs. n. 81/2015. È opportuno segnalare in questa sede che l'art. 29, co. 4 e 5, d.l. 2 marzo 2024, n. 29, convertito con modificazioni nella legge 29 aprile 2024, n. 19 intervengono a modificare la disciplina sanzionatoria in materia di appalti e somministrazioni illecite e fraudolente. In particolare, la noma stabilisce che le fattispecie di appalto e somministrazione illecita tornino ad avere rilevanza penale. In tal caso, le sanzioni prevedono la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda con l'ipotesi di aggravante – già prevista dall'art. 38-*bis* del d. lgs. n. 81/2015 ora abrogato – nelle ipotesi in cui «la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore».

senza di un contratto certificato¹². La finalità è quella di orientare, coordinare e rendere omogenea l'attività ispettiva, attraverso la definizione di precise indicazioni procedurali in ordine allo svolgimento della vigilanza e dell'efficace utilizzo del potere di accertamento ispettivo¹³.

Si è detto che l'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione presso la stessa commissione che lo ha certificato (art. 80, co. 4), consente all'organo di vigilanza di presentare il ricorso innanzi al giudice del lavoro per i motivi espressamente indicati dall'art. 80, co. 1, d. lgs. n. 276/2003, vale a dire per erronea qualificazione del contratto oppure per difformità tra il programma negoziale e la sua successiva attuazione. Non è questa la sede per soffermarsi sull'esame delle singole azioni giudiziali; tuttavia, vale la pena evidenziare che nel ricorso andranno indicati gli elementi raccolti nel corso della verifica e indicati nel verbale ispettivo, la documentazione fino a quel momento acquisita, gli eventuali vizi procedurali.

Ove il giudice giungesse alla conclusione di disapplicare l'atto di certificazione, ma non anche ad annullarlo – non avendo giurisdizione sul provvedimento amministrativo – pervenendo ad una diversa qualificazione del contratto, il verbale del potere inquirente dispiegherà i propri effetti, anche contributivi, rimasti nel frattempo sospesi.

L'atto di certificazione potrà essere impugnato (anche) dagli organi di vigilanza al TAR competente per territorio, nel termine di 60 giorni dalla notifica del provvedimento nei casi di violazione del procedimento o eccesso di potere¹⁴. Innanzi a tale giurisdizione possono essere eccepiti i vizi relativi all'intera fase certificatoria, quali ad esempio, la mancata o difettosa comunicazione dell'istanza; la composizione della commissione; la carenza, l'illogicità e la manifesta contraddittorietà della motivazione dell'atto di certificazione. L'eccesso di potere può invece concretizzarsi nel rigetto ingiustificato dell'istanza di certificazione; nel diniego non sufficientemente motivato della certificazione; nell'incompetenza territoriale; nel difetto o

¹² V. note Ispettorato Nazionale del Lavoro del 4 marzo 2020, n. 1981 e del 19 aprile 2019, n. 3861.

¹³ Considerata la formulazione dell'art. 80, co. 1, d. lgs. n. 276/2003, alle sole parti del contratto è ammesso esperire l'azione intesa ad eccepire, contro il provvedimento di certificazione, vizi del consenso rilevabili sull'atto negoziale e sulla sua stipulazione.

¹⁴ Essendo incaricate di un pubblico servizio e considerando che l'atto ha natura amministrativa, anche la certificazione avvenuta presso le commissioni incardinate presso l'ente bilaterale o presso le Università private potrà essere impugnata in sede amministrativa giurisdizionale (cfr. De Angelis, 2004, 242 ss.).

contraddittorietà della motivazione. Il giudice amministrativo, sussistendo tali motivazioni, può annullare la certificazione, rimuovendone gli effetti, così da consentire agli accertamenti ispettivi di dispiegare i loro effetti.

4. Notazioni conclusive sul controllo successivo

Delineati i profili salienti dell'impianto normativo, sono almeno tre le questioni che emergono dal controllo degli organi di vigilanza posteriormente all'adozione del provvedimento certificatorio, di cui è indubbiamente la seconda a prestare il fianco a più di una valutazione critica.

Partiamo dalla prima. Poiché l'atto di certificazione non ha efficacia retroattiva, tutti i periodi che non sono stati oggetto di valutazione e certificazione da parte della commissione, possono essere oggetto di provvedimenti amministrativi di carattere sanzionatorio senza incorrere in alcuna limitazione in termini di efficacia. Non sembra che possa ammettersi alcuna preclusione da parte degli organi di vigilanza, dal momento che «la valutazione compiuta dall'organo certificante in ordine alla qualificazione giuridica di una fattispecie negoziale» – citando una attenta dottrina¹⁵ – spiega i suoi effetti nel solo ambito della dichiarazione di scienza riferita dalle parti di porre in essere un rapporto di lavoro con determinate caratteristiche.

La seconda attiene alla possibilità, sancita dal co. 2 dall'art. 79, d. lgs. n. 276/2003, introdotto dall'art. 31, comma 17, legge 4 novembre 2010, n. 183, di certificare contratti di lavoro anche in relazione a periodi antecedenti alla loro esecuzione ove «(...) la commissione abbia appurato che l'attuazione del medesimo è stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede (...)».

Una tale opportunità opera una forma, nemmeno tanto celata, di sostituzione dell'accertamento ispettivo, concretizzandosi in un modello di certificazione postuma, dal momento che gli effetti dell'accertamento permangono «(...)», anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali (...)» (art. 79, co. 1, d. lgs. n. 276/2003).

Se la già riferita proposta legislativa di riforma suggerisce di abrogare

¹⁵ L'espressione è di Tursi, 2004, 25 e 27 che tra l'altro aggiunge: «(...) non si attribuisce all'atto di certificazione alcune qualità che esso già non ha, per così dire, in sé, ma ci limita ad attribuire certezza legale reversibile alla qualificazione giuridica... provvisoria operata da un organo non giurisdizionale».

tale disposizione¹⁶, chi scrive è dell'avviso che andrebbe invece mantenuta, semmai meglio definendo i compiti della commissione: ad esempio, contemplando lo specifico coinvolgimento degli organi ispettivi (per il tramite di una comunicazione *ad hoc*) e, in caso di accertamento, la possibile sospensione del procedimento certificatorio.

Qualora, a seguito delle evidenze ispettive, non fosse possibile procedere alla certificazione, la richiesta *ab origine* presentata delle parti alla commissione potrebbe essere assimilata ad un'istanza di emersione e, dunque, di regolarizzazione (e di invito) ad assolvere ai nuovi adempimenti contributivi, previdenziali, tributari. Si tratterebbe, dunque, di prevedere una strategia di supporto e di accompagnamento alle imprese nella legalità in funzione delle esigenze e delle criticità che sorgono dall'azione di controllo, così come avviene per i soggetti disoccupati nelle politiche attive del lavoro¹⁷.

Occorre, infine, dare conto dell'efficacia giuridica della certificazione e, in particolare, dell'opportunità di operare una possibile modifica all'art. 79, co. 1, d. lgs. n. 276/2003, introducendo una differenziazione di disciplina nel caso in cui sia riscontrabile l'erronea qualificazione del contratto rispetto a quello in cui si concretizzi la difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione.

Alla base vi è il convincimento che precludere il dispiegarsi dell'azione ispettiva anche nell'ipotesi di difformità finisce per favorire comportamenti difformi e successivi delle parti, le quali alla presenza di un contratto certificato, sono interessate a non osservarne i contenuti. Verificandosi tale circostanza, «eventuali violazioni, come si è riferito in precedenza, non possono essere verbalizzate direttamente con efficacia immediata, bensì accertate solo per via giudiziale, dopo l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione»¹⁸.

Ma la vischiosità di questa proposta di riforma non fa che confermare

¹⁶ Cfr, in particolare, l'art. 3 del già citato disegno di legge del Senato del 6 novembre 2019 n. 1600.

¹⁷ All'evidenza traspare l'idea di fondo che una siffatta previsione possa contribuire a facilitare la percezione degli organi di vigilanza non solo come coloro che reprimono o sanzionano, ma anche come coloro che agiscono direttamente sulle prospettive di crescita della competitività delle imprese, anche in un'ottica di sviluppo territoriale. Una tale soluzione è auspicata, ad esempio, da Hirschman A.O., 1991.

¹⁸ V. circ. Ispettorato Nazionale del Lavoro 12 febbraio 2018, n. 4; già in precedenza, circ. Min. Lav. n. 75 del 2005.

l'equivoco che si annida intorno al tentativo obbligatorio di conciliazione, sempre più percepito come un mero esercizio burocratico, il cui esperimento è promosso al solo fine di non ricorrere nell'improcedibilità o nell'improponibilità della domanda giudiziale¹⁹. All'opposto, occorrerebbe valorizzarne la *ratio*, restituendogli la dignità di istituto concepito per porre in essere un confronto obiettivo, al termine del quale o si superano le riserve di difformità palesate o, all'opposto, si prende atto del nuovo accordo novativo raggiunto tra le parti.

¹⁹ Lo sforzo del legislatore semmai dovrebbe dirigersi nel chiarire quale delle due fattispecie processuali (improponibilità o improcedibilità) è riferibile all'istituto della certificazione dei contratti, dal momento che le conseguenze associate all'una o all'altra qualificazione si presentano diverse sul piano processuale. Alla linea di pensiero dell'improponibilità – come *vizio insanabile, rilevabile in ogni stato e grado del processo, e tale da costituire una soluzione drastica in considerazione degli interessi sostanziali in gioco* – si riportano Trib. Firenze 11 ottobre 2017 e Trib. Roma 4 luglio 2017, n. 6489.

Ad avviso di chi scrive, anche alla luce delle argomentazioni recentemente sostenute dalla Sezioni Unite su un caso riguardante le conciliazioni da esperire in materia di telecomunicazione (28 aprile 2020, n. 8241), si potrebbe invece parlare di condizione di improcedibilità – che determini *un arresto momentaneo del giudizio, rilevabile dalle parti e anche dal giudice ma non oltre la prima udienza* – al fine di contemperare le finalità deflattive perseguite dal tentativo obbligatorio di conciliazione con i principi costituzionali (artt. 3, 24 e 111, Cost.) posti a difesa della ragionevolezza stessa della previsione.

Riferimenti bibliografici

- Asnagli A. (2017), *La certificazione dei contratti di lavoro: quis custodiet custodes?*, in *Sintesi*, giugno, www.consulentidellavoro.mi.it.
- Bellocchi, P. (2007), *Le procedure di certificazione*, in *Il diritto del lavoro*, a cura di Amoroso, G., Di Cerbo, E., Maresca, A., vol. I, Milano, 1134 ss.
- Carloni, E. (2011), *Le verità amministrative – L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, 79 ss.
- Carinci, M.T., *Clausole generali e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. n. 183/2010*, in *La riforma del mercato del lavoro, Commento alla legge 4 novembre 2010 n. 183, 2010*, a cura di Nogler, L., Marinelli M., Milano, 216 ss.
- Ciucciovino, S. (2014), *La certificazione dei contratti di lavoro come mezzo di produzione di certezze nel mercato del lavoro*, in *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, a cura di Ciucciovino, S., Torino.
- Ciucciovino, S. (2014) *Certificazione dei contratti di lavoro*, in *Trattato di Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, a cura di Santoro Passarelli G., Torino.
- De Angelis, L. (2004), *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, I, 234 ss.
- Dondi, G. (2012) *Procedure di certificazione*, in Martone, M. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. IV, Padova, 91 ss.
- Faleri, C. (2007), *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Milano.
- Ghera, E. (2008), *Certificazione dei contratti di lavoro e giurisdizione*, in AA.VV (a cura di), *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Tomo II, Torino, 650 ss.
- Hirschman, A.O. (1991), *Retoriche dell'intransigenza. Perversità, futilità, messa a repentaglio*, Bologna, Il Mulino.
- Lippolis, V. (2020), *Controlli ispettivi sui contatti certificati*, in *DPL*, 17, 1075 ss.
- Nogler, L. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *GDLRI*, 2, 203 ss.
- Perez, R. (1968), *L'acquisizione di notizie da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. dir. pubb.*, 4, 1389 e ss.
- Rausei, P. (2011), *Collegato lavoro: certificazione dei contratti*, Milano.
- Speziale, V., (2004), *Sub art. 75*, in Bellocchi, P.- Lunardon F.- Speziale V. (a cura di), *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, Milano, vol. IV, 140 ss.
- Squeglia, M., Tursi A., Varesi P.A., *Istituzioni di diritto del lavoro*, IX ed., Padova, 2023, 682 ss.
- Tursi, A. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 19/2004*.

Zoppoli, L. (2010), *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liasons dangereuses*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 102/2010.

Sezione IV

LA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI DI LAVORO

Capitolo 9

Lavoro autonomo “puro”, collaborazioni coordinate e continuative, lavoro etero-organizzato: profili distintivi per la certificazione

Maria Giovannone

SOMMARIO

1. Il lavoro autonomo ed il perimetro dell'art. 2222 c.c. dopo il *Jobs Act* – 1.1. Autonomia e subordinazione nel recente dibattito dottrinale – 1.2. Gli indici sintomatici dell'autonomia – 2. Le collaborazioni coordinate e continuative: coordinamento, etero-direzione ed etero-organizzazione – 2.1. Il coordinamento reciproco e di comune intesa tra le parti *ex* art. 409 n. 3) c.p.c. – 2.2. L'etero-organizzazione al vaglio della giurisprudenza di legittimità – 2.3. La certificazione del lavoro autonomo e l'assenza dei requisiti di cui all'art. 2, co. 1, del d. lgs. n. 81/2015 – 3. Le eccezioni: un focus sulle ipotesi *ex* art. 2, co. 2, lett. a) e b) del d. lgs. n. 81/2015 – 4. La prospettiva sfumata di una disciplina europea sulla certificazione del lavoro autonomo eseguito tramite piattaforma digitale

1. Il lavoro autonomo ed il perimetro dell'art. 2222 c.c. dopo il *Jobs Act*

1.1. Autonomia e subordinazione nel recente dibattito dottrinale

La qualificazione dei rapporti di lavoro autonomo oggi muove da una quadripartizione di nozioni: subordinazione (2094 c.c.); autonomia pura (art. 2222 c.c.); coordinamento e continuatività (art. 409, n. 3), c.p.c.); etero-organizzazione (art. 2, co. 1 d. lgs. n. 81/2015) (Vidiri, 2015, 1231; Pisani, 2024).

Questo assetto concettuale ha dirette ricadute applicative sull'attività di certificazione dei contratti di lavoro (Barberio, 2023) ed è il frutto del contributo interpretativo della disciplina codicistica in materia e delle più recenti disposizioni dettate, rispettivamente, dal d. lgs. n. 81/2015¹, dalla l.

¹ Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81, recante *Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre*

n. 81/2017² e dal d.l. n. 101/2019³, convertito in legge con modificazioni dalla l. n. 128/2019⁴.

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sollevato da questi ultimi provvedimenti, come si vedrà, orienta l'attività di certificazione poiché, nel suo complesso, ha meglio chiarito gli elementi distintivi esistenti tra la prestazione d'opera *ex art. 2222 c.c.* (cosiddetto lavoro autonomo "puro") e le collaborazioni coordinate e continuative (*ex art. 2222 c.c. e 409, n. 3 c.p.c.*), nonché tra queste ultime e quelle "organizzate dal committente" di cui all'art. 2, co. 1 del d. lgs. n. 81/2015 (Ferraro, 2023); ciò anche nel condivisibile intento di evitarne la riconduzione nell'alveo di un *tertium genus*⁵ ovvero della subordinazione *tout court*. Come osservato dalla dottrina (U. Carabelli, C. Spinelli, 2019, 91) e dalla giurisprudenza⁶ maggioritarie, infatti, anche le collaborazioni etero-organizzate sono da ascrivere all'area dell'autonomia, seppur con l'applicazione di un peculiare regime di tutela che, selettivamente, attinge agli istituti protettivi della subordinazione (Ciucciovino, 2016, Maresca 2020a, 73; Maresca, 2020b; Ciucciovino, Monterossi, 2020; Sandulli, 2015, 119; Pessi, 2015, 14; Perulli, 2017, 41; Occhino, 2016, 215; Del Frate, 2019, 137; Diamanti, 2018, 205).

Si intuisce, sin da subito, che l'identificazione degli indici sintomatici delle tre fattispecie sopra citate costituisca uno dei profili più complessi sui quali è opportuno concentrare l'attenzione nel corso del processo qualificatorio che, pertanto, deve tenere conto della entrata in vigore dell'art. 2, co. 1 del d. lgs. n. 81/2015. La citata previsione si incunea infatti «nel con-

2014, n. 183.

² Legge 22 maggio 2017, n. 81, recante *Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*.

³ Decreto Legge 3 settembre 2019, n. 101, recante *Disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e per la risoluzione di crisi aziendali*.

⁴ Legge 2 novembre 2019, n. 128, recante, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 3 settembre 2019, n. 101, recante disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e per la risoluzione di crisi aziendali*.

⁵ Cfr. la sentenza della Corte di Appello di Torino, n. 26/2019 che invece ha collocato questi rapporti nell'area di un *tertium genus* intermedio tra autonomia e subordinazione, che implicherebbe la conseguente (e complessa) selezione delle tutele tipiche della subordinazione da applicare.

⁶ Cfr. la sentenza del Tribunale di Torino, n. 778/2018 e quella del Tribunale di Milano, n. 1853/2018 che hanno per prime ascritto all'area dell'autonomia il lavoro su piattaforma digitale etero-organizzate.

fine tra lavoro autonomo e lavoro subordinato», poiché «pur apparentemente non intaccando o modificando né il tipo lavoro subordinato di cui all’art. 2094 c.c. né il tipo lavoro autonomo di cui all’art. 2222 c.c.», essa va a specificare «la nozione di autonomia, finendo per incidere sui confini stessi del lavoro autonomo e, per differenza, del lavoro subordinato» (Ciuciovino, 2016, 321). Di conseguenza, unitamente al concetto di autonomia “pura” *ex* art. 2222 c.c. e a quello di coordinamento continuativo *ex* art. 409, n. 3, c.p.c., anche la nozione di etero-organizzazione di cui all’art. 2, co. 1 del d. lgs. n. 81/2015 è cruciale qualora si intraprenda il percorso di certificazione. Peraltro se ognuna di queste nozioni, come si vedrà, può caratterizzare in concreto l’esecuzione del rapporto di lavoro autonomo, con diverse ricadute sulle tutele applicabili anche in sede rimediale, la più problematica è senza dubbio la etero-organizzazione per la sua fenomenologia e, ancor prima, per la sua stessa riconducibilità nell’alveo dell’autonomia. Al riguardo, giova infatti ricordare come la dottrina si sia sostanzialmente contrapposta su due fronti interpretativi, riconducendo il lavoro etero-organizzato ora all’area dell’autonomia, ora a quella della subordinazione, muovendo dalla constatazione dei contorni sfumati che quest’ultima ha assunto, sul piano normativo e giurisprudenziale, per effetto dell’art. 2, co. 1 del d. lgs. n. 81/2015. In particolare, visto che la subordinazione è caratterizzata da un giudizio di approssimazione, entro cui metodo tipologico e metodo sussuntivo sono impiegati in modo indifferente (Diamanti, 2018, 105, D’Ascola, 2020, 11), sarebbe stato compiuto un allargamento della sua stessa nozione, volta a ricomprendere il lavoro etero-diretto ed etero-organizzato dal momento che esso crea un’obbligazione di comportamento utile al creditore. La continuità di cui all’art. 2, dal canto suo, dovrebbe essere intesa in senso tecnico, come nel lavoro subordinato, giacché la relazione prestazione-tempo determina progressivamente le due utilità contrapposte ed è compatibile con l’esercizio del potere di organizzazione del committente. La subordinazione sfuma così nella accezione più ampia di etero-organizzazione perché lo stesso potere direttivo rappresenta l’organizzazione globale della prestazione (Treu, 2015, 155; Razzolini, 2015, 2; Tiraboschi, 2015). Di conseguenza, con questa disposizione, il Legislatore non avrebbe fatto altro che positivizzare alcuni tra gli indici giurisprudenziali della subordinazione “attenuata”⁷, utilizzati in modo sussidiario

⁷ In particolare, la subordinazione attenuata – riconosciuta specialmente nella ipotesi di lavoro altamente intellettuale e, al contrario, in caso di prestazioni elementari e ripetitive – si caratterizza per una direzione più generica e programmatica, seppur sussista in potenza

per la prova dell'esercizio del potere direttivo. Così argomentando, pertanto, qualificare il lavoro etero-organizzato come autonomo si risolverebbe in un'affermazione semantica priva di qualunque effetto giuridico giacché, comunque, la disciplina del lavoro subordinato finirebbe per essere integralmente applicata (Santoro-Passarelli, 2015, 16).

Sempre nell'alveo della subordinazione, non sono mancate argomentazioni di segno contrario secondo le quali l'art. 2, co. 1 rappresenterebbe una norma interpretativa dell'art. 2094 c.c., volta piuttosto ad introdurre una presunzione di subordinazione (Nuzzo, 2020; Nogler, 2015, 16; Persiani, 2015, p. 1260; Ferraro, 2016, 10) e a specificarne una accezione più moderna. In buona sostanza e in modo ancor più netto, la previsione avrebbe introdotto una "norma apparente", specificativa degli indici della subordinazione (Tosi, 2015, 1120). Si è prospettata, di conseguenza, anche la possibilità di una conversione automatica del lavoro etero-organizzato (Mariucci, 2015, 28) ovvero la introduzione di una accezione di "subordinazione attenuata", sulla scorta di pregresse elaborazioni giurisprudenziali⁸. Ciò accadrebbe soprattutto nelle ipotesi in cui sia possibile desumere l'esistenza di un potere direttivo datoriale (ad esempio nelle prestazioni ad alto contenuto intellettuale) o, all'opposto, di una prestazione lavorativa estremamente semplice e ripetitiva, rispetto alla quale siano impartite direttive generiche e programmatiche (Carinci, 2018, 968; Nuzzo, 2015, 8; Santoro

un potere direttivo più penetrante (cfr. Cass. 8 giugno 2015, n. 11746; Cass. 4 marzo 2015, n. 4346). In questi casi, infatti, «l'etero-direzione non è esclusa da eventuali margini di autonomia, iniziativa e discrezionalità di cui può godere il dipendente», in ragione della natura della prestazione che non richiede un «potere direzionale costante». Così si esprime Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., 25 febbraio 2019, n. 5436.

Per queste tipologie di lavoro, quindi, «la qualificazione *sub specie* di *locatio operis* o *locatio operarum* e la sua sussunzione sotto l'uno o l'altro *nomen iuris* diventa più delicata e richiede una più approfondita opera di accertamento della realtà fattuale e di affinamento di quei momenti che la teoria ermeneutica caratterizza come *subtilitas explicandi* e, soprattutto, come *subtilitas applicandi*». (cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 14 giugno 2018, n. 15631).

⁸ *Ex multis*, Cass., 27 marzo 2000, n. 3674; Cass., 6 luglio 2001, n. 9167, in *Foro it.*, 2002, I, 134; Cass., 11 settembre 2003, n. 13375, in *Foro it.*, 2003, I, 3321; Cass., 18 luglio 2007, n. 15979; Cass., 19 aprile 2010, n. 9252, in *Foro it.*; Cass., 20 agosto 2012, n. 14573, in *Foro it.*; Cass., 22 novembre 2011, n. 24619, in «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», 2012, p. 526; Cass., 13 aprile 2012, n. 5886; Cass., 8 luglio 2013, n. 16935; Cass. 23 aprile 2014, n. 9196. In ipotesi di subordinazione attenuata, elemento derimente è l'inserimento organico della prestazione nell'organizzazione dell'impresa, cfr. Cass. 31 ottobre 2013, n. 24561; Cass. 21 gennaio 2009, n. 1536; Cass. 27 novembre 2002, n. 16805.

Passarelli, 2015, 16)⁹.

Come sin da subito anticipato, però, ben più persuasiva è la tesi che colloca la etero-organizzazione nell'alveo dell'autonomia. Di conseguenza, il disposto normativo dell'art. 2, co. 1 d. lgs. n. 81/2015 risulta sprovvisto di ogni elemento definitorio e sistematico che possa far ritenere attuata una modifica, in senso tipologico, della norma base del lavoro subordinato (art. 2094 c.c.). In questa ottica, pertanto, il lavoro etero-organizzato è una forma di lavoro autonomo cui “si applica” selettivamente la disciplina della subordinazione. La fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., dal canto suo, resta intatta per effetto di una estensione trans-tipica delle tutele, considerato che nella etero-organizzazione non è ravvisabile alcun potere direttivo (potere intrinseco alla prestazione), ma una meno pervasiva facoltà del committente di organizzare la prestazione del lavoratore per renderla compatibile con i fattori produttivi del committente (fattore estrinseco alla prestazione) (Perulli, 2015, 26).

In questi termini, la *ratio* seguita dal Legislatore è stata quella di discernere una particolare tipologia di lavoro autonomo – caratterizzato da etero-organizzazione, continuità e carattere esclusivamente personale – che esprime un maggiore bisogno di protezione. L'obiettivo è stato dunque quello di confermare la tradizionale dicotomia tra subordinazione e autonomia, colmando però lo storico vuoto regolativo del codice civile, quale disciplina di cornice liberamente derogabile dalle parti, ed impiegando tecniche di regolazione più protettive rispetto al tradizionale assetto delle tutele. Di conseguenza, nelle ipotesi in cui l'etero-organizzazione sia riscontrata, salvo l'accertamento della subordinazione *tout court*, trovano applicazione taluni (non tutti) gli istituti protettivi del lavoro subordinato (Magnani, 2016, 10), dal momento che la norma ha inteso conferire un assetto giuridico più protettivo ad una realtà fenomenica esistente e meritevole di uno speciale regime protettivo (Ciucciuvino, 2016)¹⁰. Così argomentando, è chiaro che

⁹ In queste ipotesi, infatti, la giurisprudenza ha impiegato l'inserimento della prestazione nell'organizzazione produttiva come criterio sussidiario di individuazione del lavoro subordinato Cfr. Cass., 13 agosto 2008, n. 21591; Cass., 22 dicembre 2009, n. 26986. Su questa linea, in dottrina, F. Carinci che afferma la sostanziale coincidenza tra etero-organizzazione e etero-direzione giacché “organizzazione” e “direzione” sono espressioni fungibili tanto che il contratto di lavoro subordinato è stato spesso identificato come contratto di organizzazione. Questa argomentazione è riproposta, con diverse sfumature, da tutti i sostenitori della riconduzione del lavoro etero-organizzato alla subordinazione.

¹⁰ In particolare, nonostante appoggi la tesi dell'autonomia parlando di “autonomia atte-

l'inserimento delle prestazioni lavorative nell'organizzazione imprenditoriale possa rappresentare "una formula polisensa" volta a configurare tanto il lavoro subordinato quanto il lavoro etero-organizzato o coordinato. Infatti, ciò che differenzia il lavoro etero-organizzato non è tale inserimento, ma la fissazione unilaterale delle modalità di esecuzione delle prestazioni lavorative. Tali prestazioni, deve essere precisato, operano però dall'esterno, nel senso che debbono adeguarsi all'organizzazione del committente. Pertanto, questo "adeguamento funzionale" non può configurare un potere gerarchico *ex art. 2086 c.c.* (Maresca, 2020a, 73)¹¹. Del resto, da un punto di vista meramente letterale, lo stesso incipit dell'art. 2, co. 1 prevede l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato al lavoro etero-organizzato «a far data dal 1° gennaio 2016», escludendo la sua applicazione in modo antecedente. Pare chiaro, quindi, che il lavoro etero-organizzato non possa essere assimilato al lavoro subordinato (Zoppoli, 2020, 709).

1.2. Gli indici sintomatici dell'autonomia

Fatta questa necessaria premessa chiarificatrice sull'impatto dell'art. 2 del d. lgs. 15 giugno 2015 n. 81 sulla disciplina del lavoro autonomo, è ora possibile analizzare gli indicatori attraverso i quali, in sede di certificazione, è verificata la sussistenza dei tratti distintivi del lavoro autonomo "puro", del lavoro autonomo coordinato e continuativo e del lavoro autonomo etero-organizzato. Nel procedere in tal senso¹² e a dispetto delle differenze esistenti tra le tre fattispecie appena citate, il punto di partenza del processo qualificatorio è in ogni caso rappresentato dalla disciplina codicistica del contratto d'opera *ex art. 2222 c.c.* Infatti, come pure evidenziato dalla giurisprudenza europea, il lavoro subordinato si riferisce alle prestazioni personalmente rese ai fini di una reale ed effettiva tutela *ex art. 45 TFUE*¹³, mentre la prevalente personalità è compatibile con il lavoro autonomo e le sue sub-fattispecie. Ne deriva che il lavoro autonomo possa essere etero-organizzato anche qualora i fattori lavorativi rimangano nella disponibilità del prestatore, concorrendo a realizzare il programma negoziale e permanendo quindi una forma – seppur mitigata – di autorganizzazione dei

nuata", Ciucciovino non è d'accordo sulla *ratio* antielusiva della norma.

¹¹ In continuità con questa interpretazione.

¹² Come confermato dalla prassi amministrativa Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 3 del 1° febbraio 2016.

¹³ C. giust. 3.7.1986, C-66/85, *Lawrie-Blum*.

mezzi.

D'altra parte, le collaborazioni coordinate e continuative e le collaborazioni etero-organizzate si distinguono dal lavoro autonomo puro di cui all'art. 2222 c.c., in cui è dedotto il compimento di un'opera o di un servizio¹⁴, in quanto l'oggetto delle stesse è una “prestazione” durevole e ripetuta nel tempo del collaboratore a favore del committente. Nel caso delle collaborazioni etero-organizzate *ex art. 2, co. 1* detta prestazione si concretizza in una “prestazione di lavoro”, cioè nella messa a disposizione di energie lavorative etero-organizzate dal committente benché non etero-di-

¹⁴ Rispetto agli aspetti procedurali, al fine di discernere tra lavoro autonomo puro e lavoro subordinato, si deve procedere mediante valutazione concreta e non astratta, riferita «alla specificità degli incarichi conferiti al lavoratore (ossia alle modalità della prestazione lavorativa) ed al modo della loro attuazione, nonché alle caratteristiche organizzative e dimensionali dell'impresa datoriale». (cfr. Cass. 17 settembre 2009, n. 20034, richiamando Cass. 21 aprile 2005, n. 8307). Si veda anche, più recentemente, Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., 10 giugno 2021, n. 16377 che rimanda alla valutazione del comportamento in concreto tra le parti. In questi termini anche Cass. 21 ottobre 2014 n. 22289; Cass. 27 ottobre 2003 n. 16119. In relazione agli elementi dirimenti, in generale rileva il riconoscimento o meno del vincolo di soggezione personale del lavoratore al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro, nonché gli altri indici sussidiari rilevatori «mediante la valutazione non atomistica ma complessiva delle risultanze processuali» (Cfr. Cass. 17 settembre 2009, n. 20034 richiamando Cass. 13 febbraio 2006, n. 3042; Cass. 24 febbraio 2006, n. 4171; Cass. 31 gennaio 2007, n. 1893. Si veda anche Cass. n. 14573 del 2012).

L'oggetto della prestazione nel lavoro autonomo è infatti rappresentato dal risultato dell'attività (*opus*). Così, *ex multis*, Cass. civ. Sez. lavoro, 22 novembre 1999, n. 12926; Cass. civ. Sez. I, 18 giugno 1987, n. 5464. Più di recente, Cass. civ. Sez. lavoro, 28 marzo 2003, n. 4770; Cass. civ. Sez. lavoro, 09 marzo 2009, n. 5645. A dover essere valutato, pertanto, è il grado di etero-organizzazione della prestazione. È infatti necessario comprendere se l'attività è meramente coordinata con l'organizzazione dell'impresa oppure dipende in via diretta dall'interesse del committente (*alias* datore di lavoro). Così, Cass. 20 settembre 2019, n. 23520. La prestazione in un contratto d'opera è inoltre infungibile (Cass. 17 settembre 2009, n. 20034). Tuttavia, è possibile avversi di ausiliari quali “*longa manus*” del professionista. I rapporti tra clienti e ausiliari, pertanto, sono giuridicamente assorbiti nel rapporto committente-professionista (Cass. 30 gennaio 2006, n. 1847). Inoltre, sui lavoratori autonomi ricade il rischio economico. Tuttavia, la Cassazione ha precisato che il rischio economico non costituisce un elemento decisivo per la qualificazione del rapporto di lavoro, posto che tale fattore può conciliarsi «sia con l'una che con l'altra qualificazione del rapporto stesso». Così, Cass. 23 gennaio 2020, n. 1555 che richiama Cass. 14c luglio 1993, n. 7796. Sul punto anche Cass. 8 giugno 2017, n. 14296; Cass. 10 maggio 2003, n. 7171).

rette da quest'ultimo. Nelle collaborazioni coordinate e continuative¹⁵ *ex* artt. 2222 c.c. e 409, n. 3 c.p.c., invece, essa si identifica con una “prestazione d’opera” o di un servizio reso nel quadro di un rapporto durevole, personale e continuativo che può anche implicare una ripetitività nel tempo e presentarsi come rapporto di durata, comunque finalizzato all’esecuzione dell’opera o del servizio, ma in ogni caso autonomamente organizzato dal collaboratore. Infatti, se la prestazione d’opera continuativa si riferisce sia all’esecuzione di un’attività, sia alla ripetizione di un’opera¹⁶, è proprio tale caratteristica che distingue la collaborazione *ex* artt. 2222 c.c. e 409 c.p.c. dal contratto d’opera puro *ex* art. 2222 c.c. che prevede invece una esecuzione istantanea o prolungata della medesima opera, senza tuttavia qualificarsi come contratto di durata.

Alla luce di quanto sin qui detto, dal momento che è stata abrogata la speciale disciplina dettata dagli artt. 61-69 *bis* d. lgs. n. 276/2003, il coordinamento costituisce un indicatore cruciale per l’individuazione del regime di tutela applicabile al lavoro autonomo. Infatti, mentre l’assenza di qualsivoglia forma di coordinamento, come pure di elementi di continuità e ripetitività della prestazione, è utile ad identificare il lavoro autonomo puro, le modalità di esercizio dello stesso, ove presente, sono invece dirimenti ai fini di una corretta distinzione tra il lavoro autonomo coordinato e continuativo e il lavoro autonomo etero-organizzato. Infatti, nel primo caso, il

¹⁵ Riassumendo *in giurisprudenza* i tre requisiti costitutivi delle collaborazioni coordinate e continuative, occorre riportare l’elencazione esaustiva proposta dalla Cass. civ. Sez. V, 30 dicembre 2015, n. 26061, in *Pluris*: «affinché sia configurabile un rapporto di cosiddetta “parasubordinazione” ai sensi dell’art. 409 c.p.c., n. 3) [...] devono sussistere i seguenti tre requisiti: la continuità, che ricorre quando la prestazione non sia occasionale ma perduri nel tempo ed importi un impegno costante del prestatore a favore del committente; la coordinazione, intesa come connessione funzionale derivante da un protratto inserimento nell’organizzazione aziendale o, più in generale, nelle finalità perseguite dal committente e caratterizzata dall’ingerenza di quest’ultimo nell’attività del prestatore; la personalità, che si ha in caso di prevalenza del lavoro personale del preposto sull’opera svolta dai collaboratori e sull’utilizzazione di una struttura di natura materiale (cfr. Corte cass. Sez. L, Sentenza n. 5698 del 19/04/2002)».

¹⁶ Sul punto, in giurisprudenza, Cass. civ. Sez. lavoro, 11 ottobre 2017, n. 23846). In tal senso argomenta anche Cass., ord., 15 giugno 2020, n. 11539 che, in ipotesi di lavoro elementare e ripetitivo, ritiene necessario l’impiego di «criteri distintivi sussidiari, quali la presenza di una pur minima organizzazione imprenditoriale ovvero l’incidenza del rischi economico, l’osservanza di un orario, la forma della retribuzione, la continuità delle prestazioni, etc.». Nei medesimi termini, anche Cass., sez. VI, 27 giugno 2019, n. 17384.

coordinamento è reciproco e di comune intesa (*ex art. 409, n. 3 c.p.c.*), nel secondo è unilateralmente esercitato dal committente.

Di conseguenza, qualora il contratto di lavoro autonomo abbia ad oggetto una prestazione d’opera pura ovvero una collaborazione coordinata e continuativa, la disciplina sostanziale di riferimento per le due fattispecie si rinviene comunque nelle norme del codice civile di cui agli artt. 2222 e seguenti, oltre che nelle disposizioni di cui alla l. n. 81/2017. Inoltre, per le sole collaborazioni coordinate e continuative, detta disciplina è integrata dalle previsioni di cui all’art. 409 c.p.c. n. 3), c.p.c.¹⁷ e, solo a queste ultime, troverà applicazione la disciplina processuale e delle rinunzie e transazioni propria del lavoro subordinato. Diversamente, ove la prestazione di lavoro si concreti in una collaborazione etero-organizzata, *ex art. 2 co. 1 del d. lgs. n. 81/2015*, ferma restando la sua qualificazione come autonoma *ex art. 2222 c.c.* ai fini della classificazione tipologica, sarà altresì necessario selezionare, dal “paniere” degli istituti protettivi tipici della subordinazione, quelli da applicare. Questa operazione, cruciale quanto complessa, non è affatto scontata e può condurre ad esiti differenti per effetto della stessa ampiezza del dettato normativo. Infatti, se la dottrina (Ciucciuvino, 2016, 342; Sandulli, 2015, 120) ha escluso che le parti siano tenute alla applicazione obbligatoria tanto del regime assicurativo/previdenziale della subordinazione quanto di quello economico-normativo previsto dalla contrattazione collettiva (se non per effetto di un successivo pronunciamento degli organi competenti in materia civile, previdenziale, amministrativa o fiscale), la giurisprudenza¹⁸ è incline ad ammetterle entrambe nell’ambito della determinazione tra le parti.

2. Le collaborazioni coordinate e continuative: autonomia, coordinamento, etero-direzione ed etero-organizzazione

2.1. Il coordinamento reciproco e di comune intesa tra le parti *ex art. 409 n. 3) c.p.c.*

Soffermandosi sulle collaborazioni coordinate e continuative, quale *species* del *genus* lavoro autonomo, è assodato che alle stesse si applichino le sole norme di carattere processuale relative alle controversie del lavoro su-

¹⁷ Ad opera dell’art. 15 della l. n. 81/2017.

¹⁸ La Corte d’Appello di Torino, 4 febbraio 2019, n. 26 ammette l’estensione delle tutele economiche e previdenziali non di quelle sul licenziamento illegittimo.

bordinato, nonché quelle relative all'indisponibilità dei diritti, oltre che sulle rinunzie e transazioni, di cui all'art. 2113 c.c.. Altrettanto pacifico è che esse siano da intendersi effettivamente coordinate e continuative quando «nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa» (art. 409, n. 3) c.p.c.). Questo significa che le caratteristiche della continuità e del coordinamento con il committente sono perfettamente compatibili con il carattere autonomo della prestazione lavorativa, anche se determinano l'applicazione di alcuni frammenti, predeterminati per legge, di disciplina tipica del lavoro subordinato. La prestazione di lavoro autonomo, in tal caso, si concreta infatti in un'opera continuativa e coordinata, autonomamente organizzata dal collaboratore, pur nell'ambito di un coordinamento stabilito di comune accordo dalle parti.

Inoltre, alla luce dell'impatto operato sulla qualificazione contrattuale dall'art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015 (modificato dal D. l. n. 101/2019 convertito in legge con modificazioni dalla l. n. 128/2019), i presupposti per l'applicazione della disciplina del lavoro autonomo sono da ravvisare non soltanto nell'assenza «del vincolo di subordinazione verso il committente» (art. 2222 c.c.) – ossia nella assenza della *etero-direzione* (intesa come sottoposizione ai poteri direttivi, di controllo e disciplinari del committente) – bensì anche nell'assenza di esercizio di poteri organizzativi da parte del committente verso il collaboratore quanto alle modalità di esecuzione della prestazione, ossia nell'assenza della c.d. *etero-organizzazione*. La novella ha quindi ampliato ulteriormente il campo di applicazione della fattispecie, ridisegnando la tipizzazione generale del lavoro *etero-organizzato*. Il nuovo campo di applicazione, infatti, si riferisce ora ai rapporti di collaborazione prevalentemente personali e continuativi le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente. In primo luogo, la prestazione *esclusivamente* personale è stata sostituita con la prestazione *prevalentemente* personale; in secondo luogo, è stato eliminato il riferimento ai tempi e al luogo di lavoro; in terzo luogo è stata disposta l'applicazione della disciplina della subordinazione «anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali» (art. 1, l. n. 128/2019). Una modifica che, al di là della specifica *ratio* protettiva a favore dei ciclofattorini, ha smentito ulteriormente l'ipotesi della riconduzione del lavoro *etero-organizzato* nell'area della subordinazione *tout court* (Perulli, 2019, 163).

Il requisito della *etero-organizzazione* si concreta, pertanto, quando le modalità del coordinamento sono stabilite unilateralmente dal committente e non invece, come previsto dall'art. 409, n. 3) c.p.c., di comune ac-

cordo tra le parti. Ciò implica che, nell'ipotesi disciplinata dall'art. 2, co. 1 d. lgs. n. 81/2015, il collaboratore non organizza autonomamente la propria attività in quanto è assoggettato al potere organizzativo unilateralmente esercitato dal committente. Qualora si ravvisi una simile etero-organizzazione del collaboratore rispetto al committente il rapporto di lavoro, benché qualificabile come autonomo in ragione dell'assenza del vincolo di eterodirezione, rimane pertanto comunque assoggettato alla disciplina del lavoro subordinato (o meglio ad una parte della stessa) in virtù della previsione di cui all'art. 2, co., 1, d. lgs. n. 81/2015.

In definitiva, a seguito della entrata in vigore di detta previsione, l'assenza del vincolo di subordinazione è una condizione necessaria, ma non sufficiente, per l'operatività della disciplina del lavoro autonomo dovendo concorrere anche l'ulteriore requisito della assenza di vincoli organizzativi imposti unilateralmente dal committente al collaboratore.

2.2. L'etero-organizzazione al vaglio della recente giurisprudenza

Tale interpretazione è stata corroborata dalla Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 1663 del 24 gennaio 2020¹⁹, pur pronunciandosi con riferimento a contratti di collaborazione sottoscritti nella vigenza dell'art. 2, co. 1, del d. lgs. n. 81/2015 nella sua formulazione antecedente l'entrata in vigore della l. n. 128/2019, nell'argomentare le proprie motivazioni, ha fatto esplicito riferimento alle modifiche da quest'ultima apportate al disposto normativo.

Al riguardo la Corte, superando l'orientamento delle precedenti pronunce di merito in materia di etero-organizzate e di lavoro su piattaforma digitale (Ferraro, 543; Mazzotta, 2020, 20; Cordella, 2021; De Marco, A. Garilli, 2021; G. Santoro-Passarelli, 2020; A. Perulli, 2020)²⁰, ha espressa-

¹⁹ Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1, 2020 con nota di Maresca.

²⁰ Il “banco di prova” della giurisprudenza sul lavoro etero-organizzato ha riguardato (quasi esclusivamente) i lavoratori su piattaforma. Dopo due sentenze di primo grado poco innovative (T. Torino 7 maggio 2018, n. 778, in *Diritto delle Relazioni Industriali* n. 4, 2018, con nota di Ferrante; T. Milano 10 settembre 2018, n. 1853, in *Labor*, 2019, con nota di Forlivesi), ci si riferisce, in particolare, alla sentenza della Corte d'Appello di Torino (4 febbraio 2019, n. 26, in *LDE*, n. 1, 2019, con nota di De Luca Tamajo, nonché in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3, 2019, con nota di Del Frate), alla sentenza del T. di Roma (T. Roma, 6 maggio 2019, n. 4243, in *Rivista giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* n. 2, 2020 con nota di Giovannone) e alla successiva pronuncia di Cassazione (Cass. 24 gennaio

mente confermato la tesi dell'autonomia, sottolineando tuttavia come «Una volta ricondotta la etero-organizzazione ad elemento di un rapporto di collaborazione funzionale con l'organizzazione del committente, così che le prestazioni del lavoratore possano, secondo la modulazione unilateralmente disposta dal primo, opportunamente inserirsi ed integrarsi nella sua organizzazione di impresa, si mette in evidenza (nell'ipotesi dell'art. 2 d. lgs. n. 81/2015) la differenza rispetto ad un coordinamento stabilito di comune accordo che, invece, nella norma in esame, è imposto dall'esterno, appunto etero-organizzato. Tali differenze illustrano un regime di autonomia ben diverso, significativamente ridotto nella fattispecie dell'art. 2 d. lgs. n. 81

2020, n. 1663, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1, 2020 con nota di Maresca) che hanno sollecitato ulteriori riflessioni da parte della dottrina giuslavoristica.

La Corte d'Appello di Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, ha smentito la tesi della “norma apparente”, rammentando che ogni norma di legge ha di per sé un contenuto precettivo. L'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 ha introdotto il concetto normativo dell'etero-organizzazione, non riducibile alla subordinazione. L'etero-organizzazione, infatti, è una prerogativa organizzativa differente dal potere direttivo e, nel caso di specie, si identifica nella definizione unilaterale di turni e zone di partenza dei *riders*, allo scopo di sortire una integrazione funzionale del prestatore nell'organizzazione del committente. Chiara è quindi la distinzione di fondo tra lavoro etero-organizzato e coordinato, posto che il coordinamento *ex art.* 409, n. 3) c.p.c. è definito di accordo tra le parti. Rispetto ad ulteriori punti interpretativi, la Corte d'Appello non sposa le conclusioni della successiva sentenza di Cassazione. In primo luogo, rispetto alla qualificazione contrattuale, la Corte identifica nella novella di cui all'art. 2 un *terzo genere* tra subordinazione e co.co.co., rientrando comunque nell'alveo del lavoro autonomo. In secondo luogo, rispetto alla disciplina applicabile, la Corte ammette l'applicazione selettiva delle tutele del lavoro subordinato (economiche e previdenziali sì, licenziamento illegittimo no). La sentenza del T. Roma, 6 maggio 2019, n. 4243 in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, n. 2, 2020 con nota di Giovannone non riguarda i *riders*, ma i *call center outbound*. Anche il T. di Roma sposa la teoria del terzo genere, sposando un orientamento dottrinale minoritario. Inoltre, sui *call center outbound* è intervenuta la contrattazione collettiva in deroga. Nel ritenere l'intervento in deroga legittimo in ragione delle «particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore» (aumento del costo del lavoro e delocalizzazione), il Tribunale ritiene che il lavoro etero-organizzato non sia subordinato, per cui non sussiste la violazione dell'indisponibilità del tipo da parte della contrattazione. La Cassazione (Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663), invece, ha preferito adottare la distinzione tra norma di fattispecie e norma di disciplina, così come suggestionata per primo da Del Punta, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 371. In particolare, il co. 1, art. 2 d. lgs. 81/2015 rappresenta una norma di disciplina posto che «non crea una nuova fattispecie» (punto 39). Il *discrimen* tra norma di fattispecie e norma di disciplina è considerato da più A. “scricchiolante” o inconsistente in punto di diritto.

del 2015: integro nella fase genetica dell'accordo [...] ma non nella fase funzionale di esecuzione del rapporto [...]».²¹

In definitiva, proprio nella presenza di un coordinamento unilateralmente esercitato dal committente – anche, ma non necessariamente od esclusivamente consistente nella determinazione unilaterale del tempo e del luogo di svolgimento della prestazione – si ravvisa l'elemento tipico della etero-organizzazione e, di conseguenza, il presupposto per l'estensione, in modo selettivo, della disciplina del lavoro subordinato a rapporti di lavoro continuativi e personali, la cui riconduzione all'area del lavoro autonomo è stata comunque confermata dalla Corte.

Per questa via, non solo si è escluso in modo inequivocabile che l'art. 2, co. 1 abbia dato vita ad un *tertium genus*, ma è stata ricondotta in generale la figura prevista dalla norma alla famiglia delle collaborazioni coordinate e continuative *ex* art. 409, n. 3) c.p.c. rispetto alla quale, l'art. 2 co. 1 si presenta come una norma di disciplina. Detta previsione, infatti, non ha introdotto una nuova fattispecie ma, al verificarsi delle caratteristiche delle collaborazioni dalla stessa individuate, intende ricollegare imperativamente l'applicazione selettiva della disciplina della subordinazione. Di conseguenza, nel delineare la differenza tra le collaborazioni etero-organizzate e quelle coordinate e continuative di cui all'art. 409, n. 3) c.p.c., si osserva come la etero-organizzazione rappresenti elemento di un rapporto di collaborazione funzionale con l'organizzazione del committente nel cui ambito le prestazioni del lavoratore, secondo la modulazione unilateralmente disposta dal primo, possono opportunamente integrarsi con la organizzazione d'impresa. Quindi, mentre, in generale, nelle collaborazioni *ex* art. 409, n. 3) c.p.c. il coordinamento è stabilito di comune accordo tra le parti, in quelle *ex* art. 2, co. 1 del D.Lgs n. 81/2015, esso è imposto unilateralmente dall'esterno. Tali tratti distintivi illustrano un regime di autonomia ben diverso: accentuato nella fattispecie di cui all'art.

²¹ La Corte prosegue sul punto affermando tuttavia che «se è vero che la congiunzione “anche” potrebbe alludere alla necessità che l'etero-organizzazione coinvolga i tempi e modi della prestazione, non ritiene tuttavia la Corte che dalla presenza nel testo di tale congiunzione si debba far discendere tale inevitabile conseguenza. Il riferimento ai tempi e al luogo di lavoro esprime solo una possibile estrinsecazione del potere di etero-organizzazione, con la parola anche che assume valore esemplificativo. In tal senso sembra deporre la successiva soppressione dell'inciso ad opera della novella [...]. Parimenti si deve ritenere che possa essere ravvisata etero-organizzazione rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina della subordinazione anche quando il committente si limiti a determinare unilateralmente il quando e il dove della prestazione personale e continuativa».

409 n. 3 c.p.c.; significativamente ridotto in quella di cui all'articolo 2, co. 1. Infatti, sebbene accomunate da una pari ed integra autonomia nella fase genetica dell'accordo, data la facoltà del lavoratore di obbligarsi o meno alla prestazione, esse divergono fortemente nella fase funzionale di esecuzione del rapporto, relativamente alle modalità di prestazione.

2.3. La certificazione del lavoro autonomo e l'assenza dei requisiti di cui all'art. 2, co. 1, del d. lgs. n. 81/2015

È da evidenziare come, nella prassi, le commissioni di certificazione siano più spesso adite per accertare la corretta qualificazione dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa e dei contratti di prestazione d'opera, con l'ulteriore fine di escludere che, nelle fattispecie concrete, ricorrano gli elementi della etero-organizzazione (ai sensi dell'art. 2, co. 3, d. lgs. n. 81/2015). In questi casi, la fase istruttoria è incentrata sul riscontro degli indicatori tipici della prestazione di lavoro autonomo, dell'autonoma organizzazione e dell'assenza degli elementi della etero-organizzazione di cui all'art. 2 co. 1 d. lgs. n. 81/2015. Inoltre, per quanto riguarda le sole co.co.co., detta verifica si spinge ad accertare altresì la sussistenza di modalità di coordinamento stabilite di comune accordo tra le parti, nel rispetto dell'art. 409, n. 3) c.p.c.

Ne deriva che quando ricorre la necessità di certificare l'autonomia del rapporto di lavoro e l'assenza dei requisiti di cui al co. 1, è opportuno dapprima qualificare come autonoma la prestazione di lavoro escludendo l'assoggettamento del collaboratore/prestatore d'opera a poteri di eterodirezione da parte del committente (art. 2222 cod. civ.), quindi accertare che le modalità di esecuzione della prestazione siano autonomamente organizzate dallo stesso, escludendo l'assoggettamento a poteri di etero-organizzazione del committente, con riferimento anzitutto (ma non solo) ai tempi e luoghi della prestazione. Inoltre, ove la richiesta di certificazione riguardi in particolare una collaborazione coordinata e continuativa, andranno altresì verificate le modalità di svolgimento del coordinamento tra le parti che dovrà, per l'appunto, essere reciproco e stabilito di comune intesa (*ex* art. 409, n. 3) c.p.c.).

Verificata la sussistenza di tali caratteristiche, è possibile confermare che il prestatore d'opera/collaboratore non soggiace ad alcun potere unilaterale di organizzazione della prestazione da parte del committente, riservandosi invece di individuare autonomamente le modalità organizzative della propria prestazione.

Questo rilievo basta, da una parte, ad escludere la sussistenza dei re-

quisiti di etero-organizzazione di cui all'art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015 che implicherebbero, al contrario, l'assoggettamento del prestatore/collaboratore alle direttive organizzative del committente, dall'altra ad affermare il pieno rispetto delle previsioni dell'art. 409, n. 3 c.p.c., ove applicabile.

Altresì cruciale, sebbene non afferente strettamente alla identificazione del tipo legale, è la verifica del rispetto delle disposizioni di cui alla l. 22 maggio 2017, n. 81, con particolare riferimento al regime della forma scritta ed alla disciplina delle clausole abusive e del recesso, delle cause di sospensione del rapporto, delle modalità di esercizio del diritto di recesso, del pagamento del compenso, nonché alla tutela dei diritti sulle invenzioni e gli apporti originali del prestatore/collaboratore. Analogamente, ma con esclusivo riferimento alle collaborazioni coordinate e continuative, è necessario appurare che dal contratto (o da suoi eventuali allegati) rilevino tutte le informazioni prescritte ai fini dell'assolvimento degli obblighi di comunicazione di cui al d. lgs. n. 152/1997, come modificato dal d. lgs. 104/2022 in attuazione della Direttiva UE 2019/1152 relativa alle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione Europea. Tali informazioni devono infatti costituire, ad ogni effetto, parte integrante del contratto di lavoro²² nei limiti di esigibilità delle stesse per lo specifico tipo legale.

A seguito del positivo e contestuale riscontro degli indicatori tipici della prestazione di lavoro autonomo puro, ovvero del lavoro autonomo coordinato e continuativo, è possibile certificare il contratto come conforme alle disposizioni codicistiche e di legge²³, escludendo che, nel caso

²² Le informazioni possono essere fornite in formato cartaceo oppure elettronico e devono essere conservate e rese accessibili al lavoratore. Il committente è tenuto a conservare prova della trasmissione o della ricezione per la durata di cinque anni dalla conclusione del rapporto di lavoro.

²³ Sebbene non vi sia spazio per approfondire, ulteriori momenti di verifica sono necessari nella ipotesi in cui la certificazione abbia ad oggetto contratti di lavoro autonomo coordinati e continuativi sottoscritti ai sensi dell'art. 2, co. 2, del d. lgs. n. 81/2015, secondo cui la disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione con riferimento: a) alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore; b) alle collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali; c) alle “attività prestate nell'esercizio delle loro funzioni dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dei partecipanti a collegi e commissioni”; d) alle collaborazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive di-

concreto, si rinvenivano le caratteristiche della etero-organizzazione di cui all'art. 2, co. 1, d. lgs. 15 giugno 2015 n. 81, nella sua formulazione *ratione temporis* applicabile.

Dette condizioni sono accertate dalla Commissione attraverso l'analisi documentale allegata all'istanza di certificazione e le dichiarazioni delle parti raccolte nel corso delle audizioni che, nel loro complesso, costituiscono i mezzi istruttori del procedimento.

3. Le eccezioni: un focus sulle ipotesi ex art. 2, co. 2 lett. a) e b) del d. lgs. n. 81/2015

L'istruttoria si presenta più articolata qualora la certificazione abbia ad oggetto contratti di lavoro autonomo coordinati e continuativi sottoscritti ai sensi dell'art. 2, co. 2, lett. a), b), c) o d) del d. lgs. n. 81/2015. Ereditando l'impostazione delle abrogate disposizioni del d. lgs. n. 276/2003, per queste fattispecie il Legislatore ha infatti disposto uno speciale regime regolativo, in ragione delle peculiarità alle stesse sotteso²⁴, e la contestuale disapplicazione della previsione di cui al precedente comma 1.

A ben guardare, però, le citate previsioni ricalcano solo in parte i casi indicati dall'art. 61, co. 3, d. lgs. n. 276/2003 per i quali era consentito stipulare collaborazioni coordinate e continuative senza l'obbligo di riconduzione a progetto. Infatti, diversi sono gli effetti scaturenti dalla norma in

lettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI, come individuati e disciplinati dall'art. 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289.

²⁴ Il Legislatore ha previsto una serie di esclusioni elencate nell'art. 2, co. 2, a mente del quale la disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione con riferimento: a) alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore; b) alle collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali"; c) alle "attività prestate nell'esercizio delle loro funzioni dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dei partecipanti a collegi e commissioni"; d) alle collaborazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI, come individuati e disciplinati dall'art. 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289.

esame rispetto a quella (abrogata), relativa al contratto di lavoro a progetto (art. 61, co. 3). Mentre per quest’ultima si trattava di discernere, nell’ambito di fattispecie di lavoro autonomo, categorie di prestazioni escluse dall’applicazione di una disciplina che rimaneva pur sempre di lavoro autonomo, nel caso in esame si tratta di selezionare rapporti di lavoro autonomo cui non viene applicata selettivamente la disciplina del rapporto di lavoro subordinato, pur ricorrendo gli stessi tratti caratterizzanti previsti dall’art. 2, co. 1 (etero-organizzazione anche spazio-temporale della prestazione, personalità della prestazione, continuità della prestazione)(Perulli, 2015).

Ad ogni modo, posto che la disposizione del comma 2 disciplina quattro distinte fattispecie, ci si soffermerà in particolare su quelle di cui alle lettere a) e b), considerata la loro maggiore ricorrenza nella prassi della attività di certificazione, rinviando invece l’analisi dell’ipotesi di cui alla lett. c) al contributo in materia di rapporti organici (cfr. Cap. 14).

Il primo riferimento va dunque fatto alla ipotesi di cui co. 2, lett. a), del d. lgs. n. 81/2015 che, come noto, ha autorizzato le associazioni sindacali a disattivare, per mezzo di specifici accordi, l’art. 2, co. 1 e l’applicazione degli istituti della subordinazione a quelle collaborazioni coordinate e continuative etero-organizzate sottoscritte in attuazione dei predetti accordi. Ciò a condizione che i soggetti stipulanti siano comparativamente più rappresentativi a livello nazionale, che la deroga sia giustificata da particolari esigenze produttive e organizzative del relativo settore e che, in alternativa alla disciplina legale, quella pattizia ne regoli specificatamente sia il trattamento economico che quello normativo.

Si tratta, dunque, di una disciplina più articolata di quanto previsto dal vecchio art. 63 del d. lgs. n. 276/2003 e di maggior favore rispetto alla stessa, alla cui *ratio* si ispirano, ad esempio, alcuni accordi sindacali siglati nel settore dei *call center*. Il riferimento va, *in primis*, all’Accordo Collettivo Nazionale sottoscritto il 31.07.2017 da Assotelecomunicazioni, Asstel, Assocontact, Slc-Cgil, Fistel-Cisl e Uilcom, in attuazione all’art. 2, co. 2, lett. a) del d. lgs. 81/15. Di analogo tenore è poi l’Accordo stipulato il 30.07.2015 da Assotelecomunicazioni-Asstel e Assocontact e Slc-Cgil, Fistel-Cisl e Uilcom, con cui²⁵ le parti hanno esteso il campo di applicazione dei trattamenti economici e normativi fissati dall’Accordo 01.08.2013. Detti trattamenti si intendono pertanto riferiti ai contratti di collaborazione esclusivamente personale e continuativa ed a tutti i lavoratori con contratto di co.co.co. che svolgano attività di vendita diretta di beni e di servizi realizzate

²⁵ A seguito di interpello, cfr. Min. lav., Interpello n. 27 del 15 dicembre 2015.

attraverso call center *outbound*, di recupero crediti telefonico *outbound*, nonché di ricerca di mercato, di imprese che applichino il Ccnl del settore telecomunicazioni.

La specialità di questo regime è particolarmente rilevante se si tiene conto che lo stesso, sopravvissuto peraltro a taluni dubbi di legittimità costituzionale²⁶, ha ragion d'essere proprio quando vi sia incertezza sulla corretta qualificazione del rapporto, per le peculiari modalità di svolgimento della prestazione dedotta in contratto. In questi casi, infatti, appare particolarmente ragionevole devolvere alla contrattazione collettiva il potere di disciplinare le peculiari modalità di svolgimento del rapporto di lavoro autonomo coordinato e continuativo, coerentemente con le caratteristiche del comparto produttivo di riferimento, e di escluderne l'automatica riqua- lificazione sia pur nel rispetto dell'indisponibilità del tipo contrattuale (Imberti, 2016; Santagata De Castro, 2017). Si è inteso così rimediare alle disfunzioni causate, in termini di disciplina applicabile e bilanciamento degli interessi, dal binomio norma inderogabile astratta-giudice, privilegiando le «tecniche alternative di fissazione di precetti specifici da parte dell'autonomia collettiva» (Vallebona, 1997, 137; Gragnoli, 2005), più coerenti con le nuove forme di organizzazione del lavoro (Tiraboschi, 2003, 103).

La previsione ha infatti il pregio di aver conferito all'autonomia collettiva il potere di disattivare le tutele dell'art. 2, co. 1, a condizione di prevedere discipline specifiche sostitutive di quelle legali. Dunque, all'autonomia collettiva si è riconosciuta una delega in bianco, sia rispetto alla definizione del perimetro di applicabilità alle collaborazioni coordinate e continuative dello statuto giuridico del lavoro subordinato, sia rispetto ai contenuti stessi delle tutele. Per le collaborazioni etero-organizzate di cui all'art. 2, co. 1, pertanto, lo statuto giuridico del lavoro subordinato è interamente derogabile dall'autonomia collettiva, tenuto altresì conto del livello dell'accordo (nazionale) e delle caratteristiche di rappresentatività delle parti stipulanti. Ambo gli elementi, infatti, non consentono di dubitare della rispondenza dello stesso ai requisiti richiesti dall'art. 2, co. 2, lett. a) per dare validamente attuazione al disposto legale²⁷.

Chiaramente, affinché queste discipline specifiche contrattuali possano

²⁶ Per un presunto contrasto col principio della "indisponibilità del tipo contrattuale" storicamente elaborato dalla Corte Costituzionale. Cfr. Corte Cost., 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2432 e ss.; Corte Cost., 31 marzo 1994, n. 115, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2656 e ss. e confermato con Corte cost. 7 maggio 2015, n. 76, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 2, 2016, p. 318 con nota di Bertocco.

sostituire quelle legali, attivando il meccanismo di cui all’art. 2. co. 2 lett. a), tra le une e le altre vi deve essere necessariamente una corrispondenza. Pertanto, la “disciplina del lavoro subordinato” di cui al comma 1 deve essere integralmente sostituita dall’insieme delle discipline di tutela del trattamento economico e normativo del lavoro predisposte dal contratto collettivo; di quest’ultimo, il contratto individuale deve poi fare fedele ed integrale applicazione. Si tratta, così, di un complesso di circostanze giuridiche e fattuali che vanno concretamente accertate all’atto della certificazione.

Di diverso tenore è l’eccezione di cui alla successiva lettera b), considerato che la disposizione ha espressamente escluso l’applicazione della disciplina di tutela del lavoro subordinato «alle collaborazioni prestate nell’esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l’iscrizione in appositi albi professionali». In questo caso, la normativa codicistica radica tipologicamente le relative fattispecie contrattuali nell’ambito delle *locationes operis* (art. 2229 e ss. c.c.) (Perulli, 1997, 385) e delinea un regime speciale in virtù del quale i rapporti di collaborazione di cui al comma 1, sono esclusi dall’alveo della subordinazione e restano assoggettati alla disciplina del lavoro autonomo professionale. Ciò in virtù del criterio di normalità sociale che configura solitamente tali rapporti libero-professionali.

Tuttavia, come opportunamente segnalato in dottrina (Perulli, 2015), la prestazione dedotta in un contratto di collaborazione prestata nell’esercizio di professioni intellettuali intanto può essere esclusa dal campo di applicazione dell’art. 2, co. 1 in quanto presenti un contenuto concreto effettivamente riconducibile al novero delle attività professionali tipiche per le quali è richiesta l’iscrizione al relativo albo o elenco professionale. Nel disciplinare detta ipotesi derogatoria, infatti, il Legislatore ha adottato un criterio selettivo incardinato non già sulla professione intellettuale in sé e per sé considerata, ma sulla coerenza tra prestazione ed “esercizio” della professione. Ne consegue che l’esclusione dal campo di applicazione delle norme sul lavoro subordinato, per le collaborazioni professionali “organizzate dal committente” *ex* art. 2, co. 1, è riservata solo a quei professionisti iscritti all’albo che deducano nel contratto prestazioni tipiche della professione protetta. Va da sé che la ricognizione di dette prestazioni sia agevolmente rinvenibile dalla lettura delle disposizioni di legge istitutive dei rispettivi ordini professionali e, in via integrativa, delle norme deontologiche applicabili alla famiglia professionale di riferimento.

La previsione, che tiene conto dell’ampio impiego di siffatte tipologie contrattuali nel campo delle professioni ordinistiche, peraltro, è tanto più interessante alla luce del crescente ricorso al lavoro autonomo professionale

coordinato e continuativo in settori di grande rilevanza sociale, come ad esempio quello ospedaliero e delle strutture di ricerca e clinica (Falzone, 2021; Pisani, 2024, 5)²⁸. Così come essa sembra prendere atto della progressiva introduzione di sistemi di qualificazione in ambiti professionali che erano prima sprovvisti di una specifica regolamentazione²⁹ e la cui evoluzione è destinata a valicare il confine delle più tradizionali attività ordinarie.

Alla luce di quanto sin qui analizzato, quando ricorre la necessità di certificare un contratto di lavoro autonomo coordinato e continuativo, sottoscritto ai sensi dell'art. 2, co. 2, lett. a) o b) del d. lgs. n. 81/2015, e di verificarne l'esclusione dal campo di applicazione del precedente comma 1, l'istruttoria svolta dalla Commissione si articola in tre fasi. Infatti, verificata l'autonomia della prestazione e valutato l'eventuale assoggettamento del collaboratore ai poteri di etero-direzione ed etero-organizzazione del committente, è altresì opportuno verificare, a seconda che si versi nell'una o nell'altra ipotesi, che il contratto sia stato sottoscritto in applicazione di «accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore» (art. 2, co. 2 lett. a), rispettando integralmente i trattamenti economici e normativi ivi stabiliti ovvero che esso riguardi «collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali» (art. 2, co. 2 lett. b), la cui prestazione dedotta nel contratto possa ritenersi strettamente afferente alla professione protetta, assodato che lo stesso presenti altresì gli ulteriori requisiti di carattere generale

²⁸ In questi contesti, infatti, dottrina e giurisprudenza sono ormai prevalenti nell'affermare la compatibilità tra la natura autonoma, pura o coordinata e continuativa, della prestazione del personale medico ospedaliero ovvero del medico-ricercatore degli Istituti di Ricerca e Clinica, anche con funzioni direttive, nell'ambito della struttura organizzativa del committente. Cfr. tra la giurisprudenza di legittimità, *ex multis*, Cass. n.1570 del 18.3.1983; Cass. 20 settembre 1989, n. 3930; Cass. 3 giugno 1994, n. 5389; Cass., sez. lav., 1° giugno 2004, n. 10507, in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, vol. I., 2004, p. 326; Cass. 26 agosto 2013, n. 19568. Recentemente, tra la giurisprudenza di merito si vedano le sentenze n. 1516/2018 del Tribunale di Milano; n. 516/2019 del Tribunale di Brescia; n. 1991/2020 del Tribunale di Milano.

²⁹ Si pensi, ancora una volta, professioni sanitarie tecniche, della prevenzione e della riabilitazione, come ad esempio quella dei fisioterapisti, degli osteopati, i cui albi sono stati istituiti con il DM 13 marzo 2018 *Costituzione degli Albi delle professioni sanitarie tecniche, della riabilitazione e della prevenzione*, attuativo della l. n. 3/2018.

di cui agli artt. 2229 e ss. c.c.

4. La prospettiva sfumata di una disciplina europea sulla certificazione del lavoro autonomo eseguiti tramite piattaforma digitale

Astraendo dalla prassi – più che decennale – della attività di certificazione dei contratti di lavoro autonomo e collocando, sia pur brevemente, la riflessione sin qui svolta nel contesto euro-unitario, è utile ricordare che è stata approvata la direttiva europea finalizzata a migliorare le condizioni di lavoro dei lavoratori su piattaforma (Barbieri, 2021, 2; Tullini, 2022; Alaimo, 2022; Bronzini, 2022, 1; De Stefano, 2022, 1; Passalacqua, 2023, 242; Giovannone, 2022a; Giovannone, 2022b)³⁰.

Come noto, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema si è fatto crescente in diversi Paesi europei (Baylos Grau, 2021; Zoppoli; Daugareilh, 2020; Carabelli, 2021), motivo per il quale la Commissione europea è apparsa intenzionata a contrastare il falso lavoro autonomo attraverso l'introduzione di una presunzione relativa di subordinazione, seppur “alleggerita” dalla eliminazione degli indici presuntivi operata, da ultimo, con l'accordo provvisorio tra il Consiglio e il Parlamento UE (Menegatti, 2023; Passalacqua, 2023; Barbieri, 2021; Bronzini, 2022; Pisani, 2022; Giubboni, 2022; Ratti, 2022). Inoltre, nel rispetto del principio di autonomia procedurale degli Stati membri, la direttiva prevede che gli ordinamenti nazionali siano tenuti a disporre misure di *enforcement* per garantire il rispetto di detta presunzione e, dunque, della corretta qualificazione contrattuale (Kullmann, 2021). Sul punto, è stata però scartata l'ipotesi – pur presa inizialmente in considerazione nell'iter di approvazione del documento, pro-

³⁰ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali, Bruxelles, 9.12.2021, COM(2021) 762 final. Al momento in cui si scrive e in attesa della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, si tiene conto dell'approvazione definitiva avvenuta il 24 aprile 2024. Detta approvazione è intervenuta dopo due tentativi falliti, l'accordo provvisorio è stato raggiunto in data 8 marzo 2024. Cfr. *Lavoratori delle piattaforme digitali: il Consiglio conferma l'accordo su nuove norme volte a migliorare le loro condizioni di lavoro*, Comunicato stampa, Consiglio dell'UE, 11 marzo 2024. Per il testo concordato, si veda *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali - Esame del testo di compromesso finale in vista di un accordo*, Consiglio dell'UE, 2021/0414(COD), Bruxelles, 8 marzo 2024

prio sulla scorta dell'esempio italiano (Del Frate, 2021; Giovannone, 2022b) – di introdurre la certificazione dei contratti di lavoro autonomo. L'opzione, per i casi di lavoro autonomo genuino, avrebbe ben potuto favorire lo sviluppo di forme di controllo *ex ante* sulla corretta qualificazione contrattuale, prevenendo l'applicazione *tout court* della disciplina sulla subordinazione. La connaturata logica deflattiva dell'istituto certificatorio, in effetti, si sposa appieno con la finalità della proposta di ridurre il crescente contenzioso in materia, anticipando la valutazione sulla rispondenza tra *nomen juris* e il contenuto del contratto al momento della costituzione del rapporto di lavoro e, dunque, attenuando il ricorso ai controlli successivi usualmente in capo agli organi amministrativi e ai tribunali. In questo senso, quindi, la certificazione dei contratti potrebbe arginare le incertezze sull'esito qualificatorio alimentate dalla ondivaga evoluzione giurisprudenziale che caratterizza gli ordinamenti nazionali (Santoro Passarelli, 2021)³¹, ferma restando la necessità di verificarne la concreta declinazione da parte dei Paesi membri (Giovannone, 2024, 497-525). Appare evidente, inoltre, che l'istituto della certificazione dei contratti di lavoro autonomo potrebbe risultare particolarmente utile a fronte degli attesi cambiamenti organizzativi da parte delle piattaforme che intendano sottrarsi agli automatismi della qualificazione contrattuale operata sulla base della presunzione legale (Bertolini, Alyanak, Cant, López, Agüera, Howson, Graham, 2021; Pisani, 2022).

Non stupisce allora che le piattaforme digitali avessero mostrato il proprio favore per la introduzione della certificazione³² – posta infatti quale alternativa alla presunzione legale – in virtù del fatto che il discernimento inequivocabile del tipo legale e l'identificazione a priori della disciplina applicabile persegue in modo pragmatico il raggiungimento dell'obiettivo generale della proposta, ossia la garanzia della certezza di diritto per entrambe le parti contrattuali.

Non vi è dubbio, inoltre, che il ricorso alla certificazione dei contratti di lavoro su piattaforma digitale possa limitare il rischio di operazioni qua-

³¹ A livello nazionale, a titolo di esempio, la sentenza del Tribunale del Palermo 24 novembre 2020, n. 3570, disattendendo l'orientamento della Cassazione sopra citato, ha qualificato il rapporto di lavoro dei *riders*, nel caso di specie, come subordinato sulla base di una interpretazione evolutiva dell'art. 2094 c.c., che imporrebbe di «adattare i concetti di dipendenza e alienità alla realtà sociale» e ai nuovi modelli organizzativi d'impresa. Il Tribunale ha così nuovamente impiegato gli indici della c.d. “subordinazione attenuata” non già per qualificare il rapporto di lavoro come etero-organizzato, ma come subordinato.

³² Commissione europea, SWD(2021) 396 final/2, 23.

lificatorie di fonte normativa, aprioristicamente basate sulla sola catalogazione della tipologia di attività svolta dal lavoratore piuttosto che sulle effettive modalità di svolgimento della stessa (come invece tradizionalmente si conviene) (Cavallini, Avogaro, 2019, 186)³³.

Nel nostro ordinamento, peraltro, un siffatto approccio potrebbe rimediare allo scarso ricorso allo strumento della certificazione nel settore delle piattaforme digitali, caratterizzato da una significativa crescita della domanda di beni e servizi. Infatti, se fino ad ora le parti coinvolte in questi regolamenti contrattuali raramente ricorrono alla certificazione, l'attività delle commissioni ben potrebbe supportare le parti coinvolte nell'esecuzione di rapporti altamente digitalizzati³⁴, valorizzando le fasi di assistenza e consulenza che anticipano la stipulazione dei contratti anche sul terreno scivoloso della gestione algoritmica. D'altra parte, non è mancato chi ha proposto di valutare la certificabilità dello stesso regolamento sul funzionamento della piattaforma, con l'intento di mitigare le difficoltà materiali di certificare contratti discontinui e di brevissima durata (Aniballi, 2021, 16).

Ad ogni modo e a prescindere dalla differente opzione accolta dalla direttiva europea, il ricorso alla certificazione di questi contratti rimane una liberamente esercitabile dalle parti nel nostro ordinamento. Come pure, nulla vieta al legislatore nazionale di favorire il ricorso a detto strumento di *enforcement* nella futura fase di trasposizione della norma europea. In questo modo le nuove disposizioni sovranazionali, finalizzate a calamitare i lavoratori su piattaforma nell'alveo del lavoro subordinato, sarebbero accompagnate dal rafforzamento degli strumenti amministrativi, preventivi

³³ Si veda al riguardo il *Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo 2021* che, dando seguito ad una pronuncia del Tribunal Supremo Sala de lo Social, 25 settembre 2020, n. 805 pronunciata nei confronti della piattaforma Glovo, ha modificato lo Statuto deli Lavoratori spagnolo introducendo una presunzione forte di subordinazione per i lavoratori su piattaforma che svolgano l'attività o, per conto di datori di lavoro che esercitano le facoltà imprenditoriali di organizzazione, direzione e controllo in maniera diretta, indiretta o implicita, mediante la gestione algoritmica del servizio o delle condizioni di lavoro, attraverso una piattaforma digitale. Cfr. F. Pisani, cit., pp. 79 ss. Di segno contrario, invece, la disciplina francese introdotta dalla Loi El Khomri dell'8 agosto 2016, prima in Europa sul tema e che, disattendendo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, ha rigettato l'estensione *tout court* del campo di applicazione soggettivo ed oggettivo del lavoro subordinato, qualificando i riders come autonomi.

³⁴ Sul tema cfr. Tribunale di Bologna, 20 ottobre 2020, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4, 2020, con nota di Benincasa.

e deflattivi, diversamente a garanzia del lavoro autonomo genuino.

Si tratterebbe, quantomeno, di una misura a tutela di quei lavoratori che, nonostante le nuove disposizioni, continueranno ad orbitare nell'area del lavoro autonomo e dunque a godere di tutele minori, diversamente graduate dagli ordinamenti nazionali; tutto ciò, nonostante sia palese la posizione di debolezza contrattuale e di dipendenza economica-organizzativa dei lavoratori autonomi su piattaforma (Cordella, 2021,16). Lo stesso legislatore europeo, del resto, ne sembra consapevole tanto da aver intrapreso una iniziativa per allentare gli ostacoli alla contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi in posizione di debolezza posti dalla disciplina concorrenziale *ex* art. 101 TFUE (Lianos, Countouris, De Stefano, 2019; Ilsøe, 2020, 176). Segnatamente, il riferimento va agli «Orientamenti sull'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione agli accordi collettivi concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi individuali»³⁵ (Giovannone, 2022a). Il documento è volto ad escludere i (falsi) lavoratori autonomi – tra cui anche i lavoratori su piattaforma – dalla nozione euro-unitaria di “impresa”, conferendo una sorta di immunità dalle regole concorrenziali ai contratti collettivi a tutela dei lavoratori autonomi sotto-protetti. Muovendo da questa iniziativa, verosimilmente, anche gli sforzi della contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi “sdoganata” a livello europeo potrebbero a loro volta incentivare il ricorso all'istituto della certificazione come garanzia del corretto impiego del lavoro autonomo genuino. Come pure, tanto più con riferimento alle forme contrattuali organizzativamente flessibili, la procedura di certificazione potrebbe contribuire a circoscrivere il protagonismo giudiziale in merito alla qualificazione dei rapporti di lavoro e «a stemperare il divario – da sempre presente, ma oggi aggravato in ragione della varietà e complessità dei modi di lavorare – tra logiche giuridiche e logiche organizzativo-produttivistiche» (Tiraboschi, 2003, 104).

³⁵ Commissione europea, Comunicazione (2022/C 123/01).

Riferimenti bibliografici

- Alaimo, A. (2021). *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?*, in *Labour & Law Issues*, n. 7, 2.
- Anibaldi, V. (2019). *Il lavoro organizzato mediante piattaforma digitale: nuove sfide per le Commissioni di certificazione*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4, pp. 1075 ss.
- Barbieri, M. (2021). *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *Labour & Law Issues*, n. 7, 2, p. 1 ss.
- Barberio, M. (2023). *La certificazione dei contratti di lavoro tra autoregolazione e certezza del diritto*, Giappichelli Editore, Torino.
- Baylos Grau, A. (2021). *Una breve nota sobre la ley española de la laboralidad de los riders*, in *Labor*, n. 1, pp. C.1 -C28.
- Bertolini, A.; Alyanak, O.; Cant, C.; López T.; Agüera, P.; Howson, K.; Graham, M. (2019). *Fairwork Response to the European Commission's Proposal for a Directive on Platform Work*, Fairwork, online, 2021.
- Bronzini, G. (2022). *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'“umanesimo digitale”*, in *Lavori Diritti Europa*, n. 1, 1 ss.
- Carabelli, U.; Spinelli, C. (2019). *La Corte d'appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2, p. 91 ss.
- Carabelli, U. (2021). *Uber e il concetto di worker nel Regno Unito: la pronuncia della Corte Suprema*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, pp. 576-581.
- Cavallini, G.; Avogaro, M. (2019). *'Digital work' in the 'platform economy': the last (but not least) stage of precariousness in labour relationships*, in J. Kenner, I. Florczak, M. Otto (edited by), *Precarious Work. The Challenge for Labour Law in Europe*, Elgar, p. 186.
- Carinci, F. (2018). *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla “subordinazione” alle “subordinazioni”?*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 4-5, p. 968.
- Ciucciovino, S. (2016). *Le “collaborazioni organizzate dal committente” nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 3, pp. 321-343.
- Ciucciovino, S.; Monterossi, L. (2020). *Le collaborazioni etero-organizzate al vaglio della Suprema Corte*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Numero straordinario, pp. 65-76.

- Cordella, C. (2021). *Il lavoro dei rider: fenomenologia, inquadramento giuridico e diritti sindacali*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, n. 441, pp. 1-37.
- D’Ascola, S. (2020). *La collaborazione organizzata cinque anni dopo*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, p. 11 ss.
- De Stefano, V. (2022). *The EU Commission’s proposal for a Directive on Platform Work: an overview*, in *Italian Labour Law e-Journal*, 15, 1, 1 ss.
- Del Frate, M. (2019). *Le collaborazioni etero-organizzate alla prova della giurisprudenza di merito*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3, p. 937 ss..
- Del Frate, M. (2021). *Lavoro digitale e certificazione dei contratti: l’iniziativa regolativa della Commissione europea*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4, pp. 1217-1224.
- De Marco, C.; Garilli, A. (2021). *L’enigma qualificatorio dei rider. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, n. 435, pp. 1-30;
- Diamanti, R. (2018). *Il lavoro etero-organizzato e le collaborazioni coordinate e continuative*, in «*Rivista Giuridica del lavoro e della Previdenza sociale*, n. 1, p. 105 ss.
- Del Punta, R. (2015). *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, p. 371.
- Falsone, M. (2021). *La libera professione dei dirigenti medici e sanitari: l’attività intramoenia e quella extramuraria*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza. Da agosto 2020 a marzo 2021*, a cura di V.A. Poso.
- Ferraro, F. (2023). *Studio sulla collaborazione coordinata*, Giappichelli Editore, Torino.
- Ferraro, F. (2020), *Riflessioni sul coordinamento ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 4, p. 543-572.
- Ferraro, G. (2016). *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 1, p. 10.
- Giovannone, M. (2022a). *La proposta di direttiva UE sui platform workers: tecniche regolative ed effettività delle tutele per i lavoratori autonomi*, in *Federalismi.it*, n. 25, pp. 209-230.
- Giovannone, M. (2022b). *Proposal for a directive on platform workers: enforcement mechanisms and the potential of the (Italian) certification procedure for self-employment*, in *Italian Labour Law e-Journal*, Issue 1, Vol. 15, pp. 65-83.
- Giovannone, M. (2024). *Il lavoro tramite piattaforma nell’Ordinamento europeo*, in M. Biasi (a cura di), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 497-525.
- Giubboni, S. (2022). *La proposta di direttiva della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforma digitale*, in *Menabò di Etica ed Economia*, gennaio 2022.

- Gragnoli, E. (2005). *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 1, pp. 110-112.
- Ilsøe, A. (2020). *The Hilfr Agreement – Negotiating the Platform Economy in Denmark*, FAOS Research Paper, 176.
- Imberti, L. (2016). *L'eccezione è la regola?! Gli accordi collettivi in deroga alla disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, pp. 393-430.
- Kullmann, M. (2021). *Platformisation' of Work: An EU Perspective on Introducing a Legal Presumption*, in *European Labour Law Journal*, vol. 13, n. 1, pp. 66-80.
- Lianos, I.; Countouris, N.; De Stefano, V. (2019). *Re-thinking the Competition Law/Labour Law Interaction: Promoting a Fairer Labour Market*, in *European Labour Law Journal*, vol. 10, n. 3, pp. 291-333.
- Magnani, M. (2016). *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 294, p. 10 ss.
- Maresca, A. (2020a). *Brevi cenni sulle collaborazioni etero-organizzate*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 1, p. 73 ss.
- Maresca, A. (2020b). *La disciplina del lavoro subordinato applicato alle collaborazioni etero-organizzate. Nota a Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1, pp. 146-152.
- Mariucci, L. (2015). *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, p. 28.
- Mazzotta, O. (2020). *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, n. 1, p. 20.
- Nogler, L. (2015). *La subordinazione nel d. lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'autorità del punto di vista giuridico*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 267, p. 16;
- Nuzzo, V. (2020). *I confini delle tutele lavoristiche, oggi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, pp. 73-118;
- Occhino, A. (2016). *Autonomia e subordinazione nel D.Lgs n. 81/2015*, in *Variazioni su Temi del Diritto del Lavoro*, p. 215.
- Passalacqua, P. (2023). *Qualificazione del rapporto di lavoro nella proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme e spunti sul diritto interno*, in *Federalismi.it*, n. 9, p. 242 ss.
- Persiani, M. (2015). *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in «Argomenti di diritto del lavoro», n. 6, p. 1260.
- Perulli, A. (2017). *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 341, p. 13.

- Perulli, A. (1996). *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXVII, Giuffrè, Milano, p. 385.
- Perulli, A. (2015). *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 272, 2015, p. 26 ss.
- Perulli, A. (2019). *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente. Note al d. lgs. n. 81/2015*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 4, p. 163 ss.
- Perulli, A. (2020). *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, n. 410, pp. 1-73.
- Pessi, R. (2015). *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 282, p. 14.
- Pisani, F. (2022). *La proposta di direttiva UE per i lavori delle piattaforme digitali e il Real Decreto-Ley 9/2021 spagnolo*, in *Lavoro e previdenza oggi*, n. 1, p. 65-95.
- Pisani, C. (2024). *Le collaborazioni coordinate, le collaborazioni etero-organizzate e gli indici presuntivi della subordinazione: un difficile raccordo*, *AmbienteDiritto.it*, n. 1.
- Ratti, L. (2022). *A Long Road Towards the Regulation of Platform Work in the EU*, in Miranda Boto, J.M.; Brameshuber, E. (eds), *Collective bargaining and the gig economy*, Hart Publishing, pp. 39-60.
- Razzolini, O. (2015). *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 266, p. 2 ss.
- Sandulli, P. (2015). *Colloqui giuridici sul lavoro. Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, a cura di A. Vallebona, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Supplemento al n. 12, p. 119.
- Santagata De Castro, R. (2017). *Indisponibilità del tipo, ragionevolezza e autonomia collettiva. Sul nuovo articolo 2, comma 2, decreto legislativo n. 81/2015*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, pp. 397-431.
- Santoro-Passarelli, G., *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 278, 2015, p. 16 e Id, *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un’impresa in via di trasformazione*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 327, 2017, p. 4.
- Santoro-Passarelli, G. (2020). *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche*

- digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, n. 411, pp. 1-10;
- Tiraboschi, M. (2003). *La c.d. certificazione dei lavori “atipici” e la sua tenuta giuridiziarica*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, p. 104.
- Tiraboschi, M (2015). *Il lavoro etero-organizzato*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4, pp. 978-987.
- Tosi, P. (2015). *L’art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 6, p. 1130.
- Treu, T. (2015). *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n. 146, p. 155 ss.
- Tullini, P. (2022) *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, 8.
- Vallebona, A. (1997). *Autonomia collettiva e occupazione: l’efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Giornale di Diritto del lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 1, p. 137.
- Vidiri, G., *Art. 2 del d. lgs. n. 81/2015 e lavoro autonomo: verso un diritto del lavoro a formazione giurisprudenziale?*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 1, 2015, p. 1231.
- Zoppoli, A. (2020). *Le collaborazioni etero-organizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3, p. 709.
- Zoppoli, I., Daugareilh, I. (2020). *The Legal Status of Platform Workers in France*, in *Comparative Labour Law & Policy Journal*, n. 41, pp. 405-421.

Capitolo 10

La certificazione dei contratti di agenzia e di procacciamento di affari

Roberta Rainone

SOMMARIO

1. Alcune brevi premesse sulla certificazione dei contratti di agenzia e di procacciamento di affari – 2. Gli elementi qualificanti il contratto di agenzia – 2.1. Brevi osservazioni circa gli elementi del contratto di agenzia che non incidono sulla sua qualificazione giuridica – 3. La subagenzia – 4. Il procacciamento di affari – 5. Elementi di continuità e discontinuità tra i contratti di agenzia e di procacciamento di affari

1. Alcune brevi premesse sulla certificazione dei contratti di agenzia e di procacciamento di affari

I contratti di agenzia e di procacciamento di affari, quali contratti con connotazioni imprenditoriali in cui sono dedotte – direttamente o indirettamente – prestazioni lavorative, sono stati, almeno sino al 2004, esclusi dal novero dei contratti certificabili ai sensi dell'art. 75 del d. lgs. n. 276/2003¹.

L'istituto della certificazione aveva, infatti, originariamente ad oggetto esclusivamente la qualificazione delle tipologie contrattuali introdotte nell'ordinamento mediante il menzionato decreto del 2003 (Ciucciovino, 2016).

Suddetta ricostruzione aveva, dunque, avuto quale diretta conseguenza l'esclusione del contratto di agenzia e, in particolar modo, di quello del pro-

¹ V. l'originario art. 75, d. lgs. n. 276/2003, in virtù del quale «Al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto di cui al presente decreto, nonché dei contratti di associazione in partecipazione di cui agli articoli 2549-2554 del codice civile, le parti possono ottenere la certificazione del contratto secondo la procedura volontaria stabilita nel presente Titolo».

cacciamento di affari dal novero dei contratti certificabili in quanto non ricompresi nella tassativa elencazione di cui all'art. 75, d. lgs. n. 276/2003 (*contra* Nogler-Marinelli, 2012, 253).

Sebbene solo con la legge n. 183/2010² si sia realizzato il definitivo ampliamento dell'ambito di applicazione della disciplina di cui al Titolo VIII, Capo I, d. lgs. n. 276/2003, già con la novella del 2004³ questo era stato esteso dal momento che la rigida elencazione dei contratti certificabili era stata sostituita dal richiamo alla generica «qualificazione dei contratti di lavoro» (Brino, 2006, 389).

In effetti, solo con la riforma del 2010 il legislatore, al fine di realizzare il dichiarato obiettivo di ridurre il contenzioso in materia di lavoro ha, non solo, eliminato il riferimento alla qualificazione dei contratti di lavoro⁴, ma anche, individuato l'oggetto della certificazione, specificando che questa può riguardare tutti i contratti nei quali sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro (Ciucciiovino, 2014, 10).

Trattasi di una riforma che ha, in parte, risolto i molteplici dubbi sorti in ordine alle tipologie contrattuali certificabili (Nogler-Marinelli, 2012, 254). Basti, infatti, pensare, per quel che interessa in questa sede, al contratto di agenzia stipulato da una persona giuridica. Non può, infatti, dubitarsi che in detta ipotesi il contratto di agenzia debba essere qualificato quale contratto commerciale – nel quale viene dedotta indirettamente una prestazione di lavoro – e dunque sia stato escluso dal novero dei contratti di lavoro certificabili sino alla novella del 2010.

Differente è, del resto, la fattispecie opposta ove il contratto di agenzia – vero e proprio contratto di lavoro riconducibile tanto nell'alveo del contratto di opera *ex* art. 2222 c.c. quanto nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa *ex* art. 409 c.p.c. – sia stato concluso con l'agente persona fisica, in quanto, stando al dato letterale dell'art. 18, d. lgs. n.

² L'art. 30, comma 4, della l. n. 183/2010, è, infine, intervenuto, da un lato, eliminando il riferimento alla qualificazione dei contratti di lavoro e, dall'altro, precisando che «le parti possono ottenere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro».

³ Vd. art. 18 del d. lgs. n. 251/2004 che, nel modificare l'originario testo dell'art. 75 d. lgs. n. 276/2003, ha previsto che «Al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione del contratto secondo la procedura volontaria stabilita nel presente Titolo».

⁴ Sul punto basti pensare che la certificazione può avere ad oggetto anche singole clausole contrattuali, per le quali non entra in gioco alcuna esigenza qualificatoria (vd. sez. V).

251/2004, non può escludersi *tout court* la sua certificabilità già a far data dalla modifica del 2004 (Lippolis, 2006, 121).

Invero, la questione assume una rilevanza pratica più pregnante in presenza di un contratto di procacciamento di affari in quanto trattasi di un contratto atipico – non disciplinato espressamente dalla legge ma nemmeno vietato in caso di perseguimento di un interesse ritenuto meritevole di tutela (Alpa-Garofoli, 2003, 1210) – che si inserisce nell’ambito della distribuzione commerciale (Verdebello, 2015).

Ebbene, anche il contratto di procacciamento di affari, quantomeno dall’entrata in vigore della riforma del 2010, è divenuto oggetto della certificazione per tutti i profili di rilevanza lavoristica.

2. Gli elementi qualificanti il contratto di agenzia

Muovendo dal presupposto della certificabilità – a far data dal 2010 – di ambedue le tipologie contrattuali in commento e trattandosi, del resto, di fattispecie limitrofe, è opportuno prendere le mosse dalla individuazione degli elementi qualificanti il contratto di agenzia per poi definire, *a contrario*, le caratteristiche, di esclusiva derivazione giurisprudenziale, del procacciamento di affari.

Anzitutto la disciplina del contratto di agenzia risulta essere composta in quanto, accanto alle previsioni contenute negli artt. 1742 e seguenti del codice civile, così come modificati da ultimo ad opera del d. lgs. 10.9.1991 n. 303 e dal d. lgs. 15.2.1999 n. 65⁵, un ruolo fondamentale in materia è rivestito dagli accordi economici collettivi.

Sul punto occorre precisare che, trattandosi – al di fuori delle risalenti ipotesi di recepimento da parte di atti aventi forza di legge⁶ – di atti di autonomia privata, la loro efficacia soggettiva è limitata agli iscritti alle associazioni stipulanti⁷ o, in alternativa, alle parti che abbiano voluto applicarli

⁵ I menzionati decreti del 1991 e, specialmente, del 1999 costituiscono l’attuazione nell’ordinamento della Direttiva 86/653/CE del 18.12.1986 volta alla armonizzazione della disciplina degli Stati Membri in materia di rapporti tra preponenti ed agenti commerciali.

⁶ Mi riferisco, a titolo esemplificativo, all’Aec 20.6.1956 per gli agenti delle imprese industriali che era stato recepito nel d.P.R. 16.1.1961 n. 145 in applicazione della legge delega 14.7.1959 n. 741.

⁷ Cass. 14.01.1999, n. 368 in materia di efficacia soggettiva degli accordi economici collettivi.

in forza di un rinvio espresso contenuto all'interno del contratto individuale oppure per richiamo tacito in presenza di impiego degli istituti ivi contenuti ed in assenza di uno specifico obbligo giuridico (Ghezzi, 1970).

Tra gli elementi qualificanti suddetta fattispecie contrattuale, oggetto di specifica e separata trattazione nei prossimi paragrafi, sono annoverati: la forma scritta; l'oggetto: promozione degli affari per conto altrui; l'autonomia organizzativa dell'agente; la stabilità dell'incarico; la determinazione della zona e l'onerosità della prestazione lavorativa.

a) Forma scritta

Una delle maggiori novità introdotte con la novella del 1999 concerne la previsione della forma scritta quale diritto irrinunciabile dell'agente (Negri, 1999).

Due sono pertanto i profili di rilevanza. Anzitutto, rispetto alla precedente formulazione dell'art. 1742 c.c., ove veniva riconosciuto ad ambedue le parti del rapporto di lavoro il solo diritto ad ottenere dall'altra la copia del contratto da essa sottoscritto, la nuova previsione ha introdotto l'obbligatorietà della forma scritta, sebbene quale mero requisito *ad probationem* (Del Punta, 2000, 322)⁸.

In secondo luogo, tale diritto – per espressa previsione legislativa – è stato qualificato come irrinunciabile per quel che concerne l'intero contenuto del contratto, comprensivo anche delle clausole aggiuntive.

b) Oggetto: promozione degli affari per conto altrui

L'obbligazione tipica dell'agente, sulla scorta della definizione del contratto contenuta all'art. 1742 c.c., consiste nella promozione della conclusione di contratti per conto del preponente (Tarantino, 2014, 29)⁹.

Preme sul punto rilevare che l'attività di promozione dell'agente non può limitarsi alla semplice propaganda, dalla quale possa indirettamente derivare un vantaggio in favore del preponente – dato dall'incremento del volume delle vendite –, quanto piuttosto consta nella attività di convincimento del potenziale cliente ad acquistare beni e/o servizi del preponente.

⁸ Cfr. comma 2 dell'art. 1742 c.c. La scelta del Legislatore italiano di prevedere il requisito di forma ai soli fini della prova può ritenersi prudenziale rispetto alla formulazione dell'art. 13, par. 2 della menzionata direttiva CE del 1986 ove è infatti stabilito che «[...] uno Stato membro può prescrivere che un contratto di agenzia sia valido solo se documentato per iscritto».

⁹ Cass. 04.09.2014, n. 18690.

Ciò in quanto il compenso (detto provvigione) viene attribuito all'agente sulla base del risultato raggiunto ().

La prestazione dell'agente non può essere, dunque, predefinita componendosi di una pluralità di atti di contenuto vario e non predeterminabili (basti pensare che a valle della attività di promozione si collocano una serie di atti di impulso tra cui, a titolo meramente esemplificativo, la menzionata attività di propaganda in quanto volta all'acquisizione della clientela quale atto prodromico rispetto alla conclusione dei contratti in favore del preponente).

Pertanto l'agenzia è un contratto a prestazioni corrispettive e ad effetti obbligatori, la cui natura è però ancora dibattuta in dottrina (De Donno, 2009, 299). La descrizione sinora operata porterebbe a ritenere che trattasi di una obbligazione di risultato: l'agente ha di regola diritto alla provvigione solo sugli affari conclusi¹⁰. Mutando, però, la prospettiva di indagine rispetto al corretto adempimento della prestazione lavorativa (promozione dei contratti) – la cui valutazione si basa sul rispetto del principio di correttezza e diligenza – si può parlare di una vera e propria obbligazione di mezzi (Baldi-Venezia, 2023, 244).

In linea di massima l'agente svolge l'attività di promozione della conclusione dei contratti nell'interesse del preponente a cui spetta il compito di stipulare il contratto con la clientela contattata dall'agente stesso. Per cui l'agente trasmette al preponente delle mere proposte contrattuali che dovranno essere da quest'ultimo validate.

Tuttavia questa regola è temperata dall'art. 1752 c.c. in virtù del quale il preponente può riconoscere all'agente la rappresentanza per la conclusione dei contratti¹¹. Pertanto, se espressamente previsto dal contratto di agenzia¹², l'agente può stipulare i contratti in rappresentanza del preponente.

c) Autonomia organizzativa e rischio

Ai fini della corretta qualificazione della fattispecie contrattuale non è

¹⁰ Cass. 15.12.1997, n. 12668 nonché recentemente T. Forlì 01.06.2023, n. 415 dove emerge chiaramente che in virtù della previsione contenuta nell'art. 1748 c.c. il diritto dell'agente ad ottenere la provvigione sorge quando il contratto tra preponente e cliente finale viene sottoscritto grazie l'attività dell'agente.

¹¹ Invero vi sono altre due previsioni che riconoscono all'agente poteri rappresentativi: l'art. 1745, comma 1, c.c. infatti riconosce in capo all'agente un potere di rappresentanza passivo di stampo extraprocessuale mentre l'art. 1745, comma 2, c.c. prevede la possibilità di riconoscere all'agente anche poteri di rappresentanza attiva in ambito processuale.

¹² Cass. 12.12.1983, n. 7326.

sufficiente la verifica circa l'oggetto del contratto, essendo necessaria una valutazione anche in ordine alle concrete modalità di svolgimento dell'attività. L'agente, infatti, quale collaboratore del preponente, è tale se presta la sua attività in piena autonomia organizzativa ed assumendo su di sé il rischio di impresa¹³.

Dato il carattere ausiliario e strumentale della attività prestata dall'agente rispetto al preponente non è preclusa la qualifica dell'agente quale imprenditore autonomo (Formiggini, 1958).

Infatti l'analisi circa l'oggetto del contratto di agenzia (promozione della conclusione di contratti nell'interesse del preponente) ha consentito alla giurisprudenza di chiarire che la scarsità dei beni impiegati dall'agente non fa venir meno la presenza dell'organizzazione imprenditoriale quale elemento essenziale per l'esercizio dell'attività in forma di impresa¹⁴.

Pertanto, l'agente può assumere tanto la qualifica di lavoratore autonomo quanto di imprenditore commerciale in base alla presenza – o meno – di una attività organizzata in forma imprenditoriale.

Da ciò deriva la necessità di distinguere il contratto di agenzia, da un lato, con il lavoro subordinato e, dall'altro, con la somministrazione irregolare di manodopera.

Venendo alla prima questione – distinzione tra agente (lavoratore autonomo/collaboratore) e lavoratore subordinato – la chiave di volta del sistema è rappresentata dalla distinzione operata tra i seguenti concetti: direttive ed istruzioni.

L'agente, quale collaboratore autonomo del preponente, opera con assunzione di mezzi e del rischio pur sempre nel rispetto delle istruzioni impartite dal preponente. Il lavoratore subordinato, di contro, mette a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative ed è soggetto ai tipici poteri direttivi esercitati da quest'ultimo tra cui, in particolare, il potere direttivo (Bertino, 2016, 50).

Per tale ragione ai fini della corretta qualificazione del rapporto si dovrà aver riguardo alle concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa e verificare che le istruzioni ricevute dall'agente non siano tali da assumere i caratteri di vere e proprie direttive.

Va sul punto segnalato che il principale dovere dell'agente è proprio quello di conformarsi e adeguarsi alle istruzioni del preponente tanto che la mancata ottemperanza di questa obbligazione da luogo ad un inadempimento.

¹³ *Ex multis* Cass. 01.09.2003, n. 12756 e Cass. 20.12.1983, n. 7513.

¹⁴ Cass. 06.06.2003, n. 9102.

mento da cui può derivare lo scioglimento anticipato del vincolo contrattuale¹⁵.

L'autonoma organizzazione dell'agente, per consolidata giurisprudenza, non è dunque incompatibile con la soggezione alle istruzioni del preponente che, nel rispetto del principio di diligenza professionale, dovrà conformarsi alle stesse purché ragionevoli¹⁶.

Passando all'analisi della seconda questione, quando l'agente assume la qualifica di imprenditore commerciale, si pone la necessità di distinguere l'agenzia dalla somministrazione irregolare di manodopera¹⁷.

Ancora una volta l'elemento da verificare al fine di escludere la presenza di una mera fornitura di lavoratori in favore del preponente è la sussistenza di una organizzazione, seppur minima di mezzi, e dello svolgimento della attività con piena assunzione del rischio di impresa¹⁸.

d) Stabilità dell'incarico

Un ulteriore elemento qualificante il contratto di agenzia è rappresentato, ai sensi dell'art. 1742 c.c., dalla stabilità dell'incarico dell'agente. Trattasi di una questione particolarmente rilevante dal momento che la stabilità dell'incarico consente di differenziare l'agenzia da altre tipologie contrattuali limitrofe tra cui, in particolare, il procacciamento di affari (su cui vd. infra parr. 4 e 5). Quale è il significato che, pertanto, bisogna attribuire al sintagma «assumere stabilmente l'incarico di promuovere»?

Una risposta è stata offerta dalla giurisprudenza¹⁹ che ha qualificato l'agenzia quale contratto di durata per cui non è sufficiente, per integrare il requisito della stabilità, il conferimento di una pluralità di incarichi sebbene numerosi e ripetuti a breve distanza di tempo. Parimenti la stabilità non deve essere intesa come durata minima del contratto di agenzia che può essere stipulato anche in relazione al compimento di una singola attività (Toffoletto, 2008).

La stabilità dell'incarico deve pertanto essere intesa non come mera continuità nella collaborazione ma come non provvisorietà dell'attività svolta il cui parametro di valutazione è la riconducibilità di tutte le attività ad un unico contratto.

¹⁵ Cfr. artt. 1746 c.c. e 1747 c.c.

¹⁶ Cass. 12.05.2004, n. 9060.

¹⁷ In materia di somministrazione vd. artt. 30 e ss. del d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

¹⁸ Cass. 21.07.1994, n. 6819.

¹⁹ Cass. 08.02.1999, n. 1078.

e) Determinazione della zona

Procedendo nell'analisi, accanto all'autonomia organizzativa dell'agente ed alla stabilità dell'incarico, un ulteriore elemento qualificante il contratto di agenzia è lo svolgimento dell'attività di promozione della conclusione dei contratti in una zona determinata (art. 1742 c.c.).

Per comprendere a pieno la portata della previsione è bene operare una lettura di ambedue i termini: determinata e zona.

In ordine al primo, il legislatore ha voluto chiarire che all'atto della stipulazione del contratto di agenzia le parti devono indicare, espressamente o tacitamente, quale è l'ambito entro il quale l'agente deve adempiere alla propria obbligazione (Trioni, 2006). L'intento dunque non è quello di voler limitare l'attività dell'agente quanto, piuttosto, di rendere chiara la zona di in cui questi dovrà operare.

In merito al secondo, e sulla scorta della lettura del termine «determinata» sopra operata, la zona sta ad indicare il luogo di adempimento della prestazione lavorativa²⁰, non solo in relazione alla mera sfera territoriale, ma anche in ordine alla clientela destinataria dell'attività prestata dall'agente o ai prodotti da questo promossi in favore del proponente (Saracini-Tofoletto, 2014).

Sul punto è opportuno precisare che la mancata indicazione della zona all'interno del contratto – per il quale è bene ricordare che la forma scritta è richiesta ai fini della prova – non incide sulla sua validità, essendo ammessa anche una tacita indicazione. In tal caso sarà corretto ritenere che l'incarico potrà riguardare qualsiasi territorio, qualsiasi prodotto e qualsiasi cliente.

f) Onerosità

Come anticipato, l'agenzia è un contratto a prestazioni corrispettive ed a titolo oneroso per cui all'adempimento della obbligazione da parte dell'agente (consistente nella promozione della conclusione dei contratti in favore del proponente) consegue l'erogazione della retribuzione, nella forma della provvigione (Cerami, 1958)²¹.

Pertanto anche la provvigione rappresenta un elemento essenziale del contratto di agenzia in quanto è correlata alla stabile cooperazione e collaborazione dell'agente alla realizzazione dell'obiettivo imprenditoriale del proponente²².

²⁰ Vd. art. 1182 c.c. in materia di luogo di adempimento della prestazione lavorativa.

²¹ Cfr. artt. 1742 c.c. e 1748 c.c.

²² Cass. 09.02.1990, n. 925.

In assenza di alcuna previsione legislativa la determinazione e la quantificazione della provvigione sono rimesse alle parti che dovranno, in ogni caso, operare nel rispetto del principio di ragionevolezza di derivazione europea²³. In dettaglio, di regola, la provvigione è commisurata al valore degli affari che sono stati conclusi dall'agente e non può essere svincolata dalla loro quantità e dal relativo ammontare²⁴.

Sul punto è opportuno precisare che la stessa giurisprudenza ammette, accanto alla tipica quantificazione percentuale, l'erogazione di una somma fissa a patto che questa non faccia venir meno il rischio di impresa che deve caratterizzare l'attività dell'agente in quanto lavoratore autonomo²⁵.

La mancata determinazione della provvigione nel contratto di agenzia non ne comporta la nullità qualora questa sia determinabile secondo le leggi, le tariffe, equità e gli usi (Landi, 2007).

Un tipico strumento attraverso cui si realizzava la trasmissione del rischio di impresa in capo all'agente era rappresentato dallo «star del credere». Si trattava, infatti, di un patto attraverso cui non si consentiva all'agente di percepire alcuna provvigione, ma addirittura gli veniva richiesto di sopportare le perdite economiche subite dal preponente, in caso di mancato, totale o parziale, adempimento da parte dei clienti da lui procurati (Tripodi, 2000, 435). La fonte del patto era rappresentata dai risalenti Accordi collettivi che, però, sono stati aboliti con la novella del 1999 e che sono stati sostituiti da nuovi contratti collettivi che, conformemente al divieto introdotto dall'art. 1746 c.c., ultimo comma²⁶, non contengono più alcun riferimento allo star del credere.

²³ Cfr. art. 6 della Direttiva 86/653/CE ove viene chiarito che l'agente ha diritto ad una retribuzione ragionevole che sia in grado di tenere in considerazione tutti gli elementi che sono connessi allo svolgimento dell'attività lavorativa.

²⁴ Cass. 14.01.1984, n. 321.

²⁵ Sul punto la Cass. 14.01.1985, n. 58, ha precisato che «il fatto che la provvigione sia determinata in misura fissa anche per gli affari non andati a buon fine non esclude l'assunzione da parte dell'agente del rischio del risultato utile della propria attività di lavoro, essendo la provvigione (a differenza della retribuzione del lavoratore dipendente) proporzionale non all'impegno soggettivo dell'agente, che in ogni caso non ha diritto al rimborso delle spese, ma al valore dell'affare concluso».

²⁶ L'art. 1746 c.c., ultimo comma, stabilisce infatti il divieto di patti che pongono a carico dell'agente una responsabilità, anche solo parziale, per l'inadempimento del terzo con alcuni contemperamenti espressamente e tassativamente indicati dall'ultimo periodo della medesima disposizione.

2.1. Brevi osservazioni circa gli elementi del contratto di agenzia che non incidono sulla sua qualificazione giuridica

Qualche breve cenno meritano gli elementi accessori del contratto di agenzia in quanto concorrono nel delineare a tutto tondo questa fattispecie contrattuale.

Anzitutto il principale corollario al principio di stretta collaborazione, che lega l'attività del preponente con quella dell'agente, è rappresentato dal diritto di esclusiva reciproca²⁷. Mediante questa previsione, infatti, il legislatore ha introdotto un diretto e reciproco obbligo di *non facere* in capo ad ambedue le parti del contratto, andando così a realizzare una limitazione alla libertà di iniziativa economica privata (Baldi-Venezia, 2023).

Per tale ragione il diritto di esclusiva – che si sostanzia per il preponente nel divieto di avvalersi contemporaneamente di più agenti e per questo ultimo nel divieto di assumere incarichi di trattare per più imprese in concorrenza tra loro – incontra degli specifici limiti.

In primo luogo, pur rappresentando un elemento naturale del contratto di agenzia non ne costituisce un requisito essenziale e, pertanto, è ammessa dalla giurisprudenza la sua derogabilità²⁸.

In secondo luogo, il diritto di esclusiva concerne, per tutte e due le parti, il divieto di trattare affari nella stessa zona e per lo stesso ramo di attività. In linea generale l'endiadi «nella stessa zona e per lo stesso ramo di attività» viene fatta coincidere con l'oggetto del contratto di agenzia (Luminoso-Zuddas, 2005). Per cui più sarà ampio l'oggetto del contratto più sarà pervasivo il diritto di esclusiva posto in capo alle parti.

In terzo luogo, il diritto di esclusiva è limitato, dal punto di vista temporale, alla durata del contratto. Qualora, infatti, il preponente volesse estenderne la efficacia temporale oltre la scadenza del contratto potrebbe farlo solo mediante la stipulazione, ai sensi dell'art. 1751-*bis* c.c., di un patto di non concorrenza, il cui contenuto ed ambito di applicazione sono individuati nel menzionato articolo²⁹ (Bocchicchio, 1997).

Infine, l'esclusiva in favore dell'agente non si estende agli affari che il preponente tratta personalmente e, al di fuori delle ipotesi di agente-imprenditore, l'esclusiva in favore del preponente non riguarda l'attività che questi svolge in proprio (De Donno, 2009, 419).

Passando all'analisi della durata del contratto di agenzia, bisogna an-

²⁷ Cfr. art. 1743 c.c.

²⁸ Cass. 23.04.2002, n.5920.

²⁹ T. Roma 22.06.2021, n. 10912.

zitutto premettere che, pur trattandosi di un elemento essenziale, non incide sulla sua qualificazione giuridica.

Per espressa previsione legislativa³⁰ il contratto di agenzia può essere sia a tempo determinato che indeterminato e la scelta della relativa durata incide sulle vicende attinenti alla cessazione dal rapporto di lavoro. Infatti, mentre è possibile recedere in qualsiasi momento dal contratto di agenzia a tempo indeterminato, previo preavviso, è invece ammesso lo scioglimento anticipato del rapporto a tempo determinato in particolari ipotesi: recesso per giusta causa; risoluzione per inadempimento, ovvero per impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenute della prestazione³¹; risoluzione consensuale (Baldassarri, 2003, 379).

3. La subagenzia

Secondo la consolidata giurisprudenza di merito e di legittimità³², il contratto di subagenzia costituisce un contratto atipico a carattere derivato in quanto funzionalmente collegato al principale contratto di agenzia che ne rappresenta il necessario presupposto.

Rispetto al contratto di agenzia la fondamentale modifica concerne le parti stipulate, dal momento che l'agente acquista, nella subagenzia, le vesti del preponente e il subagente quelle di agente del subcontratto (Trioni, 2006). Per tale ragione il subagente risponderà della propria obbligazione solo nei confronti dell'agente e non del preponente del contratto di agenzia in assenza di uno specifico rapporto contrattuale intercorrente tra di loro.

Da ciò deriva che, in linea generale, al contratto di subagenzia trova applicazione, in quanto compatibile, la disciplina del contratto di agenzia.

Va sul punto precisato che, sebbene non sia richiesta per la stipulazione del contratto di subagenzia, l'autorizzazione da parte del preponente in caso di espresso divieto dell'utilizzo di questo subcontratto all'interno del contratto di agenzia, l'eventuale nomina del subagente potrebbe integrare gli estremi di un inadempimento con conseguente possibilità di scioglimento del contratto principale di agenzia (Bortolotti-Bondanini-Florida-Squassi, 2007, 92).

³⁰ Cfr. art. 1750 c.c.

³¹ Art. 1453 c.c.

³² Vd. *ex multis* Cass. 22.05.2020, n. 9489 e Cass. 26.09.2019, n. 23973, Cass. 06.08.2004, n. 15190 nonché T. Varese 31.03.2020, n. 52.

4. Il procacciamento di affari

Analogamente alla subagenzia, il procacciamento di affari è un contratto atipico³³ le cui caratteristiche, di derivazione giurisprudenziale, sono solo in parte assimilabili a quelle del contratto di agenzia. Per tale ragione al procacciamento di affari è applicabile in via analogica la disciplina dettata per l'agenzia in quanto compatibile³⁴.

Due sono pertanto i profili di indagine: il primo relativo alla individuazione degli elementi qualificanti il procacciamento di affari anche al fine di distinguerlo dal contratto di agenzia; il secondo riguardante la disciplina in concreto applicabile a suddetto rapporto.

Muovendo dal primo profilo, il procacciatore di affari è un collaboratore del preponente che, in modo occasionale, promuove, dietro il pagamento di un corrispettivo e nell'interesse di quest'ultimo, la conclusione di affari con la clientela³⁵.

Dalla descrizione offerta dalla giurisprudenza possiamo, pertanto, trarre gli elementi costitutivi del procacciamento (Cendon, 2009, 792).

In primis, la fonte del procacciamento di affari può essere individuata tanto in un accordo scritto (cd. lettera di incarico) quanto verbale, in assenza di alcuna specifica formalità richiesta dalla legge. Trattasi di un elemento essenziale in quanto volto a legittimare lo svolgimento dell'attività in favore e nell'interesse del preponente (Pistilli, 2009).

In secondo luogo, l'oggetto del contratto, in modo analogo all'agenzia, è rappresentato dalla promozione della conclusione di affari, intendendosi con questa espressione tutte le operazioni che realizzano una utilità patrimoniale in favore del preponente³⁶.

Non solo l'oggetto del procacciamento di affari è coincidente con quello dell'agenzia ma anche le concrete modalità di svolgimento di questa attività. Infatti il procacciatore di affari, al pari dell'agente, deve operare in piena autonomia organizzativa e con assunzione del rischio di impresa³⁷ potendo addirittura decidere in che modo e con quale frequenza svolgere

³³ Cfr. art. 1322, comma 2, c.c. In giurisprudenza vd. recentemente T. Roma 21.03.2019, n. 2799.

³⁴ *Ex multis* Cass. 23.04.2009, n. 9686; Cass. 04.12.1989, n. 5322; Cass. 05.06.1998, n. 5569; Cass. 08.02.1999, n. 1078 e da ultimo Cass. 04.02.2020, n. 2519.

³⁵ Cass. 08.02.1999, 1078.

³⁶ Cass. 30.12.1997, n. 13132.

³⁷ Cass. 29.05.1978, n. 2718.

la propria attività (Pistilli, 2009, 671).

In terzo luogo, l'adempimento della prestazione deve avvenire in modo occasionale e non stabile e continuativo.

5. Elementi di continuità e discontinuità tra i contratti di agenzia e di procacciamento di affari

Dal quadro sopra delineato emerge dunque che l'elemento di distinzione tra procacciamento di affari e agenzia – risultando immutato l'oggetto del contratto, l'autonomia organizzativa e il rischio di impresa – è rappresentato dalla occasionalità e non stabilità e continuità dello svolgimento della prestazione lavorativa³⁸.

Per comprendere a pieno la portata di questa differenziazione è opportuno muovere dal significato attribuito ai seguenti termini: occasionalità, stabilità e continuità.

Mentre, infatti, l'occasionalità è un concetto diametralmente opposto alla stabilità, maggiori incertezze interpretative concernono il significato da riconoscere al concetto di continuità della prestazione.

Con il primo termine si descrivono situazioni nelle quali l'attività di collaborazione del procacciatore è rimessa alla sua iniziativa e non discende da uno stabile vincolo che trova la propria fonte nel contratto (nella specie di agenzia).

La continuità – elemento che singolarmente considerato non consente di distinguere l'agenzia dal procacciamento di affari – deve essere intesa quale ripetizione periodica dell'attività lavorativa.

In sintesi, il procacciatore di affari non ha un obbligo di promuovere la conclusione dei contratti in favore del preponente ma, sulla base della lettera di incarico, è autorizzato a farlo (Toffoletto, 2008).

Questa distinzione consente, dunque, di affrontare la seconda questione in precedenza prospettata, relativa alla disciplina applicabile al contratto di procacciamento di affari in quanto compatibile con il contratto di agenzia. È, infatti, applicabile al procacciamento di affari la disciplina dettata dal codice civile per il contratto di agenzia che non presuppone un carattere stabile e continuativo della prestazione lavorativa³⁹.

³⁸ T. Parma 30.08.2023, n. 328 e T. Roma 29.03.2022, n. 2865.

³⁹ Cass. 09.12.2003, n. 18736, App. Roma 11.01.2019, n. 33 e T. Genova 01.06.2007.

Riferimenti bibliografici

- Alpa G., Garofoli R. (2003), *Manuale di diritto civile*, Roma, Nel diritto, p. 1210 ss.
- Baldassarri A. (2003), *Il contratto di agenzia*, Giuffrè, p. 379 ss.
- Baldi R., Venezia A. (2023), *Il contratto di agenzia*, Giuffrè, 2023, p. 244 ss.
- Bertino L. (2016), *Il contratto di agenzia*, Torino, Giappichelli Editore.
- Bocchicchio F. (1997), *Il patto di non concorrenza a carico degli agenti nel settore finanziario per il periodo successivo alla cessazione del rapporto*, in *GComm*, VI, p. 866 ss.
- Bortolotti F., Bondanini G., Florida G., Squassi F. (2007), *Il contratto di agenzia commerciale*, in Bortolotti F. (a cura di), *Manuale di diritto della distribuzione*, Padova, Cedam.
- Brino V. (2006), *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in *LD*, II/III, 2006, p. 389 ss.
- Cendon P. (a cura di) (2009), *Commentario al codice civile, artt. 1703-1765: Mandato. Spedizione. Agenzia. Mediazione*, Milano, Giuffrè, p. 792 ss.
- Cerami V. (1958), *Agenzia (contratto di)*, in *Enc. Dir.*
- Ciucciovino S. (2016), *Certificazione dei contratti di lavoro*, in *Treccani, Diritto on line*.
- Ciucciovino S. (2014), *La certificazione dei contratti di lavoro come mezzo di produzione di certezze nel mercato del lavoro*, in ID. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, Torino, Giappichelli, p. 10.
- De Donno E. (2009), *Il contratto di agenzia*, in Cassano G., Di Giandomenico M.E. (a cura di), *I contratti di intermediazione*, Cedam, p. 290 ss.
- Del Punta R. (2000), *Riflessioni sulla nuova disciplina del contratto di agenzia (d. lgs. n. 65 del 1999)*, in *DRI*, 3, p. 315 ss.
- Formiggini A. (1958), *Il contratto di agenzia*, Milano, Utet.
- Ghezzi G. (1970), *Del contratto di agenzia. Art. 1742-1753*, Bologna-Roma, Zanichelli-Società del Foro Italiano, p. 26 ss.
- Landi V. (2007), *Il contratto di agenzia*, Expertia.
- Lippolis V. (2006), *I contratti di lavoro certificabili*, in *LG*, II, 2006, p. 121 ss.
- Luminoso A., Zuddas G. (2005), *La mediazione, il contratto di agenzia*, Torino, Giappichelli.
- Negri (1999), *Forma del contratto, obblighi dell'agente e del preponente*, in *GL*, n. 12.
- Nogler L., Marinelli M. (a cura di) (2012), *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Milano, UTET, p. 253 ss.

- Pistilli A. (2009), *Il contratto di procacciamento di affari*, in Cassano G., Di Giandomenico M.E. (a cura di), *I contratti di intermediazione*, Cedam, p. 671 ss.
- Saracini E., Toffoletto F. (2014), *Il contratto di agenzia*, in Busnelli (diretto da), *Il codice civile Commentario*, Milano, Giuffrè.
- Tarantino G. (2014), *Obbligazione principale ed obbligazione accessoria dell'agente: il rapporto tra promozione di contratti e propaganda pubblicitaria*, in *D&G*, 2014, I, p. 29 e ss.
- Toffoletto F. (2008), *Il contratto di agenzia*, in Cicu, Messineo, Mengoni (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè.
- Trioni G. (2006), *Contratto di agenzia*, in Galgano (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli.
- Tripodi E.M. (2000), *Star del credere e contratto di agenzia*, in *CG*, p. 435 ss.
- Verdebello F. (2015), *Agenzia e procacciamento di affari alla ricerca di criteri differenziali certi e dai confini precisi*, in *Il diritto dei lavori*, IX, 3, novembre 2015.

Capitolo 11

La certificazione dei contratti di apprendistato

Fabiola Lamberti

SOMMARIO

1. L'oggetto dell'accertamento e le fasi della verifica di certificabilità di un contratto di apprendistato alla luce del quadro regolatorio multilivello – 2. L'impianto normativo comune – 2.1. I requisiti formali – 2.2. I limiti legali e le previsioni di contingentamento – 2.3. L'apparato sanzionatorio condizionante l'istruttoria – 3. Le specificità delle tre fattispecie – 3.1. I requisiti soggettivi – 3.2. Il baricentro delle finalità formative e la durata dinamica della formazione – 3.3. La possibilità di cumulo di più contratti di apprendistato – 4. La componente formativa – 4.1. Il Piano Formativo Individuale – 4.2. Il Protocollo (eventuale) con l'istituzione formativa – 4.3. La funzione del (o dei) *tutor* – 4.4. L'erogazione della formazione e la certificazione delle competenze – 5. Il trattamento economico applicabile tra accordi interconfederali e contrattazione collettiva – 6. Le eventuali integrazioni istruttorie tramite audizione o autocertificazioni delle parti

1. L'oggetto dell'accertamento e le fasi della verifica di certificabilità di un contratto di apprendistato alla luce del quadro regolatorio multilivello

La certificazione di un contratto di apprendistato, quale contratto di lavoro a tempo indeterminato finalizzato alla formazione e alla occupazione dei giovani¹, impone la verifica non solo della rispondenza del contratto sottoposto a certificazione al tipo contrattuale sancito dalla normativa nazionale, essenzialmente contenuta nel d. lgs. 81/2015, artt. 41-47, differenziata a seconda del livello di apprendistato che si è inteso sottoscrivere, ma anche l'accertamento della corretta applicazione delle specifiche previsioni afferenti il contenuto formativo, rientranti – ai sensi dell'art. 117 Cost. – nelle materie di competenza regionale concorrente, nonché il controllo di una puntuale applicazione delle previsioni contenute nelle disposizioni

¹ Art. 41 d. lgs 81/2015.

contrattual-collettive applicabili (D'Onghia 2012).

Si tratta di uno snodo in cui appare inevitabilmente intricato il rapporto tra più «istituzioni» e tra più competenze giuridico-gestionali (Zoppoli 2007, 75; Ciucciovino 2010, 1093; Luciani 2016a, 790).

Si esige, invero, un accertamento complesso che va necessariamente articolato e scomposto per fasi e che impone alla Commissione di certificazione di vagliare, una per una, le specificità del contratto *de quo*. Laddove, infatti, pur a fronte di una corretta applicazione della normativa nazionale e regionale, si ravvisasse un errato inquadramento del lavoratore rispetto alle mansioni affidate e alle declaratorie contenute nel CCNL di riferimento o, ad esempio, si accertasse la pattuizione di un trattamento economico non coerente con le previsioni contenute nel CCNL o nell'Accordo Interconfederale applicabile, non potrebbe essere emesso alcun provvedimento di certificazione.

La complessità dell'intervento certificatorio in materia di apprendistato è pressoché acclarata tanto che, nella prassi, nell'ambito delle propeedeutiche funzioni di consulenza di cui all'art. 81 d. lgs. 276/2003, non è infrequente che le parti contrattuali apportino modifiche finalizzate ad una più puntuale rispondenza al tipo legale, proprio al fine di ottenere il provvedimento di certificazione richiesto.

Procedendo con ordine, possiamo affermare che, per verificare la certificabilità di un contratto di apprendistato, è possibile scomporre l'analisi dello stesso essenzialmente in due fasi consistenti, la prima, nella verifica della sussistenza dei presupposti minimi comuni in tema di forma e requisiti delle parti contraenti, contenuti nella disciplina generale enunciata agli artt. 42 e ss., d. lgs. 81/2015; e, la seconda, nell'accertamento della coerenza del contratto da certificare con le previsioni normative regionali e contrattual-collettive complessivamente applicabili. Utilizziamo volutamente l'espressione «previsioni normative regionali e contrattual-collettive complessivamente applicabili» poiché, nel caso di specie, con riferimento al dato normativo, occorre effettuare il procedimento di accertamento in tre *step* consecutivi ma simultanei, in virtù della compresenza delle diverse fonti regolatorie che, benché autonome, trovano applicazione ciascuna in concorrenza e nel rispetto dell'altra, in ragione della competenza a ognuna di esse specificatamente riservata. Ci riferiamo, in altre parole, al fatto che concorrono a regolamentare la disciplina dell'apprendistato: la fonte nazionale, la fonte regionale e la fonte contrattual-collettiva (D'Onghia 2014, 753).

Con riferimento alla fonte nazionale, presupposto l'accertamento *ex* art. 42 d. lgs. 81/2015 dei connotati comuni alle varie tipologie contrattuali,

occorre poi verificare la corretta applicazione degli articoli da 43 a 45 del medesimo decreto, con i dovuti distinguo contenuti negli artt. 43, 44 e 45, da tenere in considerazione rispettivamente nel caso di «apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore» (art. 43), di «apprendistato professionalizzante» (art. 44) o di «apprendistato di alta formazione e di ricerca» (art. 45).

La seconda fase di accertamento è dedicata alla disamina della specifica disciplina regionale applicabile in considerazione del fatto che, a norma dell'art. 41 d. lgs. 81/2015, l'apprendistato è un contratto di lavoro finalizzato alla formazione e alla occupazione dei giovani e che l'istruzione e la formazione rientrano, ai sensi dell'art. 117 Cost., tra le materie di legislazione concorrente per le quali spetta alle Regioni la potestà legislativa, salva – naturalmente – la determinazione dei principi generali, riservata alla legislazione dello Stato.

In questa fase istruttoria, inoltre, laddove l'oggetto della certificazione fosse un contratto di apprendistato rientrante nel cd. sistema duale², la disciplina regionale andrebbe comunque temperata con l'autonomia delle istituzioni scolastiche; autonomia che proprio l'art. 117 Cost. fa salva nell'ambito della specifica materia dell'istruzione (Caruso, Alaimo 2007, 572; Ciucciovino 2009, 382; Ciucciovino 2013, 64).

In sostanza, preso atto delle previsioni contenute nella disciplina generale nazionale, l'accertamento della rispondenza al tipo legale di un contratto di apprendistato va condotto simultaneamente con le previsioni regionali, usualmente normate con Delibere di Giunta e, segnatamente, qualora ci trovassimo di fronte ad un contratto di apprendistato rientrante nel cd. sistema duale, anche con riferimento alle previsioni specifiche dell'istituzione formativa, con la quale il datore di lavoro è tenuto a sottoscrivere un protocollo quale atto propedeutico per l'attivazione del contratto, con cui vengono stabiliti il contenuto e la durata degli obblighi formativi secondo lo schema definito con il decreto, evocato dall'art. 46, co. 1, d. lgs. 81/2015 ed emanato in data 22 ottobre 2015 (Menghini 2014, 116; Carinci

² Nel d. lgs. n. 81/2015 il primo ed il terzo livello di apprendistato integrano organicamente, in un sistema duale, formazione e lavoro con riferimento ai titoli di istruzione e formazione ed alle qualifiche professionali contenuti nel Repertorio nazionale di cui all'art. 8 del d. lgs. n. 13/2013, nell'ambito del Quadro europeo delle qualificazioni (art. 41, co. 3). Si tratta, cioè, di un sistema duale nel quale il conseguimento dei titoli di istruzione e formazione può avvenire anche attraverso l'apprendimento presso l'impresa.

2012c, 16).

Peraltro, con specifico riferimento all'apprendistato professionalizzante, di cui si dirà a breve, le Regioni e le Province Autonome hanno anche il compito di realizzare un'offerta formativa pubblica finalizzata all'acquisizione di competenze di base e trasversali. Il sistema dell'offerta formativa regionale va, cioè, ad integrarsi nella funzione formativa del contratto di apprendistato di cui all'art. 44 d. lgs. 81/2015 garantendo l'acquisizione delle competenze di base e trasversali e definendo le modalità di erogazione ed il monte ore complessivo da svolgere nel corso del periodo formativo previsto nel contratto.

Rinviando ai paragrafi successivi il *focus* sulla modalità di erogazione della formazione e sulla verifica del trattamento economico applicato all'apprendista, entrambi propedeutici – unitamente ai requisiti formali previsti dall'art. 42 d. lgs. 81/2015 – all'emissione del provvedimento di certificazione, occorre accennare anche al ruolo della contrattazione collettiva le cui pattuizioni rivestono un ruolo determinante (Ciucciovino 2009, 3689) nell'accertamento della legittimità di un contratto di apprendistato, soprattutto nell'ambito del contratto di «apprendistato professionalizzante» che, peraltro, è quello che più degli altri viene sottoposto al vaglio delle Commissioni di certificazione.

A seconda del tipo di qualificazione professionale da conseguire, sono infatti gli Accordi Interconfederali e i contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale a stabilire la durata e le modalità di erogazione della formazione, nonché il trattamento economico applicabile ed è a tali previsioni che la Commissione deve conformarsi per stabilire se il contratto sia certificabile o meno.

2. L'impianto normativo comune

La disciplina normativa generale in materia di apprendistato è volutamente scarna ed è racchiusa in soli 7 articoli, dal 41 al 47, del citato d. lgs. 81/2015. Il primo, rubricato «Definizione», elenca le diverse tipologie di apprendistato. Il secondo contiene la disciplina generale a essi applicabile e sottrae alla contrattazione collettiva nazionale e/o agli accordi interconfederali: la definizione del piano formativo individuale; la durata minima del rapporto; la disciplina applicabile in caso di licenziamento illegittimo; la regolamentazione del recesso al termine del periodo di apprendistato.

Le disposizioni di cui agli artt. 43-45 riguardano, invece, rispettivamente l'apprendistato di primo, secondo e terzo livello. All'art. 46 si prevede il raccordo tra standard professionali, formativi e certificazione delle competenze; da ultimo l'art. 47 contiene le disposizioni finali e l'apparato sanzionatorio. Si propone di seguito una disamina delle disposizioni comuni alle varie tipologie di apprendistato.

2.1. I requisiti formali

Per quanto concerne la forma del contratto, il comma 1 dell'art. 42 d. lgs. 81/2015 conferma che essa debba essere scritta, seppur *ad probationem*, e prevede che il contratto contenga, anche in forma sintetica, il piano formativo individuale definito sulla base di moduli definiti dalla contrattazione collettiva di riferimento o dagli enti bilaterali. Tale previsione consente di dare evidenza formale agli impegni assunti dal datore di lavoro in merito agli obblighi formativi e agevola, di fatto, la verifica *ex ante* circa la correttezza delle pattuizioni inerenti l'onere formativo e, *ex post*, del loro corretto adempimento. La richiesta ai fini probatori consentirebbe teoricamente di ritenere possibile anche la mancanza di un contratto scritto, ma il fatto che al contratto debba essere allegato il piano formativo rende tale evenienza un'ipotesi tendenzialmente scolastica.

Il piano formativo è un elemento coesenziale del contratto di apprendistato a cui il dato normativo testuale richiede venga sinteticamente indicato o, più preferibilmente, allegato per farne parte integrante (Cordella 2015, 149; Carinci 2012b, 533). La predisposizione del piano formativo, come vedremo più avanti, è compito riservato all'impresa solo nel caso di un rapporto di apprendistato di secondo livello, dovendo essere invece predisposto dall'istituzione formativa, con il coinvolgimento dell'impresa, nel caso di apprendistato cd. duale.

Il secondo comma dell'art. 42 dispone la durata minima del contratto di apprendistato, che non potrà essere inferiore a sei mesi, con la sola eccezione dei lavoratori stagionali per i quali rimane in vigore il rinvio ai contratti collettivi nazionali di lavoro (art. 44, co. 5). La *ratio* sottesa a tale previsione di durata minima è correlata all'effettività della finalità formativa, mirando a contrastare la possibile elusione della stessa con una durata del contratto eccessivamente ridotta. Diversamente, con riferimento alla durata massima della componente formativa possiamo parlare di un elemento "dinamico" che varia in relazione alla tipologia di apprendistato (Lamberti, 2023, 89).

Sempre con riferimento alla disciplina generale, l'art. 42, co. 3, dispone che «durante l'apprendistato trovano applicazione le sanzioni previste dalla

normativa vigente per il licenziamento illegittimo» e specifica che, «per la sola tipologia di apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore, costituisce giustificato motivo di licenziamento anche il mancato raggiungimento degli obiettivi formativi, attestato dall'istituzione formativa». Non è questa la sede per indagare l'opportunità di una tale previsione, basti dire qui che l'art. 42, co. 4, prevede che al termine del periodo di apprendistato, ciascuna parte può liberamente recedere dal rapporto contrattuale con preavviso decorrente dal termine del periodo di formazione a norma dell'art. 2118 c.c. Se nessuna delle parti recede il contratto prosegue come ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Dal punto di vista certificatorio possiamo ritenere che le norme riferite al recesso siano poco influenti sull'istruttoria, salvo verificare che nel contratto sottoposto a certificazione non siano inserite norme di tenore contrastante con quelle sin qui evocate (De Angelis 2019, 8; Tiraboschi 2015a, 112).

2.2. I limiti legali e le previsioni di contingentamento

Sempre nella disciplina generale si rinviene la disposizione che fissa il numero complessivo di apprendisti che un datore di lavoro può assumere, direttamente o indirettamente, anche per il tramite delle agenzie di somministrazione autorizzate. Segnatamente, l'art. 42, co. 7, prevede la proporzione di tre a due, sancendo che non è possibile assumere più di tre apprendisti ogni due maestranze specializzate in servizio presso lo stesso datore di lavoro³. Nell'ipotesi in cui non vi siano lavoratori qualificati o specializzati⁴ o questi siano meno di tre, il datore di lavoro può assumere apprendisti nel numero massimo di tre. Come detto, gli apprendisti possono essere assunti in via diretta o tramite di agenzie di somministrazione di lavoro, ma in quest'ultima ipotesi è consentita soltanto la somministrazione a tempo indeterminato (Tiraboschi 2015b, 113).

L'art. 42, co. 8, prevede poi il cd. «onere di stabilizzazione», subordinando, per i datori di lavoro che occupano fino a cinquanta dipendenti, l'assunzione di nuovi apprendisti con contratto di apprendistato professio-

³ Tale rapporto non può superare il cento per cento per i datori di lavoro che occupano meno di dieci unità.

⁴ Figure professionali già formate riferite al datore di lavoro, quindi «lavoratori comunque rientranti nella medesima realtà imprenditoriale, anche se operanti in unità produttive o sedi diverse»; cfr. Ministero del Lavoro, Interpello n. 11/2010.

nalizzante alla prosecuzione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro al termine del periodo di formazione di almeno il venti per cento degli apprendisti nei trentasei mesi precedenti la nuova assunzione⁵. Nell'ipotesi di mancato rispetto di detta percentuale, al datore di lavoro è consentito assumere un solo apprendista con contratto professionalizzante. L'onere di stabilizzazione rappresenta così una condizione di ammissibilità per la sola assunzione di apprendisti con contratto professionalizzante, sempre nella prospettiva di evitare un uso distorto dell'istituto (Levi 2013, 579; Carinci 2012a, 939; Garofalo 2014, 429), sicché il datore di lavoro può procedere all'assunzione di altri apprendisti con contratto di apprendistato di cui all'art. 44 solo a condizione di aver confermato una percentuale di apprendisti il cui periodo formativo sia terminato. Tale circostanza deve essere opportunamente verificata nella fase istruttoria propedeutica al rilascio della certificazione.

In definitiva, i limiti quantitativi (c.d. tetti di contingentamento), previsti dall'art. 42, co. 7, d. lgs. 81/2015, sono funzionali alla finalità formativa dell'istituto, in ragione del fatto che l'apprendista deve essere seguito nell'intero percorso formativo e che un numero eccessivo di soggetti in formazione inficerebbe la riuscita stessa dell'apprendimento. Si comprende perciò la gravità della sanzione prevista laddove gli apprendisti assunti in violazione di detti limiti «sono considerati ordinari lavoratori subordinati a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto di lavoro» (Tiraboschi 2014, 84).

2.3. L'apparato sanzionatorio condizionante l'istruttoria

L'istruttoria di un contratto di apprendistato ai fini certificatori può essere condotta, altresì, ragionando *a contrario* rispetto alle sanzioni previste. In sostanza, partendo dal presupposto che l'apparato sanzionatorio interviene quando il contratto non è conforme al tipo normativo, o quando l'attuazione pratica dello schema negoziale non è conforme al contratto sottoscritto, scrutinando una per una le sanzioni previste è possibile dedurre l'*iter* logico-argomentativo che la Commissione dovrà seguire nell'emissione del provvedimento certificatorio.

Ed ecco allora che – ferme restando le specificità delle singole tipologie contrattuali di apprendistato – assumono rilievo, ai nostri fini, le previsioni di cui all'art. 47, d. lgs. 81/2015, correlate alla violazione: a) dell'obbligo di

⁵ Dal computo si escludono i rapporti di lavoro cessati per recesso durante il periodo di prova, per dimissioni o per licenziamento per giusta causa.

forma scritta ai fini della prova del contratto di apprendistato e la previsione del piano formativo in forma sintetica (art. 42, co. 1); b) delle previsioni contrattuali collettive che attuano i principi relativi al divieto di retribuzione a cottimo (art. 42, co. 5, lett. a); c) al sotto-inquadramento fino a due livelli inferiori o, in alternativa, alla retribuzione in misura percentuale e proporzionata all'anzianità di servizio, ai sensi dell'art. 42, co. 5, lett. b; alla presenza di un tutore o referente aziendale (art. 42, co. 5, lett. c).

Diverse e più cogenti sanzioni sono previste per l'inadempimento dell'obbligo formativo attinente però al momento esecutivo e verosimilmente riferite ad un accertamento *ex post* di tipo giudiziale (Rausei 2018, 96). Nella fase certificatoria occorre però verificare che la predisposizione del Piano Formativo sia coerente con le previsioni contrattual-collettive, nel caso dell'apprendistato professionalizzante, o con il protocollo predisposto con l'istituzione formativa, negli altri due casi. In caso di inadempimento correlato alla formazione, oltre la sanzione amministrativa, consistente nel versamento della differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato maggiorata del cento per cento (art. 47, co. 1), l'inosservanza degli obblighi formativi determina la trasformazione del contratto di apprendistato, fin dall'inizio, in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (C. Appello Roma 30.11.2019 n. 3512; Cass. 03.10.2020 n. 16595; Trib. Parma 18.11.2019 che richiama Cass. 07.03.2018 n. 5375; C. Appello Milano. 22.03.2021 n. 100; Trib. Rieti 10.11.2018 n. 206).

3. Le specificità delle tre fattispecie

Nella fase istruttoria la Commissione di certificazione dovrà tenere in debita considerazione le specificità delle tre tipologie di apprendistato attivabili per le quali i requisiti di validità (e quindi di certificabilità) si differenziano non solo in virtù dei requisiti soggettivi delle parti stipulanti, ma anche – e soprattutto – in ragione della finalità formativa che il contratto si propone.

I profili formali e sostanziali correlati ad ogni tipologia di apprendistato variano, *in primis*, se si rientra o meno nel campo di applicazione del cd. sistema duale – implicando il coinvolgimento diretto dell'istituzione formativa – e si specificano ulteriormente in ragione della modalità di erogazione della formazione e della certificazione delle competenze o dei titoli

conseguiti. Come noto, i tre livelli indicati dall'art. 41, d. lgs. 81/2015, sono: a) apprendistato per l'acquisizione della qualifica professionale, del diploma professionale, del diploma di istruzione secondaria superiore e del certificato di specializzazione tecnica superiore; b) apprendistato professionalizzante; c) apprendistato di alta formazione e di ricerca.

All'interno di questa tripartizione emerge, con evidenza, la distinzione tra due filoni (Fagnoni, Varesi 2016, 185): il primo è rappresentato dallo sviluppo di una professionalità (*i.e.* apprendistato di secondo livello) e si caratterizza per essere rivolto, prevalentemente ma non solo, a giovani lavoratori che si formano per conseguire una qualificazione contrattuale a fini professionali; dall'altro lato si apre una "via italiana al modello duale" intesa come opportunità offerta a chi, intraprendendo un percorso di studio e di lavoro, intende acquisire titoli formali del nostro sistema di istruzione, da quelli basilari (*i.e.* apprendistato di primo livello) a quelli di alta formazione (*i.e.* apprendistato di terzo livello).

3.1. I requisiti soggettivi

Innanzitutto le tre tipologie si differenziano per i requisiti anagrafici dell'apprendista poiché l'apprendistato di primo livello è rivolto a ragazzi dai 15 ai 25 anni compiuti, mentre l'apprendistato di secondo e terzo livello è destinato a ragazzi dai 18 ai 29 anni. La sovrapponibilità dell'elemento anagrafico tra il secondo e terzo livello non deve però indurre in errore nel momento dell'istruttoria finalizzata alla certificazione poiché per l'attivazione dell'apprendistato di terzo livello è richiesto un *quid pluris* e, cioè, che l'apprendista abbia già completato il secondo ciclo di istruzione e sia quindi in possesso di un diploma di istruzione secondaria superiore o di un diploma professionale, conseguito nei percorsi di istruzione e di formazione professionale, integrato da un certificato di specializzazione tecnica superiore, o del diploma di maturità professionale all'esito del corso annuale integrativo (Levi 2015, 104).

L'elemento anagrafico, nell'ambito dell'apprendistato di secondo livello, passa poi in secondo piano laddove trovi applicazione l'art. 47, co. 4, che prevede un'ipotesi peculiare di assunzione in apprendistato rivolta, senza limiti di età, a soggetti beneficiari di un trattamento di disoccupazione. Per tali soggetti la finalità rimane quella della qualificazione professionale, in una prospettiva anche di ri-qualificazione per una migliore ri-occupabilità, in ciò attestando – per i soggetti in parte estromessi dal mercato del lavoro – una vocazione del tipo contrattuale marcatamente occupazionale (Garofalo 2015a, 345; Bellocchi, Vitaletti 2014, 516).

I requisiti datoriali oggetto di verifica sono rinvenibili nel *corpus* normativo correlato al d. lgs. 81/2015 e, segnatamente, nel D.M. 12 ottobre 2015 che ha definito gli *standard* formativi dell'apprendistato ed i criteri generali per la realizzazione dei percorsi di apprendistato in attuazione dell'articolo 46, co. 1, riferiti all'apprendistato di cui all'art. 43, e all'apprendistato di alta formazione e di ricerca di cui all'art. 45. Il citato D.M., dopo aver delineato le definizioni di istituzioni formative, datori di lavoro, protocollo e formazione interna ed esterna (art. 2), individua i requisiti del datore di lavoro che, ai fini di un'efficace intervento formativo, deve possedere idonea «capacità formativa» ivi intendendo la capacità dell'azienda, in caso di formazione interna, di erogare formazione attraverso risorse umane, strumenti e materiali idonei a trasferire le competenze per l'acquisizione delle conoscenze aziendali.

Il datore di lavoro deve quindi possedere: a) capacità strutturali, ossia spazi per consentire lo svolgimento della formazione interna e in caso di studenti con disabilità, il superamento o abbattimento delle barriere architettoniche; b) capacità tecniche, ossia una disponibilità strumentale per lo svolgimento della formazione interna, in regola con le norme vigenti in materia di verifica e collaudo tecnico, anche reperita all'esterno dell'unità produttiva; c) capacità formative, garantendo la disponibilità di uno o più *tutor* aziendali per trasmettere all'apprendista le nozioni teoriche e pratiche previste dal percorso formativo.

Il possesso di tali requisiti è fondamentale per la validità stessa della formazione poiché, se il datore di lavoro dichiara di possedere la capacità formativa interna per provvedere autonomamente alla formazione dei propri apprendisti ed eventuali accertamenti da parte degli organi ispettivi preposti dimostrassero il contrario, la formazione sarà considerata come non effettuata⁶.

Ne consegue che la Commissione di certificazione, lungi dal dover effettuare accertamenti ispettivi *in loco*, che si ritengono ad essa non richiesti né delegati, dovrà comunque acquisire idonee dichiarazioni – foriere di responsabilità anche penali per chi le rilascia – atte a garantire il possesso delle anzidette capacità strutturali, tecniche, formative.

⁶ Cfr. D.M. 12 ottobre 2015.

3.2. Il baricentro delle finalità formative e la durata dinamica della formazione

La relazione bidirezionale tra attività lavorativa e finalità formativa nel contratto di apprendistato determina un dinamismo funzionale (Luciani 2016a, 796) che incide anche sulla durata del momento formativo. In tale ottica, non stupisce che, mentre per la durata minima la Commissione di certificazione ha un saldo riferimento normativo (art. 42, co. 2), per quanto concerne la verifica della validità della durata massima concordata tra le parti è richiesto alla Commissione di avvalersi di un criterio mobile, idoneo a verificare la conformità della durata individuata rispetto alla finalità formativa cui è destinato il contratto. E ciò non solo con riferimento alle diverse tipologie di apprendistato attivabili, ma anche in relazione alle specifiche finalità cui il singolo contratto è preordinato.

La durata dell'apprendistato di primo livello varia, infatti, in considerazione del titolo di studio da conseguire. Ferma restando la durata minima di sei mesi, di cui si è detto, la durata "dinamica" è fissata in: tre anni per il conseguimento della qualifica di istruzione e formazione professionale, quattro anni per il conseguimento del diploma di istruzione e formazione professionale; quattro anni per il conseguimento del diploma di istruzione secondaria superiore; due anni per la frequenza del corso annuale integrativo per l'ammissione all'esame di stato di cui all'art. 15, co. 6, d. lgs. 226/2005; un anno per il conseguimento del diploma di istruzione e formazione professionale per coloro che sono in possesso della qualifica di istruzione e formazione professionale nell'ambito dell'indirizzo professionale corrispondente; un anno per il conseguimento del certificato di specializzazione tecnica superiore. Inoltre, è ammessa la proroga fino ad un anno, purché concordata per iscritto e previo aggiornamento del piano formativo individuale, nel caso in cui ciò si renda necessario per il completamento del percorso formativo e per consentire l'acquisizione del titolo (Ventura 2015, 369).

Nell'apprendistato di secondo livello la verifica di conformità della durata pattuita va effettuata, ai sensi dell'art. 44, co. 2, in connessione con le previsioni contrattual-collettive applicabili cui la legge riserva di stabilire, in ragione del tipo di qualificazione professionale ai fini contrattuali da conseguire, la durata della formazione per l'acquisizione delle relative competenze tecnico-professionali e specialistiche. La norma si limita a stabilire che la durata massima non può essere superiore a tre anni ovvero cinque per i profili caratterizzanti le professionalità artigiane individuati dalla contrattazione collettiva di riferimento.

Per l'apprendistato di terzo livello, invece, l'art. 45 non impone limiti di durata massima, riservando la regolamentazione e la durata alle competenze regionali e delle province autonome o, in sua mancanza, dalle convenzioni stipulate tra le istituzioni formative e le aziende o le loro rappresentanze, in ragione della consistenza formativa del contratto, ferma restando la durata minima normativamente fissata (Valente 2015a, 379).

Tale impostazione, assolutamente condivisibile, attesta la stringente interazione tra i percorsi di alta formazione, anche universitari, e l'apprendistato e impone alla Commissione di certificazione una disamina (ed una conoscenza) puntuale delle normative territoriali e delle intese collettive, volta per volta applicabili.

3.3. La possibilità di cumulo di più contratti di apprendistato

Da ultimo, occorre precisare che la disciplina del primo livello di apprendistato si chiude con una previsione sulla possibilità di «trasformazione» dell'apprendistato del primo livello in apprendistato professionalizzante, nel limite di durata massima complessiva dei due periodi di apprendistato, che non può eccedere quella individuata dalla contrattazione collettiva di cui all'art. 42, co. 5, d. lgs. 81/2015. Tale facoltà è quindi concessa a seguito del conseguimento della qualifica o del diploma di istruzione e formazione professionale o del diploma di istruzione superiore, cui l'apprendistato di primo livello è finalizzato e sempre nella prospettiva di «conseguire la qualificazione ai fini contrattuali», condizione di validità per l'apprendistato di secondo livello.

In dottrina è stato già rilevato come il termine «trasformare», contenuto nell'art. 43, co. 9, d. lgs. 81/2015 sia «alquanto improprio» (Varesi 2017) trattandosi, a rigore, non di una trasformazione di un contratto esistente, ma della stipula di un contratto *ex novo*, che beneficerà ancora delle previste agevolazioni di tipo contributivo, fiscale e normativo.

Si aggiunga, inoltre, che l'Ispettorato nazionale del lavoro, con la nota n. 795 del 24 aprile 2024, riferendosi all'apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore, di cui all'art. 43 d. lgs. 81/2015, ha chiarito che non è preclusa la possibilità di stipulare un contratto di apprendistato stagionale anche in settori diversi da quelli del percorso di istruzione frequentato dallo studente. Al giovane va infatti «data la possibilità di acquisire le competenze organizzative, trasversali, umane e relazionali che possono rappresentare un patrimonio, non solo in relazione agli obiettivi formativi, ma più in generale quale bagaglio

esperienziale per il proprio sviluppo professionale»⁷.

4. La componente formativa

La formazione dell'apprendista è elemento essenziale del contratto ed è variamente articolata in relazione ai diversi livelli di apprendistato, sia per quanto riguarda la durata, come si è visto, che per quanto concerne i contenuti.

L'apprendista può svolgere una formazione «esterna» presso l'istituzione formativa a cui è iscritto (nel caso di apprendistato duale) o presso gli operatori istituzionalmente preposti alla formazione in materia di apprendistato (nel caso di apprendistato di secondo livello) o «interna» cioè presso il datore di lavoro. Nell'intento di potenziare l'offerta formativa aziendale e di alleggerire gli oneri economici ad essa connessi, la norma ammette che tale attività possa godere del sostegno dei fondi paritetici interprofessionali, anche mediante accordi con le Regioni (art. 42, co. 5, lett. d (Lazzarini 2003, 1871).

Per la natura dei percorsi formativi dell'apprendistato duale, la responsabilità dell'individuazione dei contenuti e dell'effettività della formazione è posta in capo all'istituzione formativa che rilascia il titolo cui il contratto stesso è finalizzato, fermo restando il coinvolgimento attivo dell'impresa.

Il percorso formativo dell'apprendistato professionalizzante, invece, si svolge sotto la responsabilità del datore di lavoro ed è integrato dall'offerta formativa pubblica, essenzialmente riferita alla formazione di base e trasversale. Le aree di contenuto della formazione di base e trasversale sono fissate con delibere regionali che generalmente prevedono argomenti riferiti alla sicurezza sul lavoro, all'organizzazione aziendale, alla comunicazione ed alle competenze relazionali, a diritti e doveri del lavoratore e dell'impresa, al diritto del lavoro in generale e alla contrattazione collettiva e alle competenze in ambito digitale⁸. Restano in ogni caso ferme le competenze delle regioni a statuto speciale e delle province autonome in conformità allo sta-

⁷ Cfr. nota INL n. 795 del 24 aprile 2024.

⁸ Tali aree di contenuto sono state talvolta integrate con riferimento alle competenze chiave per l'apprendimento permanente (Raccomandazione 2006/962/CE del 18 dicembre 2006): comunicazione nella madrelingua; comunicazione nelle lingue straniere; competenza matematica e competenze di base in scienza e tecnologia; competenza digitale; imparare a imparare; competenze sociali e civiche; spirito di iniziativa e imprenditorialità; consapevolezza ed espressione culturale.

tuto speciale e delle relative norme di attuazione.

La formazione tecnico-specialistica riguarda invece gli aspetti tecnici e operativi legati allo specifico settore professionale e mira essenzialmente alla conoscenza di prodotti, servizi e contesto di settore e all'utilizzo di tecniche, strumenti, metodologie e attrezzature necessarie allo svolgimento del ruolo di destinazione del contratto di apprendistato.

Le imprese che hanno sedi operative in più regioni o province autonome possono fare riferimento al percorso formativo della regione dove è collocata la sede legale o, a seguito della piena operatività delle specifiche linee guida regionali per l'apprendistato, possono avvalersi dell'offerta formativa pubblica disponibile presso le regioni in cui hanno le sedi operative.

Le metodologie per la formazione dell'apprendista sono molteplici e variano, ancora una volta, in funzione delle disposizioni regionali e delle istituzioni formative che, anche a seguito dei noti eventi pandemici, consentono modalità di formazione a distanza e piattaforme di *e-learning*, anche attraverso simulazioni ed esercitazioni, purché sia garantito il tracciamento e la verifica della formazione, come si dirà meglio a breve.

4.1. Il Piano Formativo Individuale

L'art. 42, co. 1, dispone che il Piano Formativo Individuale (d'ora in avanti, PFI) sia contenuto, anche in forma sintetica, nel contratto, sì da poterlo ritenere parte integrante del contratto cui accede e, come esso, da regidersi per iscritto ai fini della prova. Al fine di consentire una semplificazione nella redazione del PFI, il medesimo comma prevede che lo stesso possa essere stilato sulla base di moduli e formulari predisposti dalle organizzazioni sindacali o dagli enti bilaterali⁹.

Il PFI stabilisce i contenuti e la struttura del percorso formativo, fissa gli obiettivi da raggiungere e specifica tempi e modi della formazione.

Nell'apprendistato professionalizzante viene predisposto dal datore di lavoro che, quindi, deve attenersi alle indicazioni contenute negli accordi e nella contrattazione collettiva di riferimento; diversamente, nell'apprendistato finalizzato all'acquisizione di titoli di studio, il PFI è predisposto dall'istituzione formativa «con il coinvolgimento dell'impresa» (art. 42, co. 1, 3° periodo).

La redazione del PFI costituisce un momento delicato della disciplina poiché dal combinato disposto delle norme applicabili emerge che, salvo

⁹ Cfr. Circ. Min. Lav. n. 35/2013, che fornisce indicazioni operative al personale ispettivo in caso di violazioni degli obblighi formativi.

che per la tipologia dell'apprendistato professionalizzante, la formazione non attiene soltanto a un rapporto intersoggettivo tra datore e prestatore di lavoro, ma coinvolge anche l'istituzione formativa (Giubboni 2015; Varesi 2017; Fagnoni, Varesi 2015, 158). In una prospettiva complessiva è certamente condivisibile la scelta di affidare il compito di declinare il percorso formativo dell'apprendista all'istituzione formativa che, proprio al fine di contemperare il diritto dell'apprendista a ricevere una formazione adeguata al titolo che si appresta a conseguire e l'esigenza dell'impresa a che l'apprendista riceva una formazione aderente il più possibile al settore per il quale è stato assunto (Ciucciovino 2013, 86), può "curvare" la propria offerta formativa in relazione alle effettive esigenze dell'impresa.

Tale corrispondenza alle esigenze effettive dell'impresa, nel caso del secondo livello di apprendistato, è affidata all'autonomia contrattuale posto che le parti del contratto congiuntamente determinano la qualificazione professionale al cui conseguimento esso è volto, ancorandosi però ai profili o alle qualificazioni professionali previste per il settore di riferimento dai sistemi di inquadramento del personale di cui ai contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (art. 44, co. 1). Tale costruzione del quadro regolatorio fa sì che che i sistemi di inquadramento collettivo costituiscano, per la Commissione di certificazione il parametro di verifica effettiva e circoscrivono lo spazio di libertà dell'autonomia individuale entro i confini delineati dall'autonomia collettiva. La durata e l'articolazione della formazione dipendono dal titolo di studio posseduto dall'apprendista al momento della stipula del contratto e si attestano mediamente su 120 ore per gli apprendisti con titolo di studio fino alla scuola secondaria di primo grado, 80 ore per chi è in possesso del diploma di scuola secondaria di secondo grado e 40 ore per gli apprendisti in possesso di laurea o titolo equipollente.

L'attività della Commissione di certificazione dovrà quindi conformarsi alle previsioni del PFI, verificando – nel caso di apprendistato duale – che sussista una conformità con l'ulteriore documentazione a corredo (*i.e.* il Protocollo) e – nel caso di apprendistato di secondo livello – che il PFI sia allineato alle previsioni collettive volta per volta applicabili, in ciò imponendo un ulteriore sforzo di analisi delle dette previsioni.

È consentito al datore di lavoro l'uso di una circoscritta discrezionalità nel realizzare il programma di formazione, ma tale discrezionalità non può mai spingersi fino ad espungere una delle due fasi del contratto – formazione e esecuzione della prestazione – atteso che entrambe sono coesenziali allo stesso (Cass. 03.08.2020 n. 16595; Cass. 08.01.2003 n. 82).

4.2. Il Protocollo (eventuale) con l'istituzione formativa

Esclusivamente nel caso di apprendistato cd. duale, sia esso di primo o terzo livello, il datore di lavoro deve sottoscrivere un Protocollo con l'istituzione formativa a cui lo studente è iscritto o con l'ente presso cui si svolge l'attività di ricerca. La funzione del Protocollo è pressoché speculare per le due tipologie di apprendistato afferenti al sistema duale, salvo alcune specificità del terzo livello correlate al computo dei crediti formativi.

Il Protocollo consiste nell'accordo sottoscritto dal datore di lavoro e dall'istituzione formativa che «definisce i contenuti e la durata della formazione interna ed esterna all'impresa», secondo il modello di allegato al D.M. 12 ottobre 2015¹⁰, nel quale potranno essere apportate integrazioni e modulazioni da parte dell'istituzione formativa e del datore di lavoro «in funzione di specifiche esigenze volte a migliorare l'efficacia e la sostenibilità degli interventi programmati».

In via generale, il monte ore dell'apprendistato da svolgersi nell'ambito del sistema di istruzione e formazione professionale regionale per la formazione esterna all'azienda (impartita nell'istituzione formativa cui lo studente è iscritto), non dovrà superare il 60% dell'orario "ordinamentale" per il secondo anno; ed il 50% per il terzo e quarto anno, nonché per l'anno successivo finalizzato al conseguimento del certificato di specializzazione tecnica (art. 43, co. 6)¹¹.

Nel Protocollo correlato al terzo livello di apprendistato, riferito quindi ad un ciclo di istruzione basato sul sistema dei cd. crediti formativi, dovranno essere stabiliti: il numero dei crediti formativi riconoscibili a ciascuno studente per la formazione a carico del datore di lavoro; il numero dei crediti formativi erogati dalle Università che nel proprio regolamento didattico, fissano le conoscenze e le abilità professionali certificate; ma anche le altre conoscenze e abilità maturate in attività formative di livello post-secondario da riconoscere quali crediti formativi. La formazione esterna all'azienda è svolta, invece, nell'istituzione formativa dove è iscritto lo studente e, di solito, non può essere superiore al 60% dell'orario ordinamentale.

¹⁰ Modello da cui non si è discostato, neppure recentemente, il Ministero del Lavoro che, con Circolare n. 12 del 6 giugno 2022, ha inteso ricostruire il quadro normativo di riferimento del "contratto di apprendistato di primo livello, ai sensi dell'articolo 43 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, e del decreto interministeriale 12 ottobre 2015".

¹¹ In maniera più puntuale ulteriori specificazioni in ordine ai limiti temporali della formazione interna ed esterna sono indicate sempre dal D.M. 12 ottobre 2015.

Fissate tali coordinate, occorre ora domandarsi quale sia l'effettivo spazio di accertamento della Commissione di certificazione rispetto al Protocollo stipulato tra le parti. È innegabile che gli spazi di verifica siano esigui, soprattutto nell'ottica di un leale affidamento dell'attività propedeuticamente svolta dalle istituzioni formative coinvolte.

Si ritiene, perciò, che, nel caso di apprendistato duale, l'attività istruttoria della Commissione possa limitarsi alla verifica della corrispondenza formale tra quanto previsto nel Protocollo e quanto definito nel PFI. Tale impostazione è stata recentemente confermata dall'Ispettorato nazionale del lavoro che, con la nota n. 795 del 24 aprile 2024, ha precisato che i contenuti formativi sono garantiti di per sé dalla sottoscrizione, da parte dell'istituzione formativa cui lo studente è iscritto, del protocollo di cui all'art. 43, co. 6, che stabilisce il contenuto e la durata degli obblighi formativi del datore di lavoro». Ne deriva che proprio la sottoscrizione del citato protocollo costituisce già una garanzia di coerenza del percorso formativo e di utilità del contratto di apprendistato ai fini dello sviluppo formativo e professionale dello studente.

4.3. La funzione del (o dei) tutor

Per l'attivazione del contratto di apprendistato è necessaria, altresì, la presenza di un *tutor* o referente aziendale.

La norma si limita a sancire la necessità di detta «presenza» (art. 42, co. 5, lettera *c*), null'altro disponendo.

Il D.M. 12 ottobre 2015, con riferimento ai percorsi dell'apprendistato cd. duale, ha poi precisato che «Nei percorsi di apprendistato la funzione tutoriale è finalizzata a promuovere il successo formativo degli apprendisti, a favorire il raccordo didattico e organizzativo tra l'istituzione formativa e l'impresa e si esplica nell'affiancamento dell'apprendista nel percorso di apprendimento e nel monitoraggio del suo corretto svolgimento» (art. 7).

Da ciò si ricava che, pur non essendo previste funzioni specifiche e puntuali del *tutor*, né precisi requisiti soggettivi dello stesso, la funzione e il ruolo tutoriale all'interno del processo formativo dell'apprendista assumono rilevanza strategica ai fini del buon esito del percorso formativo. Nei percorsi dell'apprendistato cd. duale, infatti, la figura del *tutor* è anche doppia, nel senso che si prevede la presenza di un *tutor aziendale* e di un *tutor formativo*.

Il *tutor* aziendale, qualunque sia il livello di apprendistato in esame, è preposto a facilitare l'inserimento dell'apprendista all'interno dell'azienda e seguire il suo percorso di crescita professionale, sostenendo il processo

di apprendimento e garantendo l'integrazione tra formazione esterna e quella interna. Deve trattarsi di un lavoratore esperto¹² che opera nello stesso contesto in cui l'apprendista è inserito e svolga un'attività lavorativa coerente con quella svolta dall'apprendista (Trib. Firenze 30.09.2021).

Il *tutor* è nominato dal datore di lavoro nelle aziende con più di 15 lavoratori e, nelle aziende di più piccole dimensioni o nelle imprese artigiane, il ruolo del *tutor* può essere ricoperto dallo stesso datore di lavoro, da un socio dell'azienda o da un coadiuvante della famiglia¹³. Il nominativo del *tutor* deve essere comunicato al Centro per l'impiego al momento dell'assunzione e dell'iscrizione telematica dell'apprendista.

Il *tutor* formativo, nominato dall'istituzione scolastica, ha un ruolo diverso ma non meno rilevante, essenzialmente finalizzato a favorire il raccordo didattico e organizzativo tra l'istituzione formativa e l'impresa e, congiuntamente con il *tutor* aziendale, può definire tempistiche e contenuti della formazione più funzionali alle effettive esigenze dell'azienda.

4.4. L'erogazione della formazione e la certificazione delle competenze

La formazione dell'apprendista deve essere caratterizzata da uno standard qualitativo che la renda certificabile.

Ai sensi dell'art. 46, co. 1, la definizione degli *standard* formativi di tutte le tipologie di apprendistato è stata rinviata al D.M. 15 ottobre 2015.

Le competenze acquisite in apprendistato e certificate devono essere registrate sul libretto formativo del cittadino, a norma dell'art. 42, co. 5, lett. f)¹⁴. A tal proposito l'art. 46, co. 2, distingue tra l'apprendistato professionalizzante e le altre due tipologie di apprendistato: nella prima ipotesi detto adempimento è di competenza del datore di lavoro; nella seconda spetta all'istituzione formativa, a norma del d. lgs. n. 13/2013, nel rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni in esso disciplinate (art. 46, co. 4) (Va-

¹² Nella modulistica allegata al D.M. 12 ottobre 2015 si richiede di compilare un campo relativo agli anni di esperienza del *tutor*.

¹³ Pur avendo una funzione fondamentale nel promuovere il successo formativo dell'apprendista, la figura del *tutor* suscita un interesse ridotto da parte della contrattazione collettiva che, in sporadici casi, prevede un numero massimo di apprendisti affidabili a un *tutor* aziendale e, raramente, un'indennità dovuta per l'attività di *tutoring*. In pochi casi la contrattazione stabilisce i corsi di formazione specifici che il *tutor* è tenuto a seguire per svolgere al meglio la sua funzione.

¹⁴ Poi abolito dall'art. 34, co. 1 lett. a) d. lgs. 150/2015.

lente 2015b, 998; Tessaroli 2014, 89).

La norma ribadisce, inoltre, la correlazione con il cd. «repertorio delle professioni», istituito presso il Ministero del Lavoro con la finalità di «armonizzare le diverse qualificazioni professionali acquisite in apprendistato e consentire una correlazione tra standard formativi e standard professionali» di cui all'art. 8, d. lgs. 13/2013, nell'ambito del Quadro Europeo delle Qualificazioni¹⁵ (c.d. EQF), istituito con la Raccomandazione n. 2008/C 111/01/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008, da ultimo richiamato dal D.M. 5.01.2021¹⁶ (L. Casano 2015, 908; Ciucciovino 2013, 96; Garofalo 2015b, 275; Loffredo 2016, 35; Fagnoni, Varesi, 2016; V. Luciani 2016b, 739).

Le modalità di erogazione della formazione sono molteplici: attività di aula, *on the job*, piattaforme *e-learning*, seminari, esercitazioni di gruppo, visite aziendali. La situazione emergenziale generata dalla diffusione del Covid-19 aveva indotto alcune Regioni e Province autonome ad adottare specifici provvedimenti normativi per consentire di erogare la formazione a distanza (FAD) al fine di garantire la continuità dell'attività formativa¹⁷ anche attraverso piattaforme per la formazione sincrona o con modalità digitali e/o aule virtuali, ferma restando l'impossibilità di frequentare tali corsi per gli apprendisti sospesi e beneficiari della cassa integrazione guadagni¹⁸.

L'occasione è stata propizia per chiarire il concetto di effettività della formazione a distanza¹⁹ ed indirizzare anche la Commissione negli accer-

¹⁵ I cui obiettivi sono l'implementazione della mobilità del fattore lavoro e dell'apprendimento permanente, rapportando i singoli sistemi nazionali di qualificazione all'EQF medesimo, con l'introduzione nei singoli certificati di qualifica del riferimento ad uno degli otto livelli dell'EQF, in relazione al quale i singoli Paesi hanno adottato quadri e repertori nazionali delle qualifiche

¹⁶ D.M. contenente "Disposizioni per l'adozione delle linee guida per l'interoperatività degli enti pubblici titolari del sistema nazionale di certificazione delle competenze".

¹⁷ Cfr. per una puntuale analisi delle iniziative regionali lo studio INAPP 2023, *La formazione a distanza nell'apprendistato professionalizzante. Modelli ed esperienze regionali a confronto nell'era digitale, reperibile open access* <www.inapp.gov.it>.

¹⁸ In conformità con quanto previsto dall'INL, con parere del 29 luglio 2020.

¹⁹ L'INL con circolare del 7 aprile 2022 ha chiarito che «si ritiene ammissibile, per la componente formativa di base e trasversale, ricorrere alla modalità di formazione *e-learning*, laddove per "e-learning" si intende una specifica ed evoluta forma di FAD consistente in un modello di formazione in remoto caratterizzato da forme di interattività a distanza tra i discenti e i docenti e/o gli e-tutor e/o altri discenti, in modalità sincrona. Attraverso tali

tamenti da effettuarsi sulle concrete modalità di erogazione della formazione.

5. Il trattamento economico applicabile: accordi interconfederali e contrattazione collettiva

Il contratto di apprendistato, seppur contraddistinto dalle due finalità tipiche, cioè quella formativa, da un lato, e quella occupazionale, dall'altro, obbliga il datore di lavoro a corrispondere una specifica retribuzione all'apprendista.

In proposito gli artt. 42, co. 5, lett. b), 43, co. 7, e 45, co. 3, formano un mosaico che richiede una precisa attività istruttoria della Commissione di certificazione che è tenuta a verificare l'effettiva adeguatezza del compenso relativo all'attività svolta in azienda, compenso che, alla stregua del disposto normativo, va distinto tra la retribuzione dovuta per le ore di lavoro e la retribuzione relativa alle ore destinate alla «formazione interna».

Innanzitutto, al quinto comma dell'art. 42, lettera *a*) è previsto il generale divieto di retribuzione a cottimo, cioè di corrispondere all'apprendista una retribuzione legata al risultato produttivo. Si tratta di un divieto che ha origini antiche²⁰, in ragione del condivisibile pregiudizio correlato alla ridotta capacità produttiva derivante dalla minore esperienza.

Peraltro, per favorire l'assunzione di apprendisti sono stati previsti diversi incentivi e benefici per i datori di lavoro²¹, tra cui spicca senza dubbio quello relativo al trattamento retributivo. È, infatti, previsto che all'apprendista, durante il periodo di formazione, venga erogata una retribuzione inferiore rispetto a quella spettante al lavoratore già in possesso della qualifica o con il profilo professionale alla cui acquisizione è finalizzato il periodo formativo.

L'art. 42, co. 5, lett. *b*), riconosce alla contrattazione collettiva la possibilità di stabilire la retribuzione spettante all'apprendista durante il periodo formativo attraverso la scelta – alternativa e non sovrapponibile – tra due meccanismi di individuazione della retribuzione: il sistema del «sotto-in-

sistemi si assicura, infatti, la tracciabilità dello svolgimento delle lezioni stesse e della partecipazione degli apprendisti».

²⁰ Già l'art. 11 lett. *f* L. 25/1955 vietava il cottimo per gli apprendisti; il divieto è stato poi ribadito dall'art. 49, co. 4, d. lgs. 276/2003 e confermato dal successivo T.U. 167/2011.

²¹ V. *infra* par. 6.

quadramento» e il sistema della «retribuzione percentualizzata» rispetto all'anzianità di servizio.

Il primo – il sistema di sotto-inquadramento – prevede la possibilità di inquadrare l'apprendista «fino a due livelli inferiori rispetto a quello spettante in applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro ai lavoratori addetti a mansioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al cui conseguimento è finalizzato il contratto». Di solito il livello cresce per lo più ogni anno, ma possono essere individuati anche periodi diversi (es. prima metà del percorso di apprendistato e seconda metà), fino ad arrivare a livello corrispondente alla qualifica da conseguire alla conclusione del percorso di apprendistato. La Commissione di certificazione dovrà quindi analizzare le previsioni contrattual-collettive.

Il sistema di retribuzione percentualizzata, invece, dà la possibilità di stabilire la retribuzione dell'apprendista «in misura percentuale e in modo graduale rispetto alla anzianità di servizio»²². Il metodo più utilizzato nei CCNL è quello di stabilire la retribuzione percentuale in base ad alcune variabili associate tra loro quali: il tipo di apprendistato, la durata, il periodo, che può essere conteggiato in annualità, mensilità o semestri, i livelli di inquadramento.

Per quanto riguarda l'attività di formazione frontale svolta in azienda, inoltre, si prevede che, salvo diversa previsione dei contratti collettivi, per le ore di formazione a carico del datore di lavoro spetterà all'apprendista una retribuzione pari al 10% di quella che gli sarebbe normalmente dovuta mentre il datore di lavoro è esonerato da ogni obbligo retributivo per la formazione svolta nell'istituzione formativa (art. 43, co. 7; art. 45, co. 3).

Ovviamente l'intreccio di tutte queste variabili ha come conseguenza una grande mutevolezza nelle percentuali retributive fissate nei vari CCNL che la Commissione di certificazione dovrà puntualmente indagare e riscontrare.

²² Gli Accordi Interconfederali, in modo univoco, hanno optato per il sotto-inquadramento nell'apprendistato di terzo livello e per la percentualizzazione nel primo livello. Cfr. AI 18.05.2016 Confindustria; AI 19.07.2016 Confservizi; AI 26.07.2016 Confcooperative, Legacoop, tutti sottoscritti da CGIL CISL UIL; AI 30.01.2020 UAI (Unione artigiani italiani e PMI) sottoscritto dal sindacato autonomo Confintesa.

6. Le eventuali integrazioni istruttorie tramite audizione o auto-certificazioni delle parti

Da quanto sin qui detto emerge, con assoluta evidenza, la complessità dell'intervento certificatorio correlato al (*recte* ai) contratti di apprendistato sui quali si impone un'indagine rigorosa, anche in considerazione delle utilità, utilità connesse a tale tipologia contrattuale, sia dirette che indirette, delle quali il datore di lavoro può beneficiare.

È noto, infatti, che in un'ottica promozionale dell'istituto, il legislatore ha, da sempre, riconosciuto regimi agevolati ed esenzioni contributive al datore di lavoro che assuma apprendisti (Sala Chiri 2012, 336; Garofalo 2015c, 1159).

Dal punto di vista normativo si veda, ad esempio, l'art. 47, co. 3, in base al quale gli assunti con contratto di apprendistato non rientrano, per tutta la durata del periodo formativo, nella base di calcolo per l'applicazione di particolari istituti previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva.

In linea generale, poi, l'azienda che ricorre all'apprendistato può beneficiare di numerose agevolazioni contributive e fiscali²³. Il legislatore ha, infatti, frequentemente offerto alle imprese che assumono in apprendistato il vantaggio di poter beneficiare per tali assunzioni di un ridotto carico contributivo che prevede l'applicazione di un'aliquota contributiva «speciale» rispetto a quella «standard»²⁴ oltre che l'esenzione dal versamento della contribuzione di finanziamento della NASpI e dal contributo integrativo²⁵.

²³ Cfr. a titolo esemplificativo, contribuzione agevolata pari al 10% della retribuzione; deducibilità delle spese e dei contributi dalla base imponibile IRAP; taglio del costo del lavoro degli apprendisti, operato – come si è visto – o mediante un sotto inquadramento fino a due livelli, oppure una percentualizzazione sulla retribuzione ordinaria prevista. A tali agevolazioni non corrisponde comunque una riduzione di tutela per l'apprendista a cui si applicano tutte le tutele previste in tema di previdenza e assistenza sociale obbligatoria quali: a) assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali; b) assicurazione contro le malattie; c) assicurazione contro l'invalidità e vecchiaia; d) maternità; e) assegno familiare; f) assicurazione sociale per l'impiego.

²⁴ Cfr. INPS Mess. n. 1478/2019.

²⁵ Cfr. art. 2, commi 31 e 32, L. n. 92/2012, n. 92; art. 25, co. 4, L. n. 845/1978, INPS Circ. n. 70/2022. A ciò si aggiungano le previsioni relative al programma Garanzia Giovani, Occupazione Sud, Decontribuzione Sud, Incentivo Lavoro (IO Lavoro). La Legge di Bilancio 2022, inoltre, ha disposto che per i contratti di apprendistato di primo livello stipulati nel 2022 è riconosciuto, ai datori di lavoro che occupano alle proprie dipendenze un numero di addetti pari o inferiore a nove, uno sgravio contributivo del 100% con rife-

Ne deriva la necessità di un assoluto rigore da parte della Commissione di certificazione che, qualora necessario, potrebbe avvalersi di un soccorso istruttorio chiedendo alle parti di specificare elementi comunque indispensabili per l'emissione del provvedimento.

Nella prassi della Commissione, infatti, si sono resi necessari approfondimenti ed integrazioni istruttorie, specie sul versante datoriale, circa il rispetto dei limiti legali e relativi tetti di contingentamento *ex* art. 47, co. 2, d. lgs. 81/2015; il rispetto del cd. onere di stabilizzazione *ex* art. 42, co. 8, d. lgs. 81/2015; o, infine, circa il possesso delle capacità strutturali, tecniche e formative previste dal D.M. 12 ottobre 2015.

Sul versante del lavoratore, l'unica integrazione istruttoria ipotizzabile è quella connessa all'apprendistato di secondo livello e relativa al mancato possesso e/o precedente conseguimento della medesima qualificazione professionale cui è preordinato il contratto sottoposto a certificazione, eventualmente anche in considerazione di precedenti rapporti di apprendistato poi non conclusi con il conseguimento della qualifica.

Tali integrazioni istruttorie possono essere effettuate, in conformità ai regolamenti istitutivi delle singole commissioni, anche attraverso l'audizione personale delle parti – di cui viene redatto apposito verbale – o autocertificazioni formali rese dalle stesse e allegate agli atti del procedimento.

rimento alla contribuzione dovuta per i periodi contributivi maturati nei primi tre anni di contratto, fermo restando il livello di aliquota del 10% per i periodi contributivi maturati negli anni di contratto successivi al terzo.

Riferimenti bibliografici

- Bellocchi P., Vitaletti M. (2014), *L'apprendistato tra formazione e lavoro*, in G. Santoro-Passarelli, (a cura di) *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Torino, 511 e ss.
- Carinci F. (2012a), *L'apprendistato dopo la riforma Fornero*, in LG, 12, 937 ss.
- Carinci F. (2012b), *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del lavoro*, in LG, 6, 529 ss.
- Carinci F. (2012c), *E tu lavorerai come apprendista: l'apprendistato da contratto "speciale" a contratto quasi unico*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, n. 145.
- Casano L. (2015), *Quadri nazionali delle qualifiche: la situazione italiana alla luce degli sviluppi europei*, in DRI, 3, 905 ss.
- Caruso B., Alaimo A. (2007), *Il conflitto tra Stato e Regioni in tema di lavoro e la mediazione della Corte costituzionale: la recente giurisprudenza tra continuità e innovazione*, in RIDL, 3, II, 569 ss.
- Ciucciiovino S. (2013), *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Ciucciiovino S. (2010), *Stato, regioni, autonomia privata nell'apprendistato professionalizzante*, nota a C. Cost. 14 maggio 2010, n. 176, in RIDL, 2010, 4, II, 1089 ss.
- Ciucciiovino S. (2009), *L'apprendistato professionalizzante ancora alla ricerca di una disciplina definitiva*, in RIDL, 3, I, 379 ss.
- Cordella C. (2015), *Note in tema di profili formativi nel contratto di apprendistato*, in RGL, 1, I, 149 ss.
- D'Onghia M. (2014), *L'ennesimo (inutile) intervento del legislatore sul contratto di apprendistato*, in RGL, 4, I, 753.
- De Angelis N. (2019), *Le conseguenze del recesso nel contratto di apprendistato. Quando l'interprete deve colmare il vuoto di disciplina*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, n. 390.
- Fagnoni S., Varesi P.A. (2016), *I contratti di apprendistato e la loro ulteriore differenziazione (artt. 41-47 d. lgs. 81/2015 e art. 32 d. lgs. 150/2015)*, in Magnani M., Pandolfo A., Varesi P.A. (a cura di), *I contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 185 ss.
- Fagnoni S., Varesi P.A. (2015), *Apprendistato: il nuovo quadro normativo dopo il Testo Unico ed i più recenti interventi legislativi*, in DRI, 1, 155 ss.
- Garofalo D. (2015a), *L'ennesima riforma dell'apprendistato*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, Cacucci, Bari, 2015, 345 ss.
- Garofalo D. (2015b), *L'apprendistato nel decreto legislativo n. 81/2015*, in F.

- Carinci (a cura di), *Commento al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT Labour Studies, e-Book series 2015, 48, 272.
- Garofalo D. (2015c), *Riforma del mercato del lavoro e apprendistato: un intervento inevitabile*, in LG, 12, 1157 ss.
- Garofalo D. (2014), *Gli interventi legislativi sul contratto di apprendistato successivi al T.U. del 2011*, in GDLRI, 143, 427 ss.
- Giubboni S. (2015), *Il ridisegno delle tipologie contrattuali nel Jobs Act*, Il libro dell'anno del Diritto, Treccani on line.
- Lamberti F. (2023), *L'Apprendistato*, in Ludovico G., Levi A. et al. (a cura di), *I contratti di lavoro flessibile nell'ordinamento italiano e brasiliano* Milano University Press, vol. 2, 85 ss.
- Lazzarini N. (2003), *La centralità del momento formativo nel contratto di apprendistato anche alla luce della politica sociale europea*, in GC, 9, 1871, nota a Cass. 11 maggio 2002, n. 6787.
- Levi A. (2015), *il diritto del lavoro di fronte all'esigenza di tutela occupazionale: dal contratto di apprendistato, al contratto a tutele crescenti*, in Quaderni di Economia del Lavoro, 103.
- Levi A. (2013), *Il contratto di apprendistato riformato, tra finalità occupazionali ed esigenze formative*, in RIDL, 3, I, p. 577.
- Loffredo A. (2016), *La riforma dell'apprendistato: una storia infinita*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, Padova, 35 ss.
- Luciani V. (2016a), *Apprendistato* (voce), in Enc. Dir. Annali, 790 ss.
- Luciani V. (2016b), *La riforma dell'apprendistato: rapporto con il contratto a tutele crescenti e "riordino" delle fonti di regolazione*, DRI, 3, 739.
- Menghini L. (2014), *La disciplina dell'apprendistato professionalizzante*, in *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, a cura di Brollo M., Mattarolo M.G., Menghini L., Ipsoa, 212.
- Rausei P. (2018), *Apprendistato. Assumere, gestire e formare*, Ipsoa, 95 ss.
- Sala Chiri M. (2012). *Il tirocinio. Artt. 2130-2134*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger P. e diretto da Busnelli F.D., II ed., Giuffrè, Milano, 334 e ss.
- Tessaroli L. (2014), *Il sistema nazionale di certificazione*, in Aa.Vv., *Libro dell'Anno del diritto*, Treccani, Roma, 84 ss.
- Tiraboschi M. (2015a), *Il contratto a tutele crescenti: spazi di applicabilità in caso di apprendistato e somministrazione di lavoro*, in Carinci F., Tiraboschi M. (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT University Press, 110 ss.

- Tiraboschi M. (2015b), *L'apprendistato dopo il Jobs Act*, in Carinci F. (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio. Atti del XI Seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015*, ADAPT University Press, 2015, p. 306 ss.
- Tiraboschi M. (2014), *Apprendistato: una semplificazione di facciata*, in Tiraboschi M. (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20.05.2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16.05.2014, n. 78*, ADAPT University Press, 83 ss.
- Valente L. (2015a), *Apprendistato di alta formazione e ricerca*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 377 e ss.
- Valente L. (2015b), *La certificazione delle competenze nel decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, Bari, 995 ss.
- Varesi P.A. (2017), *Apprendistato* (voce), EGT, *Diritto on line*.
- Ventura A. (2015), *Verso l'alternanza scuola lavoro: il restyling del contratto di apprendistato del "primo tipo"*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di) *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 365 e ss.
- Zoppoli L. (2007), *Apprendistato e multilevel regulation*, DRI, 1, 75 ss.

Capitolo 12

La certificazione dei contratti a tempo determinato

Matteo Verzaro

SOMMARIO

1. Apposizione del termine ed elementi del contratto – 2. Il rinvio ai contratti collettivi – 3. Il rinvio ai contratti collettivi già vigenti ed alla autonomia individuale – 4. La sostituzione di altri lavoratori – 5. Le verifiche sui divieti – 6. Proroghe e rinnovi – 7. Trattamento economico e normativo

1. Apposizione del termine ed elementi del contratto

La procedura di certificazione del contratto di lavoro a tempo determinato (ctd) si svolge, su istanza delle parti, nel fine della deflazione del contenzioso in materia di lavoro¹, attraverso la verifica da parte degli organi di certificazione², e tra questi la Commissione di certificazione della Università degli Studi Roma Tre³, della conformità della volontà contrattuale al disposto normativo.

È, dunque, compito della Commissione accertare che il contenuto del documento contrattuale, prodotto a seguito dell'istanza, sia in linea con la normativa in tema di lavoro a tempo determinato contenuta negli artt. 19-29, d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

Occorre, innanzitutto, notare che il controllo della Commissione si diversifica a seconda del termine apposto al contratto poiché la disciplina legale prescrive elementi diversi in base allo stesso. Inoltre, bisogna distinguere se la certificazione concerne la prima stipula di un ctd ovvero se riguarda una proroga od un rinnovo tra le stesse parti di un precedente ctd poiché, anche in tal caso, il termine apposto a ciascuno di tali atti differenzia la disciplina applicabile.

Procedendo con ordine, la Commissione verifica, dapprima, se il ter-

¹ Cfr. art. 75, comma 1, d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

² V. art. 76, comma 1, d. lgs. n. 276/2003.

³ Nel prosieguo indicata come "Commissione".

mine previsto nel contratto sia superiore a dodici giorni: in tal caso, infatti, l'art. 19, comma 4, d. lgs. n. 81/2015 prescrive che il contratto debba avere forma scritta ai fini di efficacia del termine. Se il contratto ha avuto principio di esecuzione, la Commissione, in sede di audizione del lavoratore, chiede allo stesso se ha ricevuto copia del contratto entro cinque giorni dall'inizio della prestazione come disposto dall'art. 19, comma 4. Deve, inoltre, essere richiamato nell'atto scritto, ai sensi dell'art. 24, comma 5, d. lgs. n. 81/2015, il diritto di precedenza del lavoratore nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni previste nel ctd.

Alla verifica del termine minimo ai fini del rispetto del requisito formale corrisponde la verifica del rispetto del termine massimo: vale a dire il non superamento dei ventiquattro mesi (art. 19, comma 1, d. lgs. n. 81/2015). Il ctd non può, infatti, superare detto termine sia che si tratti di prima stipula sia in caso di rinnovo o proroga. Di guisa che la Commissione, ai sensi dell'art. 19, comma 2, d. lgs. n. 81/2015, procede, in sede di audizione del lavoratore, alla verifica di precedenti rapporti di lavoro sia a termine che in somministrazione di lavoro per le medesime mansioni cui il contratto è concluso o sarà concluso tra le stesse parti. Non procederà, dunque, alla certificazione del contratto qualora il termine massimo sia superato, salvo solo che al rapporto sia applicabile un termine massimo superiore previsto dal contratto collettivo applicato ovvero in caso di attività stagionale come risultante dal d.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525 ovvero dalla definizione del contratto collettivo applicato al rapporto, la cui corrispondenza la Commissione provvede ad accertare.

L'art. 19, comma 3, d. lgs. n. 81/2015 prevede la possibilità per le parti della stipula di un ulteriore contratto a tempo determinato, eccedente il limite massimo dei ventiquattro mesi e della durata massima di dodici mesi, presso l'ispettorato territoriale del lavoro (ITL) competente per territorio. Occorre notare che la certificazione di tale contratto può essere richiesta alla Commissione la quale verifica, preventivamente, l'avvenuta stipula presso l'ITL ai fini della legittimazione del superamento del termine legale massimo.

L'apposizione di un termine superiore a dodici mesi introduce nel ctd, sia in caso di prima stipula che di rinnovo o di proroga, un altro elemento: ossia la condizione che consente la stipula oltre tale termine. L'art. 19, comma 1, d. lgs. n. 81/2015 dispone, infatti, che «il contratto può avere una durata superiore solo in presenza di almeno una delle seguenti condizioni». Conseguentemente, il controllo della Commissione deve concen-

trarsi sul rispetto della condizione prescritta dalla legge; condizione che deve, inoltre, risultare dall'atto scritto già stipulato ovvero in corso di stipula sottoposto alla Commissione ai fini della certificazione.

2. Il rinvio ai contratti collettivi

L'art. 24, d.l. 4 maggio 2023, n. 48, convertito con modificazioni dalla l. 3 luglio 2023, n. 85, ha sostituito le causali introdotte dal d.l. 12 luglio 2018, n. 87 (c.d. decreto dignità), convertito dalla l. 9 agosto 2018, n. 96, introducendo nuove condizioni per la stipula ovvero il rinnovo o la proroga del contratto a termine oltre i dodici mesi.

La prima causale prevede il superamento di detto termine «nei casi previsti dai contratti collettivi di cui all'articolo 51». Il rinvio operato dal legislatore è, così, ai «contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e [a]i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria». La verifica che, dunque, opera la Commissione è sui soggetti che hanno stipulato il contratto collettivo al fine di accertarne la maggiore rappresentatività comparativa sul piano nazionale⁴ e, quindi, la legittimazione a dettare i casi di stipula del ctd oltre il dodicesimo mese.

Occorre constatare che, ad oggi per quanto consta, ha esercitato il rinvio il CCNL Terziario, distribuzione e servizi Confcommercio che, con l'ipotesi di accordo del 22 marzo 2024, ha previsto, all'art. 71-*bis*, le causali di assunzione con contratto a tempo determinato. In particolare, sono previsti nove casi di stipula ovvero proroga ovvero rinnovo di ctd oltre il dodicesimo ed entro il ventiquattresimo mese: saldi, fiere, festività natalizie,

⁴ Secondo gli indici elaborati dalla giurisprudenza: significativa consistenza numerica, diffusione territoriale, numero dei contratti collettivi nazionali sottoscritti, partecipazione effettiva alle relazioni industriali. V., *ex multis*, Cass., sez. II civile, 3 novembre 1976, n. 3993, in *FI*, 1977, 423; Cass. 21 febbraio 1984, n. 256, in *FI*, 1985, 551; Cass. 24 febbraio 1990, n. 1403, in *FI*, 1991, 877. Più recentemente, v. TAR Roma, (Lazio) sez. I, 08 febbraio 2018, n. 1522, in *RIDL*, 2018, 327, che precisa (§ 3 della motivazione): «la [...] definizione [...] di associazioni “comparativamente più rappresentative” presuppone, diversamente dal concetto di “maggiore rappresentatività”, una selezione delle associazioni sindacali, sulla base di una valutazione comparativa della effettiva capacità di rappresentanza di ciascuna di esse. E ciò al fine di commisurare il godimento di determinate prerogative alla effettiva capacità rappresentativa delle organizzazioni soggette al giudizio comparativo».

festività pasquali, riduzione impatto ambientale, terziario avanzato, digitalizzazione, nuove aperture ed incremento temporaneo. Ognuna di tali causali viene specificata quanto alle tempistiche ovvero alla durata del contratto ovvero alle mansioni in cui impiegare il lavoratore. Il contratto prevede, inoltre, la possibilità dell'individuazione di ulteriori causali da parte della contrattazione di secondo livello così come la possibilità di individuare manifestazioni/fiere/eventi rilevanti per il contesto territoriale in cui trova applicazione il contratto da giustificare l'assunzione mediante ctd dei lavoratori interessati dallo svolgimento di tali attività tra i sette giorni precedenti ed i sette giorni successivi alle stesse.

Stante la delega aperta della legge alla contrattazione collettiva, il controllo che la Commissione può svolgere è quello di accertare che il caso indicato nella stipula ovvero nella proroga o nel rinnovo corrisponda alla lettera di quello del contratto collettivo e, inoltre, in sede di audizione la stessa ascolta il datore di lavoro circa la ricorrenza di tale caso nel proprio contesto produttivo. A tal fine, la Commissione può richiedere al datore di produrre della documentazione a supporto delle proprie affermazioni.

Inoltre, l'audizione anche del lavoratore sul punto funzionerà da verifica di quella del datore in caso di proroga o rinnovo, mentre non appare rilevante in occasione della prima stipula non conoscendo lo stesso il contesto produttivo in cui si inserisce la propria prestazione.

La Commissione basa, dunque, il proprio controllo alla luce delle audizioni delle parti e della documentazione prodotta, non avendo ulteriori poteri istruttori quali quelli giudiziari in caso di contenzioso.

Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con la circolare n. 9 del 9 ottobre 2023 ha affermato che «nel caso in cui nei contratti collettivi sopra citati siano presenti causali introdotte in attuazione del regime di cui al previgente articolo 19, comma 1, lettera b-*bis*) – quest'ultima inserita dall'articolo 41-*bis*, introdotto dalla l. di conversione 23 luglio 2021, n. 106 del d.l. 25 maggio 2021, n. 73, –, data la sostanziale identità di tale previsione con le *specifiche esigenze previste dai contratti collettivi di cui all'articolo 51* di cui al nuovo articolo 19, comma 1, lett. a), si ritiene che le suddette condizioni potranno continuare a essere utilizzate per il periodo di vigenza del contratto collettivo». Occorre notare che così interpretando si svilisce il dato letterale della nuova norma ravvisando un'identità con la precedente alla stessa, invece, del tutto sconosciuta. L'art. 19, comma 1, lett. b-*bis*) parlava, infatti, di «specifiche esigenze» che potevano essere previste dai contratti collettivi al fine di superare il limite dei dodici mesi; l'attuale lett. a) del medesimo articolo dispone il superamento del termine «nei casi previsti

dai contratti collettivi» e, dunque, una formula più ampia rispetto alla precedente. Con la conseguenza che non può sussistere identità per delle formulazioni del tutto differenti operate dal legislatore.

3. Il rinvio ai contratti collettivi già vigenti ed alla autonomia individuale

La seconda causale introdotta dall'art. 24, d.l. n. 48/2023 ha un'efficacia temporale limitata ed introduce, quindi, un regime transitorio in attesa dell'intervento dei contratti collettivi previsto dalla su illustrata lett. a). La lett. b) dell'art. 19, comma 1, d. lgs. n. 81/2015, oggi vigente, dispone, infatti, che «in assenza delle previsioni di cui alla lettera a), nei contratti collettivi applicati in azienda, e comunque entro il 31 dicembre 2024⁵, per esigenze di natura tecnica, organizzativa o produttiva individuate dalle parti».

In questo caso, la Commissione è chiamata ad un controllo per fasi. Innanzitutto, deve accertare che al ctd non sia applicato un contratto collettivo di cui all'art. 51, d. lgs. n. 81/2015 che abbia esercitato il rinvio di cui alla lett. a) dell'art. 19, d. lgs. n. 81/2015 nel testo oggi vigente poiché, in tal caso, la lett. b) del medesimo articolo non può operare.

In secondo luogo, la Commissione accerta se la condizione indicata nel contratto sia ravvisabile nel contratto collettivo applicato in azienda, sempre rientrante nell'ambito della definizione dell'art. 51, d. lgs. n. 81/2015, che regola il rapporto. Ora, il controllo sulla clausola di tale contratto è, innanzitutto, temporale poiché la clausola deve essere intervenuta successivamente al 25 luglio 2021, data in cui è entrato in vigore l'art. 41-*bis*, d.l. n. 73/2021, che consentiva – prima della recente novella (d.l. n. 48/2023) e dunque fino al 4 maggio 2023, essendo la stessa entrata in vigore il 5 maggio 2023 – ai contratti collettivi di cui all'art. 51, d. lgs. n. 81/2015 di prevedere «specifiche esigenze» in cui superare il termine dei dodici mesi (Maresca, 2021, 3 ss.; Verzaro, 2021, 709 ss.). Non a caso la norma parla oggi di «contratti collettivi applicati in azienda» e, dunque, valorizzando il participio passato «applicati», gli stessi non possono che essere quelli intervenuti a seguito della novella del 2021. Tali clausole mantengono, quindi, efficacia fino al 31 dicembre 2024, salvo che non intervengano

⁵ Termine prorogato dall'art. 18, comma 4-*bis*, d.l. 30 dicembre 2023, n. 215, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 febbraio 2024, n. 18.

prima i nuovi contratti.

Sul punto, occorre rilevare che il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, sempre con la circolare n. 9 del 9 ottobre 2023, ha fornito una diversa interpretazione della norma ritenendo che la stessa si collochi «in un'ottica di valorizzazione della contrattazione di prossimità». Peccato che così interpretando, non si comprenderebbe il senso della disposizione: divenendo la stessa una mera *replica* della su esaminata lett. a) che, come visto, ha previsto la possibilità di intervento dei «contratti collettivi di cui all'articolo 51» e, dunque, anche dei «contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro [delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, *nda*] rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria». Di guisa che se la lett. b) volesse valorizzare «la contrattazione di prossimità», come afferma il Ministero, significherebbe introdurre una “gerarchia preferenziale” all'interno del rinvio legale che esula dall'art. 51, d. lgs. n. 81/2015.

Deve, inoltre, valorizzarsi il dato letterale considerato che la lett. b) parla di «contratti collettivi applicati in azienda» e *non* di «contrattazione di prossimità». Sicché il riferimento a quest'ultima fuoriesce dal campo della definizione dell'art. 51, d. lgs. n. 81/2015 e rientra, invece, in quello dell'art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148⁶. Confermando, dunque, l'assoluta estraneità di detta interpretazione alla norma vigente dell'art. 19, comma 1, lett. b), d. lgs. n. 81/2015.

Anche in questo caso, la Commissione procede a verificare la corrispondenza della causale indicata con quella prevista dal contratto collettivo e, in sede di audizione, ad ascoltare il datore, anche mediante richiesta di produzione documentale, circa il ricorrere, qui, della specifica esigenza indicata.

Qualora il contratto collettivo applicato in azienda non abbia esercitato

⁶ Esposito M., *La causalizzazione negoziata del contratto a tempo determinato: spunti ermeneutici a margine del c.d. “Decreto Legge Lavoro”*, in *Federalismi.it*, 2023, 107-108, prospetta un'ulteriore lettura della norma, auspicandone nel tempo in cui scrive una correzione in sede di conversione del decreto, nel senso che «il legislatore – effettivamente per ribadire la prevalenza della fonte eteronoma collettiva – abbia voluto rimarcare un ampio ventaglio di opportunità, tale per cui il rinvio agli accordi *ex* art. 51, rafforzato dalla specificazione sull'applicazione in azienda, potrebbe legittimare rinvii e/o adesioni a contratti collettivi applicabili non per appartenenza categoriale o territoriale, o per diretta stipulazione, ma anche solo per un'adesione spontanea da parte dell'azienda e, quindi, per una circostanza applicativa frutto di una logica inclusiva di ordine fattuale».

il rinvio dell'art. 41-*bis*, d.l. n. 73/2021, l'art. 19, comma 1, lett. b), d. lgs. n. 81/2015 consente, sempre in assenza delle previsioni di cui alla lett. a) ed entro il 31 dicembre 2024, all'autonomia individuale di indicare l'esigenza di natura tecnica, organizzativa o produttiva per il superamento del termine del dodicesimo mese. Orbene il campo di intervento dell'autonomia individuale è sicuramente ampio, ma comunque resta circoscritto alle esigenze dell'impresa⁷.

Tuttavia, tali esigenze non possono avere le medesime caratteristiche individuate dalla copiosa giurisprudenza⁸ che si sviluppò sulla base del similare disposto dell'art. 1, comma 1, d. lgs. 6 settembre 2001, n. 368⁹. Anche lì, infatti, il legislatore impiegò la formula di «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», ma il contesto normativo in cui tale intervento si inseriva era del tutto diverso rispetto all'attuale. Nel dare attuazione alla direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES, il legislatore del 2001, infatti, aveva inteso, al fine di prevenzione dell'abuso, introdurre una sola – delle possibili tre – misura di quelle previste dalla clausola 5, § 1, dell'Accordo quadro allegato alla direttiva. Clausola che dispone l'introduzione da parte degli Stati di «una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti». Di guisa che l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza, tra cui l'ontologica temporaneità della ragione, si inseriva in un quadro normativo che prevedeva il solo limite delle ragioni obiettive. L'attuale sistema, invece, dispone la ricorrenza di tutte e tre le misure previste dalla normativa europea, essendo previsto: un termine massimo (24 mesi), condizioni giustificatrici per il superamento del dodicesimo mese e limiti numerici alle proroghe così come al numero dei lavoratori a termine impiegati nell'impresa.

Ecco, allora, che le esigenze di natura tecnica, organizzativa o produttiva individuate dalle parti devono essere interpretate alla luce del vigente contesto normativo, a mio avviso, ben più vincolante di quello del 2001. La Commissione, dunque, valuta l'esigenza indicata dalle parti nel contratto

⁷ Anche alla luce dell'art. 2086 c.c. come evidenziano Garofalo D., Tiraboschi M., *L'andirivieni legislativo sul contratto di lavoro a termine*, in *LG*, 2023, 782.

⁸ *Ex multis* Cass. 18 aprile 2011, n. 8836, in *LG*, 2011, 739; Cass. 11 maggio 2011, n. 10346, in *LG*, 2011, 737.

⁹ Prospettano, invece, tale soluzione Garofalo D., Tiraboschi M., 2023, *ibidem*.

e ne vaglia la sussistenza tramite l'audizione delle stesse così come la causalità tra l'esigenza e l'assunzione a termine ovvero il rinnovo o la proroga dopo il dodicesimo mese del contratto del lavoratore.

4. La sostituzione di altri lavoratori

L'art. 19, comma 1, lett. b-*bis*), d. lgs. n. 81/2015, come introdotta dall'art. 24, d.l. n. 48/2023, consente il superamento del termine dei dodici mesi per la stipula ovvero la proroga ovvero il rinnovo di un contratto a termine «in sostituzione di altri lavoratori». La formula è simile alla precedente inserita dall'art. 1, comma 1, d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2018, n. 96, anche se quest'ultima appariva più stringente recitando «esigenze di sostituzione di altri lavoratori». Orbene, se prima doveva sussistere un'esigenza cui doveva collegarsi la sostituzione temporanea di un lavoratore e, dunque, la possibilità di assunzione ovvero proroga oltre i dodici mesi di un lavoratore a termine, oggi non sembra, almeno da un punto di vista letterale, più necessaria la stessa.

E tuttavia appare difficile, pur nella nuova formulazione, escludere una causalità tra l'assenza di altri lavoratori e la stipula ovvero il rinnovo ovvero la proroga del contratto a termine potendo lo stesso superare i dodici mesi solo in presenza di tale condizione. Sicché, anche se il dato letterale della norma non nomina più l'esigenza, si ritiene che la stessa debba sussistere egualmente non verificandosi, altrimenti, la condizione – prevista dall'art. 19, comma 1, d. lgs. n. 81/2015 – che legittima il superamento della durata dei dodici mesi.

Occorre, inoltre, notare che in assenza di intervento dei contratti collettivi *ex* lett. a) ovvero scaduto il termine del 31 dicembre 2024 per le condizioni *ex* lett. b), salvo proroga da parte dell'Esecutivo, la causale della lett. b-*bis*) rimarrebbe l'unica percorribile al fine del superamento dei dodici mesi.

Qualora sia impiegata tale casuale, la Commissione procede a verificare, nell'audizione del datore, che l'assunzione ovvero la proroga ovvero il rinnovo sia connesso alla sostituzione di altro lavoratore impiegato nell'unità produttiva in cui inserire ovvero è inserito il dipendente a termine.

5. Le verifiche sui divieti

Ai sensi dell'art. 20, comma 1, d. lgs. n. 81/2015, la Commissione verifica che la stipula del ctd non avvenga ovvero sia avvenuta in sostituzione di lavoratori in sciopero ovvero nelle unità produttive nelle quali si sia proceduto, nei sei mesi precedenti, al licenziamento collettivo di lavoratori adibiti alle medesime mansioni cui si riferisce il ctd, salvo la sostituzione di lavoratori assenti ovvero l'assunzione di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità ovvero che il ctd abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi.

La Commissione verifica, altresì, che la stipula non avvenga o non sia avvenuta presso unità produttive in cui operi una sospensione o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione guadagni per lavoratori adibiti alle medesime mansioni cui si riferisce il ctd. Inoltre, verifica che il datore di lavoro abbia effettuato la valutazione dei rischi.

Tali riscontri vengono assunti dalla Commissione mediante richiesta di documentazione all'impresa datrice di lavoro ovvero in sede di audizione delle parti.

Similmente, procede la Commissione in ottemperanza ai limiti numerici dell'art. 23, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: vale a dire la verifica che la stipula del ctd, salva diversa disposizione del contratto collettivo applicato, non determini il superamento della misura massima del 20 per cento dei lavoratori a tempo determinato rispetto al numero di lavoratori assunti a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione.

L'esenzione dal predetto limite numerico, ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 23 d. lgs. n. 81/2015, in relazione al ctd di cui si chiede la certificazione deve essere specificata dal datore di lavoro alla Commissione e suffragata da idonea documentazione.

6. Proroghe e rinnovi

Per la certificazione di accordo di proroga ovvero di rinnovo di un ctd, la Commissione procede nel rispetto del disposto dell'art. 21, d. lgs. n. 81/2015. Conseguentemente, occorre, innanzitutto, valutare se il rinnovo o la proroga avviene per un ctd inferiore a dodici mesi poiché, in tal caso, non occorre la presenza di una delle condizioni di cui all'art. 19, comma 1, d. lgs. n. 81/2015. Qualora, invece, si vada oltre tale termine, la Commissione valuterà anche la presenza della causale indicata dalle parti nell'accordo di proroga ovvero di rinnovo.

Se il ctd ha ad oggetto un'attività stagionale (Maraga, 2021; Montecrossi, 2022, 397 ss.), il superamento del termine dei dodici mesi non richiede l'apposizione di causale (art. 21, comma 01, d. lgs. n. 81/2015). In questa ipotesi, la Commissione verifica che l'attività contenuta nel ctd rientri tra quelle stagionali previste dal contratto collettivo applicato al rapporto ovvero tra quelle indicate nel d.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525.

L'art. 21, comma 1, d. lgs. n. 81/2015 sancisce, poi, un numero massimo di quattro proroghe per il ctd nell'arco del periodo massimo di ventiquattro mesi; di guisa che la Commissione controlla, tramite audizione delle parti ovvero richiesta documentale concernente il medesimo rapporto, che non sia stato superato tale limite numerico stante, altrimenti, la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato dalla quinta proroga e la conseguente improcedibilità a certificare la stessa.

7. Trattamento economico e normativo

Per quanto concerne il contenuto del ctd, ferma l'autonomia contrattuale delle parti, la Commissione, ai sensi dell'art. 25, comma 1, d. lgs. n. 81/2015, accerta, ai fini della certificazione, che il trattamento economico e normativo applicato al lavoratore sia il medesimo, in proporzione al periodo di lavoro prestato, di quello che l'impresa corrisponde ai lavoratori con contratto a tempo indeterminato per il medesimo livello di inquadramento previsto dal contratto collettivo applicato.

Al fine di tale accertamento, la Commissione verifica le mansioni per le quali il lavoratore a termine è stato assunto ed il loro inquadramento nei livelli di classificazione previsti dal contratto collettivo applicato, nonché il corrispondente trattamento economico. La parità di trattamento è, altresì, misurata in relazione ai trattamenti ulteriori rispetto alla paga base riconosciuti dal contratto collettivo, fermo l'eventuale riproporzionamento vista la durata del ctd.

Riferimenti bibliografici

- Esposito M. (2023), *La causalizzazione negoziata del contratto a tempo determinato: spunti ermeneutici a margine del c.d. "Decreto Legge Lavoro"*, in *Federalismi.it*, 103 ss.
- Garofalo D., Tiraboschi M. (2023), *L'andirivieni legislativo sul contratto di lavoro a termine*, in *LG*, 769 ss.
- Maraga R. (2021), *Il contratto di lavoro stagionale tra legge e contrattazione collettiva*, Milano, Giuffrè.
- Maresca A. (2021). *Il contratto a termine nella fase post pandemica: archiviato o arricchito il Decreto Dignità? (prime osservazioni sull'art. 41-bis, l. n. 106/2021)*, in *Labor*, 27 luglio, 3 ss.
- Monterossi L. (2022), voce *Stagionalità (nel rapporto di lavoro)*, in *Digesto delle Discipline privatistiche*, Milano, Wolters Kluwer, 397 ss.
- Verzaro M. (2021), *Prime impressioni sul nuovo art. 19, commi 1 e 1.1, d. lgs. n. 81/2015: dulcis aut acer in fundo?*, in *MGL*, 709 ss.

Capitolo 13

La certificazione dei contratti part-time

Matteo Verzaro

SOMMARIO

1. Gli elementi del contratto di lavoro a tempo parziale – 2. Lavoro supplementare e lavoro straordinario – 3. Clausole elastiche previste dal contratto collettivo – 4. Trattamento del lavoratore – 5. Patto di trasformazione del rapporto

1. Gli elementi del contratto di lavoro a tempo parziale

La procedura di certificazione del contratto di lavoro a tempo parziale (*part-time*) si svolge, su istanza delle parti, nel fine della deflazione del contenzioso in materia di lavoro¹ attraverso la verifica, da parte degli organi di certificazione², e tra questi la Commissione di certificazione della Università degli Studi Roma Tre³, della conformità della volontà contrattuale al disposto normativo.

È, dunque, compito della Commissione accertare che il contenuto del documento contrattuale, prodotto a seguito dell'istanza, sia in linea con la normativa in tema di lavoro a tempo parziale contenuta negli artt. 4-12, d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

Occorre, dapprima, definire gli elementi che costituiscono la fattispecie del contratto, costituendo questi il primo dato per riscontrare la corretta tipologia di rapporto costituito o costituendo tra le parti. L'art. 4, comma 1, d. lgs. n. 81/2015 qualifica il contratto *part-time* nel tipo legale del lavoro subordinato *ex* art. 2094 c.c.; di guisa che la Commissione deve riscontrare all'interno del regolamento contrattuale gli elementi che definiscono tale tipo contrattuale: dipendenza ed etero-direzione. Se il contratto non ha ancora avuto principio di esecuzione, il controllo può avvenire, da parte della Commissione, solamente "sulla carta", non avendo la stessa possibilità di

¹ Cfr. art. 75, comma 1, d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

² V. art. 76, comma 1, d. lgs. n. 276/2003.

³ Nel prosieguo indicata come "Commissione".

indagine successiva sull'effettivo svolgersi in via subordinata del rapporto di lavoro (Ciucciovino, 2016). Tuttavia, in tal caso, il comportamento difforme delle parti vanificherebbe gli effetti della certificazione. Se il contratto, invece, ha avuto principio di esecuzione, l'accertamento del tipo legale può essere utilmente condotto, da parte della Commissione, non solo sulla base del testo contrattuale, bensì anche attraverso l'audizione delle parti, che verterebbe, quindi, sulla prestazione già svolta.

L'altro elemento, ricavabile *a contrario* dall'art. 4, comma 1, d. lgs. n. 81/2015 ed identificativo della fattispecie in esame, è il tempo parziale della prestazione lavorativa dedotta in contratto. Tale "quantificazione" viene indicata tramite il riferimento al tempo pieno della prestazione lavorativa *ex* art. 3, d. lgs. 8 aprile 2003, n. 66, secondo cui: «l'orario normale di lavoro è fissato in 40 ore settimanali» ovvero l'orario minore o multiperiodale stabilito dal contratto collettivo applicato al rapporto. Il controllo che, dunque, la Commissione effettua è se la prestazione di lavoro subordinato dedotta in contratto abbia una durata inferiore a tale orario. Ogni prestazione inferiore a tale limite costituisce un contratto di lavoro a tempo parziale.

Considerata l'assoluta importanza di tale requisito⁴, essenziale ai fini della qualificazione della tipologia contrattuale, il legislatore ha prescritto che il contratto *part-time* deve essere stipulato in forma scritta ai fini della prova (art. 5, comma 1, d. lgs. n. 81/2015); specificando che occorre la puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno (art. 5, comma 2, d. lgs. n. 81/2015)⁵.

Il controllo sulla forma scritta, per quanto possa ritenersi assolta dalla produzione del contratto ai fini della certificazione, viene svolto dalla Commissione per il tramite del riscontro di quanto indicato dal comma 2 dell'art. 5, d. lgs. n. 81/2015. La forma *ad probationem* deve, infatti, dar conto della durata parziale della prestazione lavorativa, vale a dire per un tempo inferiore rispetto a quello normale, e della sua collocazione temporale. Su quest'ultimo aspetto, la novella del 2015 ha superato la tripartizione tra *part-time* verticale, orizzontale e misto, ma ciò può essere comunque previsto dalla volontà delle parti. La Commissione, in questo caso, certifica il tempo parziale della prestazione e l'articolazione temporale della sua collocazione nella forma delineata dalle parti (verticale, orizzontale e misto ovvero per

⁴ V. Cass. 24 giugno 2020, n. 12502, in *De Jure*.

⁵ V. Trib. Frosinone 20 aprile 2021, n. 351, in *De Jure*; Cass. 29 aprile 2024, n. 11333, in www.cortedicassazione.it.

turni programmati articolati su fasce orarie prestabilite *ex art.* 5, comma 3, d. lgs. n. 81/2015), accertando così la conformità del contenuto del contratto a quanto prescritto dalla legge.

2. Lavoro supplementare e lavoro straordinario

La disciplina del contratto di lavoro a tempo parziale può, però, essere arricchita dalle parti, sulla traccia della legge, con ulteriori previsioni oltre a quelle costituenti gli elementi della fattispecie.

In particolare, l'art. 6, comma 1, d. lgs. n. 81/2015 dispone, nel rispetto di quanto previsto nei contratti collettivi di cui all'art. 51, d. lgs. n. 81/2015⁶, la facoltà del datore di lavoro di richiedere lo svolgimento di prestazioni supplementari: vale a dire prestazioni che si svolgano oltre l'orario parziale concordato dalle parti ed entro il limite dell'orario normale.

In questo caso, il contratto prodotto dalle parti per la certificazione ad opera della Commissione potrebbe far riferimento, tramite la clausola di rinvio, al solo contratto collettivo applicabile al rapporto. Sicché, la Commissione si limita ad accertare il rinvio ai fini di quanto espressamente disciplinato nel contratto ovvero di quanto dichiarato dalle parti in sede di audizione. Se nello stesso non si fa riferimento al lavoro supplementare ovvero se nel corso dell'audizione emerge che per il contratto, qualora abbia avuto principio di esecuzione, non è stato richiesto lo svolgimento di prestazioni supplementari, la Commissione non può, nel provvedimento di certificazione, fare alcun cenno in merito a tale aspetto.

Può, però, intervenire sul punto se c'è stata espressa richiesta delle parti in sede di istanza di certificazione e, dunque, verificare l'idoneità del contratto collettivo, cui ci si riferisce, a soddisfare il rinvio dell'art. 6, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: vale a dire se è un contratto collettivo che rientri nella definizione dell'art. 51 d. lgs. n. 81/2015 (D'Addio, Tiraboschi, 2017, 883 ss.). Esperita tale verifica, la Commissione accerta, quindi, la presenza nel contratto collettivo della disciplina del lavoro supplementare per il contratto *part-time* (Santucci, 2018, 26).

Nell'eventualità che tale controllo produca un esito negativo, la Com-

⁶ «Contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria».

missione accerta la mancanza della disciplina contrattuale-collettiva sul lavoro supplementare e ne rinvia, quindi, la regolazione a quanto disposto dall'art. 6, comma 2, d. lgs. n. 81/2015⁷.

Naturalmente, in sede di audizione, la Commissione può constatare, anche, la violazione dei limiti posti alle prestazioni di lavoro supplementare⁸, riscontrando, così, una condizione di non procedibilità per la certificazione.

Per quanto concerne il lavoro straordinario, l'art. 6, comma 3, d. lgs. n. 81/2015 ne consente la realizzazione, nell'ambito del rapporto *part-time*, secondo la disciplina generale dell'art. 5, d. lgs. n. 66/2003. Si è, dunque, nell'ambito della prestazione lavorativa oltre l'orario normale *ex* art. 3, d. lgs. n. 66/2003 e che, nel caso del lavoro a tempo parziale, si pone oltre il lavoro supplementare. Si può, quindi, avere una prestazione articolata su tre intervalli temporali, così, scanditi: 1) prestazione di lavoro a tempo parziale; 2) prestazione di lavoro supplementare (fino al raggiungimento dell'orario normale); 3) prestazione di lavoro straordinario (oltre l'orario normale).

Anche in quest'ultimo caso, la Commissione, se emerge dal contenuto del contratto ovvero dalle dichiarazioni rilasciate dalle parti in corso di audizione, può riscontrarne la conformità alla disciplina del contratto collettivo applicabile al rapporto⁹ ed accertarne, quindi, la conseguente applicazione allo stesso anche per quanto concerne il lavoro straordinario. In assenza di regolazione da parte del contratto collettivo, trovano applicazione i commi 3, 4 e 5 dell'art. 5, d. lgs. n. 66/2003. In quest'ultima ipotesi, è richiesto uno specifico accordo (contenuto magari in una clausola del contratto *part-time* di cui è stata richiesta la certificazione) tra datore di lavoro e lavoratore a tempo parziale che deve naturalmente emergere dal documento prodotto d'innanzi alla Commissione e del quale ne viene verificata la conformità alla disciplina di legge dianzi richiamata.

Qualora, non vi siano evidenze né nei contenuti del contratto prodotto

⁷ Limite del 25% delle ore di lavoro settimanali concordate; rifiuto giustificato del lavoratore; maggiorazione del 15% della retribuzione oraria globale di fatto.

⁸ V. Trib. Torino 24 agosto 2020, n. 703, in *De Jure*, che ha sancito la novazione, per fatti concludenti, del contratto di lavoro *part-time* di 15 ore settimanali in contratto *part-time* di 25 ore settimanali, a seguito della corresponsione da parte del datore di lavoro della maggiorazione contrattualmente dovuta per lavoro supplementare solamente a partire dalla ventesicesima ora.

⁹ In questo caso, può essere anche un contratto collettivo che non rientri nella definizione dell'art. 51, d. lgs. n. 81/2015, poiché il d. lgs. n. 66/2003 non rinvia a tale norma.

dalle parti né in corso di audizione, la Commissione non interviene riguardo alla disciplina del lavoro straordinario applicabile al rapporto, salva l'omni-comprendensiva certificazione della clausola di rinvio al contratto collettivo (qualora, per quanto qui interessa, lo stesso disciplini anche il lavoro straordinario) contenuta nel documento contrattuale.

3. Clausole elastiche previste dal contratto collettivo

Il contratto di lavoro a tempo parziale di cui viene richiesta la certificazione può presentare al suo interno alcune clausole elastiche. In questo caso, l'intervento della Commissione è successivo al formarsi della volontà contrattuale delle parti poiché si è nell'ipotesi disciplinata dall'art. 6, comma 4, d. lgs. n. 81/2015¹⁰.

La pattuizione delle clausole elastiche all'interno del contratto *part-time* avviene, infatti, «nel rispetto di quanto previsto dai contratti collettivi»: di guisa che l'autonomia individuale deve rigidamente attenersi alla disciplina degli stessi. La Commissione verifica, così, la corrispondenza tra il voluto del contratto, che è chiamata a certificare, e le previsioni in materia del contratto collettivo applicato al rapporto¹¹.

Le clausole elastiche possono concernere sia la variazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa sia la variazione in aumento della sua durata. Nel primo caso, viene attribuito al datore di lavoro, con le modalità ed i limiti posti dal contratto collettivo, il potere di variare la collocazione temporale della prestazione lavorativa a tempo parziale originariamente concordata tra le parti. Nel secondo caso, invece, la clausola consente al datore di lavoro di aumentare la durata della prestazione a tempo parziale entro il limite dell'orario normale di lavoro.

Si è, qui, di fronte ad una prestazione che può qualificarsi come supplementare rispetto a quella originariamente concordata tra le parti. A differenza, però, della già descritta disciplina dell'art. 6, commi 1 e 2, d. lgs. n. 81/2015 ove è necessario di volta in volta il consenso del lavoratore per lo svolgimento del lavoro supplementare, in questo caso il consenso è espresso dal *part-timer* una sola volta per il tramite dell'accordo sulla clausola elastica.

¹⁰ Per quanto riguarda, invece, l'ipotesi di negoziazione di clausole elastiche in assenza di previsione da parte del contratto collettivo applicato al rapporto, v. *infra* capitolo 30.

¹¹ Anche, qui, contratto collettivo che rientra nella definizione di cui all'art. 51, d. lgs. n. 81/2015.

Sicché, in presenza della stessa nel regolamento contrattuale, il datore di lavoro non deve chiedere ogni volta il consenso del lavoratore per la variazione in aumento della durata temporale della prestazione lavorativa.

Sia che la clausola elastica concerna la variazione della collocazione temporale sia che concerna l'aumento della durata della prestazione, l'art. 6, comma 5, d. lgs. n. 81/2015 statuisce il diritto del lavoratore ad un preavviso di due giorni lavorativi, salvo diverse intese tra le parti. La Commissione può, così, accertare, all'interno della clausola elastica dedotta in contratto, il termine di preavviso previsto dai contraenti; termine che può essere sia quello contemplato dalla legge ovvero dal contratto collettivo sia quello più ampio concordato dalle parti. Non è da escludere, però, che l'espressione «fatte salve le diverse intese tra le parti» possa consentire anche una deroga *in peius* dell'arco temporale del preavviso, visto che regola generale per l'autonomia individuale è quella della derogabilità unidirezionale *in melius* e, dunque, la specificazione inserita dal legislatore assume, a mio avviso, un significato ulteriore. Consentendo, così, la possibilità di un'intesa anche più restrittiva del preavviso (Santucci, 2018, 30).

Inoltre, in presenza di clausola elastica, il *part-timer* ha diritto a specifiche compensazioni, nella misura ovvero nelle forme determinate dai contratti collettivi. Anche in questa circostanza, dunque, la Commissione può verificare, all'interno della clausola elastica, il mero rinvio alla disciplina prevista dal contratto collettivo applicato al rapporto ovvero, in caso di regolazione espressa, la corrispondenza tra il voluto delle parti e il disposto del contratto collettivo. In caso di discordanza, la Commissione, al fine della certificazione del contratto ovvero della clausola elastica, richiede alle parti la modifica della stessa secondo la disciplina prevista dal contratto collettivo.

4. Trattamento del lavoratore

L'art. 7, d. lgs. n. 81/2015 riconosce al prestatore di lavoro a tempo parziale il diritto ad un trattamento non meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno di pari inquadramento (comma 1), nonché i medesimi diritti di un lavoratore a tempo pieno comparabile¹², con una riproporzione del trattamento economico e normativo in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa.

¹² V. Cass. 9 marzo 2017, n. 6087, in *D&G*, 10 marzo 2017.

In relazione a tali aspetti, la Commissione, sulla base del testo contrattuale, può accertare la presenza nello stesso dell'indicazione del livello di inquadramento e, presumibilmente¹³, della relativa mansione, categoria legale e trattamento economico e normativo applicato, sulla base del contratto collettivo, al prestatore di lavoro a tempo parziale. Qualora il contratto non abbia avuto principio di esecuzione, il controllo della Commissione non può spingersi oltre; qualora, invece, il contratto abbia avuto principio di esecuzione e dall'audizione delle parti dovessero emergere delle discrasie tra il trattamento indicato e quello realmente corrisposto, allora la Commissione rileva la non conformità della clausola rispetto alla situazione reale e, pertanto, dichiara il contratto non certificabile.

Resta salva l'azione del lavoratore per la richiesta delle differenze retributive e del risarcimento del danno per le prestazioni rese a fronte di un trattamento economico e normativo inferiore a quello dovuto.

Per quanto concerne il giudizio di comparabilità tra *part-timer* e lavoratore a tempo pieno¹⁴, la Commissione, sulla base del contratto collettivo applicato al rapporto, verifica, dapprima, il trattamento riconosciuto al lavoratore a tempo pieno di pari inquadramento e, poi, la sua riproporzione in base all'entità ridotta della prestazione resa dal lavoratore a tempo parziale. L'adeguamento proporzionale può essere indicato dal contratto collettivo e, quindi, ne basta la mera verifica di conformità rispetto a quanto previsto dal contratto individuale ovvero può essere calcolato dalla Commissione sulla base dell'orario di lavoro ridotto indicato dalle parti, naturalmente solo per gli istituti disciplinati dal contratto collettivo, escludendosi, quindi, eventuali trattamenti individuali.

I contratti collettivi possono modulare la durata dei periodi di prova, di preavviso in caso di licenziamento o dimissioni e di conservazione del posto di lavoro in caso di malattia ed infortunio in relazione all'articolazione dell'orario di lavoro (art. 7, comma 2, d. lgs. n. 81/2015). Sicché, qualora il contratto prodotto ai fini della certificazione contenga clausole inerenti questi aspetti, la Commissione ne verifica la conformità rispetto a quanto previsto nel contratto collettivo¹⁵ applicato al rapporto ed alla modulazione ivi prevista. Si noti che l'intervento del contratto collettivo non è obbligatorio («possono»), di guisa che qualora lo stesso mancasse, trovano appli-

¹³ Sul riferimento del legislatore al solo «inquadramento», v. Santucci R., *Il contratto di lavoro part-time tra Jobs Act (decreto legislativo n. 81/2015) e diritto giurisprudenziale*, in *DRI*, 38.

¹⁴ V. Corte App. Milano 27 febbraio 2019, n. 174, in *De Jure*.

¹⁵ Qui sempre rientrante nella definizione di cui all'art. 51, d. lgs. n. 81/2015.

cazione, anche al contratto *part-time*, i periodi ordinari dei suddetti istituti previsti per il lavoro a tempo pieno.

La Commissione, quindi, riscontra, se prevista, la conformità della clausola rispetto al disposto del contratto collettivo e, qualora questo non preveda la rimodulazione e la stessa sia operata dal contratto individuale, ne dichiara la nullità e, dunque, la non certificabilità poiché le parti individuali non hanno potere dispositivo in merito.

5. Patto di trasformazione del rapporto

Le parti possono presentare istanza di certificazione anche del patto attestante la trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale *ex art. 8, comma 2, d. lgs. n. 81/2015*. In questa ipotesi, la Commissione accerta la sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e la volontà delle stesse alla sua trasformazione a tempo parziale. Non si verifica, dunque, alcuna modifica inerente all'inquadramento del lavoratore, la cui prestazione rimane, così, la medesima, salvo la sua durata temporale che è ridotta rispetto all'orario normale.

Ora, la certificazione del patto di trasformazione del rapporto può essere indipendente da quella inerente il contratto *part-time*: di guisa che la Commissione attesta la presenza della forma scritta del patto, poiché qui la legge la richiede *ad substantiam*, e la volontà dei contraenti, risultante dal testo dell'accordo appunto, alla trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale.

Le parti possono, però, chiedere sia la certificazione del patto sia quella del relativo contratto di lavoro subordinato a tempo parziale che intendono stipulare o che, a seguito dell'accordo di trasformazione, hanno già stipulato. In questo caso, dunque, la Commissione, attesa la certificazione del patto di trasformazione, procede con la certificazione del contratto per il tramite degli accertamenti dianzi illustrati.

Riferimenti bibliografici

- Ciucciovino S. (2016), *Certificazione dei contratti di lavoro*, in *Treccani online*.
- D'Addio F., Tiraboschi M. (2017), *Part-time senza vincolo di orario minimo e sindacato comparativamente più rappresentativo*, in *DRI*, III, 882 ss.
- Santucci R. (2018), *Il contratto di lavoro part-time tra Jobs Act (decreto legislativo n. 81/2015) e diritto giurisprudenziale*, in *DRI*, 1 ss.

Capitolo 14

Rapporti organici e societari e certificazione dei contratti di lavoro

Maria Giovannone

SOMMARIO

1. Sulla natura del rapporto tra amministratore e società – 1.1. Premessa – 1.2. La teoria organica – 1.3. La teoria contrattualistica nelle sue diverse declinazioni – 2. L'orientamento della giurisprudenza di legittimità – 2.1. La Cassazione sposa la teoria organica – 2.2. Le ricadute applicative, oltre il nodo qualificatorio – 3. I chiarimenti dell'Inps e dell'Agenzia delle Entrate – 4. Quali prospettive per la certificazione?

1. Sulla natura del rapporto tra amministratore e società

1.1. Premessa

I riflessi lavoristici e previdenziali del rapporto giuridico intercorrente tra gli organi sociali, quali amministratori, presidenti e consiglieri delegati, e le società di persone e di capitali sono da tempo al centro di una *querelle* interpretativa (Greggio, Furian, 2017) affrontata, a più riprese e con esiti altalenanti, dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa. Il nodo da sciogliere riguarda, in primo luogo, la compatibilità tra la cosiddetta immedesimazione organica e la parallela instaurazione di un rapporto di lavoro – subordinato, autonomo puro o coordinato e continuativo – tra l'ente e l'organo gestorio. In secondo luogo, la possibilità di dedurre, quale oggetto di detto rapporto di lavoro, una prestazione consistente nell'espletamento delle tipiche funzioni gestorie di derivazione codicistica.

Il dibattito, nuovamente sollecitato da recenti pronunce della Corte di Cassazione¹, è stato tradizionalmente declinato, dalla dottrina lavoristica, civilistica e commerciale, in due principali direzioni: la teoria organica e la

¹ Prima con la sentenza a Sezioni Unite n. 1545 del 20 gennaio 2017 e la più recente pronuncia della Sezione Tributaria n. 36362 del 23 novembre 2021 (analizzate di seguito).

teoria contrattualistica (De Crescenzo, 2010, 727)².

1.2. La teoria organica

Stando al primo orientamento, tra società e organo gestorio non sarebbe da individuarsi un rapporto di natura contrattuale, posto che lo stesso organo risulta *ex se* necessario per l'operatività dell'ente e per la realizzazione del contratto sociale. Pertanto, sussiste un rapporto di immedesimazione organica in cui non si distinguono due diversi centri di interesse cui correlare diritti ed obblighi autonomi e contrapposti; infatti, ogni atto compiuto dall'organo gestorio è direttamente imputabile alla società e non è compiuto per conto della stessa (Frè, 1982; Ferri, 1971, 493; Galgano, 1996, 267; Ambrosini, 1998, 297; Campobasso, 1999, 343; Ferrara, Corsi, 1996, p. 550; Macrì, 1995, 635; Cameli, 2004, 2345; Mancuso, 2008).

Ne deriva che, ai fini del corretto svolgimento delle medesime funzioni gestorie, *ope legis* attribuite all'organo, non è necessario che le stesse siano ulteriormente conferite allo stesso per il tramite di un parallelo contratto di lavoro, essendo questi già immedesimato organicamente con l'ente e risultando necessario e sufficiente, a tal fine, il perfezionamento formale e sostanziale del conferimento della carica sociale. Anzi, il conferimento di detto ulteriore incarico, specie nella forma del contratto di lavoro subordinato, potrebbe rivelarsi addirittura vietato alla luce di una incompatibilità tra la necessaria libertà di determinazione degli organi gestori e la conseguente soggezione degli stessi ai poteri tipici *ex art.* 2094 c.c.

1.3. La teoria contrattualistica nelle sue diverse declinazioni

D'altra parte la teoria contrattualistica, nelle sue diverse declinazioni, sottolinea la necessaria instaurazione di un rapporto contrattuale tra società e organo che, pertanto, è la fonte regolatrice del rapporto, sussistendo due distinti centri d'interesse dimostrati dai vincoli che legano le parti (artt.

² Sul versante giurisprudenziale, sentenza a Cass. S.U. 20 gennaio 2017, n. 1545, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 2, 2017, con nota di S. Naimoli, *Il rapporto tra amministratore e società di capitali: la svolta "antilavorista" delle Sezioni Unite*, pp. 551-559; Cass. S.U. 20 gennaio 2017, n. 1545, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 5, 2017, con nota di P. Tosi, E. Puccetti, *Il rapporto tra società ed amministratori nel revirement delle Sezioni unite*, pp. 1160-1170; Cass. S.U. 20 gennaio 2017, n. 1545, in *Rivista di diritto processuale*, n. 3, 2017, con nota di A. Vincere, *Sull'inapplicabilità dei limiti di cui all'art. 545, comma 4, c.p.c. all'amministratore di società di capitali*, pp. 821-836; Cassazione Civile, Sez. III, 13 gennaio 2020, n. 345, in *il Lavoro nella Giurisprudenza*, n. 3, 2021, con nota di S. Rossi, *La natura del contratto con il direttore generale e l'azione di responsabilità*, pp. 267-277.

2390 e 2391 c.c.). Di conseguenza, seppur esistente, l'immedesimazione organica rileverebbe soltanto nei confronti dei terzi e per l'imputazione dell'atto in capo all'ente, piuttosto che alla persona fisica (Bano, 2003, 192; Falzea, 1960, 32).

A tal fine, molteplici sono state le fattispecie negoziali concretamente prese in esame, considerato che tale rapporto è stato in primo luogo ricondotto ad un negozio a sé stante sussumibile in una od un'altra tipologia contrattuale, di volta in volta individuata, in ragione del fatto che possono convivere al suo interno caratteristiche proprie tanto della subordinazione che dell'autonomia (Minervini, 1956, 383; Jaeger, Denozza, Toffoletto, 2006, 351).³ Come pure, sono state ravvisate le caratteristiche del mandato, secondo un'applicazione analogica delle relative norme e in assenza di statuizioni normative *ad hoc* (Santoro-Passarelli, 1945; Persiani, 1966; Galgano, 1984, 244; Caringella, Buffoni, 2013, 1666; De Santis, 2011, 14; Spada, 2010, 61. *Contra*, Cecchi, 1996, 10; Nogler, 1991, 787; Ferrara, Corsi, 504). Quest'ultima tesi, tuttavia, è risultata poco persuasiva soprattutto per i soggetti dotati della legale rappresentanza dell'ente (amministratori, presidenti) che non sono vincolati da istruzioni dell'organo assembleare, restando pertanto del tutto autonomi. Per di più, lo schema negoziale del mandato risulterebbe riduttivo a fronte degli ampi poteri gestori agli stessi attribuiti che, di certo, non si riducono al mero compimento di atti giuridici. Analogamente, poco convincente è stata ritenuta la tesi che ritiene sussistente un rapporto interno di servizio (Petino, 1968).

D'altro canto, attingendo alle fattispecie lavoristiche, il rapporto tra organi gestori e società è stato ricondotto alla prestazione d'opera professionale *ex art. 2222 c.c.*, in virtù della quale l'amministratore sarebbe un lavoratore autonomo in ragione della assunzione di responsabilità personale e dell'impiego di energie lavorative e tempo (Di Sabato, 2011, 348). Come pure, lo stesso è stato ascritto direttamente all'area della subordinazione, considerato che l'organo assembleare esercita poteri di nomina e di revoca dell'organo, oltre che quello direttivo e di controllo sulle attività dallo stesso svolte. In tale direzione ha spinto anche la considerazione della titolarità del diritto a percepire un compenso e dell'assoggettamento agli obblighi di non concorrenza, fedeltà e collaborazione (Barassi, 1949, 290; Caiafa,

³ Sulle criticità relative alla convivenza tra caratteristiche della subordinazione e della autonomia, si veda la sentenza del Tribunale di Monza, 14 maggio 2003, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 3, 2004, con nota di L. Bonafini, *Divagazioni sul credito retributivo dell'amministratore di s.p.a.*, p. 298.

1977, 47; per alcune tipologie di amministratori anche Petino, 215. *Contra*, Alibrandi, 1991, 1028)⁴.

In questo variabile quadro ricognitivo, la tesi maggioritaria ha invece favorito l'assimilazione – in particolare dell'amministratore – alla figura del collaboratore coordinato e continuativo *ex art.* 409, n. 3 c.p.c.. L'opzione interpretativa è stata probabilmente suggestionata dalla sovrapposizione – frequente nella pratica, per la verità – tra la disciplina lavoristica e quella previdenziale che dispone un obbligo di iscrizione alla gestione separata dell'INPS degli amministratori che percepiscono un emolumento in virtù dell'assunzione della medesima carica. Giova infatti ricordare che la l. n. 335/1995 per prima istituì presso l'INPS, a decorrere dal 1° gennaio 1996, l'apposita Gestione separata dei «titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, di cui al comma 2, lettera a), dell'articolo 49» del TUIR. Tuttavia, l'originaria formulazione dell'art. 2, co. 26, l. 335/1995, che a sua volta rinviava per il campo di applicazione alla disciplina fiscale, è stata riformulata riferendosi non più ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, bensì ai «rapporti di collaborazione aventi per oggetto la prestazione di attività senza vincolo di subordinazione a favore di un determinato soggetto nel quadro di un rapporto unitario e continuativo senza impiego di mezzi organizzati e con retribuzione periodica prestabilita» (cfr. art. 50, comma 1, lettera c-bis) TUIR). Come opportunamente osservato, infatti, «si tratta di una norma, inserita in un corpus normativo molto specifico e settoriale riguardante la materia previdenziale, ma che ha contribuito in concreto al pieno riconoscimento giuridico di queste forme di lavoro autonomo accrescendo l'affidamento degli operatori sulla loro legittimità e quindi fomentandone la diffusione, con le annesse successive e ben note degenerazioni applicative» (Ciucciovino, 2016, 342).

In questa accezione, pertanto, l'organo gestorio adegua la propria attività, di carattere prevalentemente personale, al raggiungimento dei fini dell'impresa attraverso il coordinamento reciproco con l'ente. Pur in assenza di direttive, infatti, la sua attività si sostanzia in una serie di prestazioni che hanno connessione teleologica con il fine ultimo dell'impresa. Tra l'altro, in capo allo stesso – pur gravato dal controllo dei sindaci – vi è il diritto di ricevere il compenso cui fa, da contraltare, l'obbligo di non concorrenza/confitto d'interessi; ciò a dimostrazione della sussistenza di due centri d'interessi

⁴ In giurisprudenza si veda anche la sentenza Corte d'App. Milano, 29 luglio 1997, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, con nota di S. Liebman, *Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.p.a. e processo del lavoro*, p. 168.

contrapposti (Andrioli, 1974, 46; Neri, 1995, 2473; Busoni, 2002).

La tesi non è stata esente da critiche, considerato che non può essere sempre agevolmente definita coordinata una attività, come quella in esame, in cui non rileva una tale ingerenza dell'ente collettivo e nella quale, anzi, è l'organo stesso che stabilisce e attua la gestione d'impresa, programmandola e coordinandola (Consolo, 1998; Cerrai, 1980, 577). Come pure, si è osservato, il coordinamento con l'ente svuoterebbe l'attività scaturente dalla funzione gestoria della sua stessa natura. Vero è pure che, la nuova formulazione dell'art. 409, n. 3) c.p.c. (operata dall'art. 15, co. 1, lett. a), l. n. 81/2017) ha chiarito che la collaborazione autonoma «si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa», rendendo testualmente pacifica la convivenza tra l'autonomia della prestazione e il coordinamento tra le parti, a condizione che detto coordinamento non sia unilateralmente ricondotto all'ente (cfr. Cap. 9).

Inoltre, la stessa argomentazione che muove dal diritto al compenso risulterebbe poco convincente giacché, nel rapporto organico, il compenso costituisce un *naturale negotii* e non un elemento essenziale, stabilito, a seconda dei casi, dall'atto costitutivo, dall'assemblea o dal consiglio d'amministrazione (art. 2389 c.c.), diversamente da quanto avviene nel rapporto di lavoro (Ambrosini, 1998, 300).

2. L'orientamento della giurisprudenza di legittimità

2.1. La Cassazione sposa la teoria organica

Nel tempo, anche la giurisprudenza di legittimità si è più volte espressa sul tema e con particolare riguardo alla figura dell'amministratore⁵.

Evitando di riproporre pedissequamente le posizioni sin qui emerse, pare piuttosto utile segnalare come, sotto il profilo qualificatorio, il terreno

⁵ Più in particolare, nonostante le iniziali dichiarazioni di incompatibilità segnalate da Cass. 5 marzo 1954 n. 627 e Cass. 2 settembre 1952 n. 2815, a partire dalla Cass. 24 marzo 1956, n. 845, in «Giurisprudenza Italiana», n. 1, 1957, p. 586, i giudici hanno ammesso la compatibilità sul piano teorico, dovendo essere valutato per ogni caso concreto il possibile conflitto d'interessi. Successivamente, la Corte ha ribadito questo assunto in numerose pronunce: Cass. 10 novembre 1987 n. 8279; Cass. 18 settembre 1995 n. 9864; Cass. 7 marzo 1996 n. 1793; Cass. 3 dicembre 1998 n. 12283; Cass., 19 aprile 1999, n. 3886; Cass. 24 maggio 2000 n. 6819.

sia stato segnato da due pronunce speculari delle Sezioni Unite: la sentenza n. 10680 del 14 dicembre 1994 n. 10680, a favore della tesi contrattualistica, declinata più precisamente nella forma della para-subordinazione; la sentenza n. 1545 del 20 gennaio 2017, n. 1545, a sostegno invece del rapporto organico.

Più in particolare, con la prima, la Cassazione si era orientata per il riconoscimento della natura contrattuale del rapporto qualificandolo, in particolare, come collaborazione coordinata e continuativa *ex* art. 409, n. 3) c.p.c., qualora ne fossero stati rinvenuti in concreto i requisiti essenziali. La conclusione si basava sul presupposto che il rapporto organico sussiste esclusivamente verso terzi, mentre il rapporto interno tra amministratore e società è di tipo obbligatorio e, dunque, di natura contrattuale⁶.

Un «radicale ripensamento», come affermato dalla stessa Corte, è stato operato invece nel 2017. Infatti, nel passare in rassegna le posizioni dottrinali sopra citate, la Cassazione ha fatto propria la tesi organica, sintetizzandone i capisaldi: «gli amministratori rappresentano un organo necessario per l'operatività della società»; «la configurazione non contrattuale del rapporto società-amministratori incide poi sulla ricostruzione della fonte dei loro poteri: gli amministratori risulterebbero titolari dei poteri gestori in via originaria, in quanto organi necessari per il funzionamento e la realizzazione del contratto sociale»; «ulteriore corollario del rapporto organico è quello della immedesimazione organica dell'amministratore nella società stessa, e quindi l'inesistenza di due contrapposti ed autonomi centri di interesse tra i quali instaurare non solo un rapporto contrattuale ma un qualsiasi rapporto intersoggettivo».

Al tempo stesso, «smontando» la sentenza del 1994, ma in contrasto con la dottrina maggioritaria sull'art. 409, n. 3) c.p.c. (Pilati, 2017, 1084)⁷, la Corte non ha mancato di evidenziare come, in quell'occasione specifica, non fosse stata dimostrata la sussistenza del requisito del coordinamento che, ai sensi dell'art. 409, n. 3) c.p.c., deve essere inteso in senso verticale, tanto che «l'attività coordinata è sinonimo di attività in qualche misura ete-

⁶ Si trattava, nel caso di specie, di un componente del c.d.a. di una società di capitali che operava secondo i caratteri tipici della continuità, della coordinazione e della prevalente personalità. Ma non solo, giacché elementi derimenti sono stati valutati anche il diritto al compenso, gli obblighi di non concorrenza e di non conflitto d'interessi, a rappresentare due centri d'interessi contrapposti.

⁷ In particolare l'A. ha evidenziato come tale argomentazione sia ormai incompatibile con l'«interpretazione autentica» di coordinamento fornita dall'art. 15 l. n. 81/2017.

rodiretta o, comunque, soggetta ad ingerenze o direttive altrui», mentre l'amministratore in alcun modo subisce ingerenze dall'assemblea dei soci. Del resto, la riforma del diritto societario del 2003⁸ ha reso l'amministratore il vero egemone dell'ente sociale, posto che a tale soggetto spetta in via esclusiva la gestione dell'impresa e il potere generale di rappresentanza. Diversamente, la competenza gestoria dell'assemblea ha carattere specifico e delimitato *ex art.* 2364, n. 5 c.c.

Sulla base di queste considerazioni, riprendendo un precedente orientamento⁹, la Corte ha così confermato che, tra i "rapporti societari", rientra necessariamente quello tra società e amministratore, posto che lo stesso ha carattere funzionale alla vita della società (c.d. immedesimazione organica) e non è quindi assimilabile ad alcuna tipologia contrattuale lavoristica.

Ad ogni modo, però, la funzione organica non osta alla instaurazione di un autonomo, parallelo e diverso rapporto che assuma, secondo l'accertamento esclusivo del giudice del merito, le caratteristiche di un rapporto di lavoro subordinato, coordinato e continuativo o autonomo puro. La sussistenza di detto rapporto, tuttavia, deve essere verificata nel concreto, accertando l'effettivo svolgimento di attività estranee alle funzioni organiche¹⁰.

La pronuncia chiarisce pertanto che l'*opus* (l'amministrazione) «non è, a differenza di quello del prestatore d'opera, determinato dai contraenti preventivamente, né è determinabile aprioristicamente, identificandosi con la stessa attività d'impresa»¹¹. In questa ottica, l'organo gestorio è legato all'ente da un rapporto di tipo societario (di immedesimazione organica appunto) che non ricade nell'ambito dell'art. 409, n. 3) c.p.c.¹².

Anche a seguito della opzione organicistica così espressa dalla Corte, tuttavia, la dottrina maggioritaria ha continuato a propendere per la natura contrattuale del rapporto tra società ed amministratore, sostenendo che la fonte dei poteri, degli obblighi e delle responsabilità di tale soggetto possa essere lo stesso contratto di società, motivo per cui tale relazione intersoggettiva si iscrive nell'alveo dei rapporti societari (Greggio, Furian, 2017, 11). Si è finito così per asserire la natura contrattuale del rapporto fra am-

⁸ Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6.

⁹ Cfr. Cass. 9 luglio 2015, n. 14369.

¹⁰ Sul punto cfr. Cass. n. 1796/96.

¹¹ Come confermato da Cass. 21 febbraio 2017, n. 4406.

¹² Così Cass. 14 giugno 2019, n. 16040 e Cass. 24 ottobre 2019, n. 27335 che hanno riconosciuto il diritto *ex lege* al compenso per l'amministratore di una società di capitali per l'inesistenza di un rapporto contrattuale con la società (nel caso di specie, il mandato).

ministratore e società, pur rimanendo all'interno della teoria organica (Faneli, 1952, 76)¹³.

Tuttavia, in modo ancor più *tranchant* e sull'onda delle suggestioni di ambito tributaristico e previdenziale relative al trattamento fiscale e contributivo degli emolumenti degli organi gestori, si continua (Pilati, 2017, 1084)¹⁴ a ribadire la natura autonoma, coordinata e continuativa di detto rapporto (Marazza, 2017).

2.2 Le ricadute applicative, oltre il nodo qualificatorio

A prescindere dalla diversa qualificazione giuridica del rapporto tra società ed organo gestorio, come si è visto, la giurisprudenza lascia comunque impregiudicata la possibilità di cumulare la posizione gestoria (facente gli interessi della società) con quella di lavoratore (autonomo, parasubordinato o subordinato), purché si accerti che detto rapporto comporti l'attribuzione di compiti diversi da quelli propri della carica sociale. Al riguardo, resta comunque salvo l'onere di provare il vincolo contrattuale, nonostante la carica sociale rivestita, su colui che intenda affermare la sussistenza di un rapporto di lavoro¹⁵.

Nel medesimo solco si muove la sentenza n. 36362 del 23 novembre 2021. Affrontando il tema ai più ristretti – ma non meno importanti – fini fiscali, la Corte ha infatti confermato l'incompatibilità tra la qualità di lavoratore dipendente di una società e la carica gestoria della stessa, in quanto il cumulo dei poteri di rappresentanza dell'ente sociale, di direzione, di controllo e di disciplina rende impossibile quella diversificazione delle parti del rapporto di lavoro e delle relative distinte attribuzioni; diversificazione che è necessaria perché sia riscontrabile l'essenziale ed indefettibile elemento della subordinazione, con conseguente indeducibilità, dal reddito della società, del relativo costo da lavoro dipendente. La Corte ha però precisato

¹³ In particolare l'A. aveva già parlato di «contratto di preposizione organica».

¹⁴ In particolare l'A. nota come alcune riforme tributarie ed altre previdenziali a tutela della disoccupazione involontaria fanno propendere per una qualificazione in tal senso. Ad ogni modo, prima della suddetta sentenza da “spartiacque”, c'è chi ha evidenziato che, nella prassi, molto spesso coesistevano in capo ai componenti di consigli di amministrazione sia un contratto *ex art. 409 n. 3) c.p.c.* per l'attività di consigliere, sia un contratto subordinato per lo svolgimento di attività dirigenziali.

¹⁵ Cfr. Cass. 11 marzo 2019, n. 6948. Negli stessi termini Cass. 3 aprile 2019, n. 9273; Cass. 13 gennaio 2020, n. 345; Cass. 14 luglio 2020, n. 14972; Cass. 4 agosto 2020, n. 16674; Cass. 16 aprile 2021, n. 10156.

che la compatibilità, ai fini della deducibilità del relativo costo dal reddito di impresa, debba essere verificata non solo in via formale, con riferimento allo statuto e alle delibere societarie, ma pure in via sostanziale, accertando la concreta sussistenza del vincolo di subordinazione gerarchica, del potere direttivo, del potere disciplinare e lo svolgimento di mansioni diverse da quelle proprie della carica sociale rivestita.

Viene quindi indirettamente confermata la regola secondo la quale amministratore e presidente dell'organo amministrativo sarebbero ruoli incompatibili (a fini tributari e previdenziali) con lo svolgimento di attività di lavoro, per il medesimo ente, solo in quanto sussista cumulo dei poteri di direzione, controllo e disciplina. Ove, invece, difetti tale sovrapposizione (perché i poteri sono assegnati ad altro organo, ad esempio al collegio o ad altro componente del cda), non si ravviserebbe alcun problema, sempre che ricorrano alcuni ulteriori requisiti: che il potere deliberativo (come regolato dall'atto costitutivo e dallo statuto), diretto a formare la volontà dell'ente, sia affidato ad un organo diverso (consiglio di amministrazione o amministratore unico); che l'organo gestorio svolga, in concreto e nella veste di lavoratore dipendente, mansioni estranee al rapporto organico, contraddistinte dai caratteri tipici della subordinazione anche, eventualmente, nella forma attenuata del lavoro dirigenziale¹⁶.

3. I chiarimenti dell'Inps e dell'Agenzia delle Entrate

Sulla questione non è mancato il contributo della prassi amministrativa.

Al riguardo, inizialmente, Inps¹⁷ ha assunto un atteggiamento restrittivo sulla convivenza duale tra il rapporto organico e il rapporto di lavoro per i presidenti, gli amministratori unici ed i consiglieri delegati per poi aprirsi definitivamente, dal 2011¹⁸, a detta possibilità¹⁹. Tuttavia, è solo con il più recente messaggio n. 3359 del 17 settembre 2019 che l'Istituto pare aver definitivamente ammesso la generale compatibilità tra la titolarità di cariche sociali nell'ambito di società e lo svolgimento di attività di lavoro per le stesse. Si è così precisato che il rapporto di immedesimazione orga-

¹⁶ Come pure chiarito da Inps nel ben più risalente messaggio n. 12441 dell'8 giugno 2011.

¹⁷ Circolare n. 179 dell'8 agosto 1989.

¹⁸ Nel messaggio n. 12441 dell'8 giugno 2011.

¹⁹ Con il messaggio n. 12441 dell'8 giugno 2011

nica vale per i terzi e che lo stesso non esclude la sussistenza di rapporti obbligatori interni fra le parti, salvo che per le seguenti figure: amministratori unici; amministratori delegati, nel caso in cui la delega abbia una portata generale, implicante la gestione globale della società; soci unici o soci che abbiano assunto esclusivi poteri di gestione tali da renderli “sovrani”²⁰.

Nelle suddette ipotesi, peraltro, l'onere della prova è in capo al soggetto che intende far valere il rapporto di lavoro e la valutazione dovrà tenere conto degli eventuali elementi sintomatici della subordinazione, specie al fine di accertare l'esistenza di sottostanti di rapporti di tipo dirigenziale.

Alla luce di queste considerazioni, la compatibilità tra il rapporto organico e il rapporto contrattuale può sussistere ove si ravvisino tre condizioni: il potere deliberativo è affidato all'organo collegiale di amministrazione e/o ad un altro organo sociale, esplicitando un potere esterno; è fornita rigorosa prova del vincolo della subordinazione; il soggetto deve essere chiamato a svolgere mansioni estranee al rapporto organico.

Di minore portata è stato invece il contributo della Agenzia delle Entrate che, analizzando la questione ai fini fiscali, ha chiarito come i compensi degli amministratori debbano essere attratti nell'area del reddito da lavoro dipendente, qualora la relativa attività rientri nei compiti del lavoratore dipendente, ovvero in quello del reddito di lavoro autonomo, qualora essa sia oggetto di una attività professionale²¹.

4. Quali prospettive per la certificazione?

Assodato che la prevalenza – netta in giurisprudenza, più tiepida in dottrina – della teoria organica non esclude la coesistenza, in capo alla medesima persona fisica, tra una carica gestoria ed un contratto di lavoro subordinato, autonomo puro o coordinato e continuativo, è possibile sottoporre a certificazione anche l'atto societario istitutivo del rapporto organico. In tal caso, l'iter è volto a verificare la genuina attribuzione – all'amministratore, al presidente o al consigliere delegato – delle funzioni gestorie in via originaria, in quanto organo necessario per il funzionamento e la realizzazione del contratto sociale, i cui poteri derivano direttamente dalla legge e, al tempo stesso, ad escludere la riconduzione del medesimo incarico ad un rapporto di lavoro autonomo o subordinato.

²⁰ Citando espressamente Cass. n. 21759/2004.

²¹ Circ. Agenzia delle Entrate 67/2001; Circ. Agenzia delle Entrate 105/2001.

A tal fine, verificato in concreto che non si versi in una delle ipotesi di incompatibilità segnalate dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa, si rende necessaria un'indagine articolata in due fasi. Dapprima si dovrà verificare la conformità dell'incarico ai requisiti normativi richiesti per l'atto di nomina e la relativa accettazione, dalla disciplina civilistica di riferimento. In secondo luogo, sarà necessario accertare che i poteri ivi conferiti non integrino una prestazione ulteriore rispetto alla tipica attività di gestione e di rappresentanza dell'ente e che riguardino esclusivamente quest'ultima. Il contestuale e positivo accertamento di dette circostanze e la rispondenza delle stesse alla genuina volontà delle parti, consente di procedere con la certificazione dell'incarico gestorio e di escluderne la riconduzione ad un rapporto di lavoro subordinato, parasubordinato o autonomo, conformemente alla disciplina di legge ed ai principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità.

Analogamente, la certificazione potrà investire l'eventuale parallelo ed ulteriore contratto di lavoro per mezzo del quale, nel rispetto di eventuali preclusioni e dei chiarimenti della giurisprudenza e della prassi amministrativa, sia stato attribuito all'organo gestorio l'espletamento di compiti e funzioni diversi da quelli tipici del rapporto organico. In questo caso l'iter del procedimento è volto a verificare, a seconda del caso, la presenza degli indicatori tipici della subordinazione *ex art. 2094 c.c.* ovvero quelli dell'autonomia *ex art. 2222 c.c.* e, in questo ambito, la sussistenza di un eventuale coordinamento *ex art. 409, n. 3) c.p.c.*, escludendo la etero-organizzazione *ex art. 2, co. 1 del d.gs. n. 81/2015* (cfr. Cap. 9).

Peraltro, nel caso in cui il rapporto si configuri come collaborazione coordinata e continuativa, le parti potrebbero avvantaggiarsi delle previsioni di cui all'art. 2, co. 2 lett. c) del d. lgs. n. 81/2015. In tal caso la certificazione sarebbe intesa ad accertare la sussistenza dell'autonomia e della reciprocità del coordinamento tra le parti e che il contratto riguardi attività «prestate nell'esercizio delle loro funzioni dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società...».

A ben guardare, però, anche l'ipotesi derogatoria appena citata, che ben si differenzia da quelle di cui alle precedenti lett. a) e b), sembrerebbe derivare da una trasposizione normativa di quella sovrapposizione tra disciplina previdenziale e disciplina lavoristica sopra citata dalla quale, a loro volta, i sostenitori della teoria contrattualistica hanno dedotto la necessaria coesistenza, tra ente ed organo gestorio, di un rapporto organico e di un rapporto di lavoro aventi ad oggetto lo svolgimento delle medesime funzioni gestorie.

Riferimenti bibliografici

- Alibrandi, A. (1991). *Sulla posizione dell'amministratore-impiegato nelle società di capitali*, in *Archivio Civile*, 1991, p. 1028.
- Ambrosini, R. (1998). *Competenza in ordine alle controversie tra amministratori e società*, in *Le Società*, n. 3, 1998, p. 297 ss.
- Andrioli, V. (1974). *I rapporti previsti nell'art. 409*, in *Le controversie in materia di lavoro*, a cura di A. Proto Pisani, G. Pezzano, C.M. Barone, V. Andrioli, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, p. 46.
- Bano, F. (2003). *Lavoro e rapporti associativi*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, IV, a cura di P. Cendon, Utet, Torino, p. 192.
- Barassi, L. (1949). *Il diritto del lavoro*, vol. I, Giuffrè, Milano, p. 290.
- Busoni, F. (2002). *Il compenso dell'amministratore tra privilegio e revocabilità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2, pp. 265-281.
- Caiafa, A. (1977). *Sull'applicabilità della legge 11 agosto 1973 n. 409 agli amministratori di società*, in *Diritto del lavoro*, n. 1, p. 47 ss.
- Cameli, S. (2004). *Alcuni aspetti processuali dell'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori*, in *Giustizia civile*, n. 1, 2004, p. 2345.
- Campobasso, G.F. (1996). *Diritto delle società*, in *Diritto commerciale*, II, Utet, Milano 1999, p. 343; F. Ferrara, F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, p. 550.
- Caringella, F.; Buffoni, L.. (2013). *Manuale di diritto civile*, Dike, Roma 2013, p. 1666.
- Ciucciovino, S. (2016). *Le "collaborazioni organizzate dal committente" nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 3, p. 342.
- Cerrai, A. (1980). *L'amministratore di società per azioni "nuovo rito del lavoro"*, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 2, p. 577 ss., nota a sentenza di Pret. Napoli 11 giugno 1979.
- Cecchi, P. (1996). *Gli amministratori di società di capitali*, Giuffrè, Milano, p. 10.
- Consolo, C. (1998). *Quale competenza (ordinaria o laboristica) sulle azioni sociali di responsabilità. Corte di appello di Milano 29 luglio 1997. Tribunale di Milano 3 novembre 1997*, in *Corriere giuridico*, vol. XV, n. 2, pp. 175-183.
- De Crescenzo, U. (2010). *Gli amministratori nel sistema tradizionale*, in *Le nuove S.p.A.*, a cura di O. Cagnasso, L. Panzani, Zanichelli, Bologna, p. 727.
- De Santis, I. (2011). *Remunerazione degli amministratori e governance delle società per azioni*, Cedam, Padova 2011, p. 14.
- Di Sabato, F. (2011). *Diritto delle società*, Giuffrè, Milano, p. 348.
- Falzea, A. (1960). Voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, p. 32.

- Fanelli, G. (1952). *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, p. 76.
- Ferrara, F.; Corsi, F. (1996). *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano.
- Ferri, G. (1996). *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, X, n. 3, Utet, Torino 1971, p. 493; F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, Zanichelli, Bologna, p. 267.
- Frè, G. (1982). *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Zanichelli-II foro italiano, Bologna 1982;
- Galgano, F. (1984). *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, p. 244.
- Greggio, M.; Furian, S. (2017). *Il rapporto di immedesimazione organica tra l'amministratore e la società. Nota a Cassazione Sezioni Unite sentenza n. 1545 del 20 gennaio 2017*, in *Fallimenti e Società*, p. 2 ss.
- Jaeger, P., Denozza, F., Toffoletto, A. (2006). *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, Giuffrè, Milano, p. 351.
- Macri, G. B. (1995). *A proposito del rapporto amministratori-società: la c.d. para-subordinazione*, in *Le Società*, n. 5, p. 635.
- Mancuso, C. (2008). *Le controversie in tema di compenso degli amministratori di una società di capitali ed il rito societario*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 5, p. 1347 ss.
- Marazza, M. (2017). *Il bancario "ibrido" nell'economia liquida (nuove proposte dall'autonomia collettiva)*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3, p. 791 ss.
- Minervini, G. (1956). *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano 1956, p. 383.
- Neri, A. (2002). *L'amministratore di società lavoratore ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, in *Giustizia civile*, n. 1, 1995, p. 2473.
- Nogler, L. (1991). *Intorno all'alternativa qualificatoria tra rapporto (sociale) di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 2, p. 787.
- Persiani, M. (1966). *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova.
- Petino, P. (1968). *Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano.
- Pilati, A. (2017). *Essere o non essere parasubordinati*, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 6, p. 1084 ss.
- Santoro-Passarelli, F. (1945). *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene Editore, Napoli, p. 103.
- Spada, P. (2010). *Preposizione e assunzione dell'amministratore di società per azioni*, in *La remunerazione degli amministratori nelle società di capitali*, a cura di C. Amatucci, Giuffrè, Milano, p. 61.

Sezione V

LA CERTIFICAZIONE DELLE CLAUSOLE
DEI CONTRATTI DI LAVORO

Capitolo 15

Gli accordi di riduzione della retribuzione e i limiti dell'autonomia individuale

Ilario Alvino

SOMMARIO

1. Premessa – 2. L'ammissibilità e la natura degli accordi di riduzione della retribuzione – 3. Gli accordi di riduzione della retribuzione non sono atti dispositivi di diritti ai sensi dell'art. 2113 c.c. – 4. La disciplina del demansionamento e l'inesistenza di un principio generale di irriducibilità della retribuzione – 5. La Certificazione degli accordi di riduzione della retribuzione

1. Premessa

Tra gli accordi che possono essere sottoposti al procedimento di certificazione vi rientrano quelli aventi ad oggetto la riduzione del trattamento retributivo concordato tra datore di lavoro e lavoratore al momento dell'assunzione.

La sottoscrizione di accordi di questo contenuto è normalmente collegata a situazioni di difficoltà in cui può venire a trovarsi l'impresa, tale per cui la richiesta di ridurre il trattamento retributivo può essere rivolta dal datore di lavoro ai lavoratori con l'obiettivo di contenere il costo del lavoro in un'ottica di salvaguardia dell'attività imprenditoriale e, quindi, dell'occupazione che questa assicura.

A conferma di ciò basti considerare che si è registrato un numero molto significativo di accordi per la riduzione della retribuzione nella fase emergenziale generata dalla diffusione del virus COVID-19. Fase durante la quale la riduzione della retribuzione oltre ad essere volta al contenimento dei costi, è stata motivata anche da ragioni solidaristiche, soprattutto quando tali accordi hanno riguardato i trattamenti elevati riconosciuti a manager di alto profilo professionale impiegati in imprese nelle quali si era reso necessario ricorrere agli ammortizzatori sociali per una parte importante del restante personale (cfr., ad esempio, quanto avvenuto nel settore della moda: Gibellino, 2020).

Ciò premesso, occorre, in particolare, chiedersi se un accordo di riduzione della retribuzione – una volta ammessane la fattibilità – sia liberamente stipulabile tra le parti del rapporto di lavoro (autonomia individuale piena) ovvero se rientri nell'area degli accordi di deroga che sono ammessi dalla legge solo se sottoscritti nel rispetto delle condizioni da questa previste e in contesti in cui sia prestata adeguata assistenza al lavoratore per assicurare la genuinità della volontà da questi espressa (autonomia individuale assistita) ovvero, ancora, se si tratti di accordi tramite i quali il lavoratore dispone di «diritti derivanti da disposizioni inderogabili della legge o dei contratti o accordi collettivi» (rinuncia assistita).

2. L'ammissibilità e la natura degli accordi di riduzione della retribuzione

A dire il vero, il tema appena enucleato potrebbe essere risolto in maniera agevole rispondendo subito che gli accordi di riduzione della retribuzione sono accordi che rientrano nella sfera dell'autonomia individuale piena del lavoratore, purché la retribuzione finale sia determinata in un valore che si collochi comunque al di sopra del minimo previsto dal CCNL applicato al rapporto.

Si tratta, dunque, di accordi che il prestatore di lavoro può sottoscrivere liberamente e senza alcuna assistenza, poiché, una volta assicurato il trattamento minimo previsto dal CCNL per la mansione a cui questi sia adibito, non trova giustificazione un'eventuale limitazione dell'autonomia negoziale connessa al potenziale condizionamento che il lavoratore potrebbe subire nella formazione della propria volontà, in ragione del rapporto sbilanciato con il datore.

Secondo i noti principi, invero, la condizione di debolezza nei confronti del datore – che il diritto del lavoro assume a base della disciplina del rapporto – viene tutelata privando il lavoratore della legittimazione negoziale a concordare un trattamento economico e normativo inferiore a quello previsto dalla disciplina legale e collettiva applicata al rapporto (in questo modo evitando che si instauri una concorrenza sui trattamenti minimi).

Un accordo che prevedesse una riduzione del trattamento al di sotto del limite legale o contrattual-collettivo sarebbe, quindi, radicalmente nullo, nel primo caso (trattamento inferiore al minimo previsto dalla legge) per contrarietà ad una norma imperativa (art. 1418 c.c.) e nel secondo caso

(trattamento inferiore a quello previsto dalla fonte collettiva) in ragione del rapporto di inderogabilità, posto dalla legge (art. 2113, primo comma, c.c.), tra contratto individuale e contratto collettivo (sul controverso tema della qualificazione giuridica del rapporto di inderogabilità intercorrente tra legge, contratto collettivo e contratto individuale v. per tutti Cester, 2016, ed ivi riferimenti al dibattito dottrinale).

Tale nullità è ovviamente insanabile e può essere fatta valere in qualunque tempo dal lavoratore secondo i principi generali (art. 1422 c.c.).

Pur non essendo sempre agevole riconoscere la natura inderogabile o meno del trattamento (in mancanza di un'indicazione esplicita in tal senso: cfr. Ciucciovino, 2017, 1244), non v'è dubbio che questo sia il tratto caratterizzante delle disposizioni giuslavoristiche, laddove la possibilità dell'autonomia individuale di derogare alla previsione legale o contrattuale costituisce normalmente l'eccezione (come, ad esempio, avviene in materia di part time nell'art. 6, co. 6, d. lgs. 81/2015 o in materia di mansioni nell'art. 2103, sesto comma, c.c., sul quale v. infra).

La condizione di debolezza nella quale versa il lavoratore è assunta, poi, dal legislatore a fondamento della diversa regola che limita la capacità di quest'ultimo di disporre dei diritti che lo stesso abbia maturato in applicazione di una norma inderogabile. Com'è noto, invero, l'atto (rinuncia) o il contratto (transazione) con il quale il lavoratore disponga di un tale diritto è invalido se non è sottoscritto nelle forme e nelle sedi previste dall'art. 2113 c.c.

Premessa l'impossibilità di definire una regola del rapporto che preveda un trattamento per il lavoratore inferiore a quello previsto dalla disposizione inderogabile, l'art. 2113 c.c. disciplina l'atto con il quale il lavoratore decida di disporre di un diritto che abbia maturato nella propria sfera giuridica ed acquisito al proprio patrimonio in applicazione della disposizione inderogabile.

Declinando i principi appena ricordati nel tema oggetto di queste riflessioni, si deve partire ricordando che il trattamento economico spettante al lavoratore è quello previsto dal contratto collettivo nazionale di lavoro – applicato al rapporto di lavoro o assunto come parametro di riferimento per definire il valore monetario della retribuzione proporzionata e sufficiente imposta dall'art. 36 Cost. [cfr. da ultimo Pascucci, 2019, 59. Com'è noto, in questa fase di proliferazione dei contratti collettivi di categoria (cfr. Ciucciovino, 2018, 227), una delle questioni più problematiche è quella della identificazione del CCNL, tra quelli riferiti al medesimo settore, che debba essere assunto come parametro di riferimento per la definizione del valore

monetario della retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all'art. 36 Cost.: cfr. Ciucciuvino, 2020, 185. La giurisprudenza ha chiarito che, per determinare il valore monetario della retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all'art. 36 Cost., devono essere considerate le voci retributive previste dal CCNL «limitatamente ai titoli contrattuali che costituiscono espressione, per loro natura, della giusta retribuzione, con esclusione, quindi, dei compensi aggiuntivi, degli scatti di anzianità e delle mensilità aggiuntive alla tredicesima»: cfr. Cass., 11 gennaio 2012, n. 153, in D&L, 2012, 200, nt. PREMOLI; Cass. 7 luglio 2008, n. 18584, in GC, 2009, I, 2433; Cass. 3 febbraio 2005, n. 2144, in NGL, 2005, 469].

Tale trattamento economico previsto dal contratto collettivo, la cui misura può essere fatta oggetto di revisione in sede di rinnovo di quest'ultimo, sia in senso migliorativo sia in senso peggiorativo (cfr., per tutte, Cass. 19 giugno 2014, n. 13960) costituisce il trattamento minimo, secondo la regola, appena ricordata, della inderogabilità unilaterale.

Ne consegue che le parti del rapporto di lavoro non possono concordare una retribuzione che si collochi al di sotto del minimo previsto dal CCNL per le mansioni affidate al lavoratore, mentre possono concordare un trattamento retributivo superiore (cd. superminimo). Al di sopra del minimo retributivo previsto dal contratto collettivo, si ri-espande, dunque, nella sua pienezza, l'autonomia individuale del lavoratore che è libero di definire con il datore le proporzioni economiche dello scambio che si realizza nel contratto di lavoro subordinato (in questo senso cfr. Maresca, 2020, 287, il quale opportunamente osserva che «l'accordo sulla modifica della retribuzione, nel rispetto dei minimi contrattuali inderogabili, non viola alcuna norma inderogabile, per la semplice considerazione che la pattuizione di una retribuzione superiore ai minimi contrattuali si configura come un atto di legittimo esercizio dell'autonomia individuale delle parti del rapporto di lavoro e se ciò avviene nella fase costitutiva dell'obbligo retributivo ben può realizzarsi anche nella successiva (eventuale) fase modificativa»).

Tramite l'accordo con il quale le parti decidano di modificare, tanto in senso migliorativo quanto in senso peggiorativo, la retribuzione convenuta al momento dell'assunzione (o successivamente modificata) il lavoratore non sta, dunque, rinunciando ad un diritto che abbia acquisito al proprio patrimonio giuridico (come invece avverrebbe se si discutesse, ad esempio, del credito retributivo relativo alla prestazione resa in un mese precedente), ma sta concordando con il datore di lavoro una diversa regolamentazione del proprio rapporto di lavoro (sotto il profilo della deter-

minazione dell'equilibrio economico tra le prestazioni corrispettive del rapporto).

Un simile accordo non rientra dunque nell'ambito di applicazione dell'art. 2113 c.c. e, per essere valido, non deve essere sottoscritto nelle forme previste dal quarto comma di tale disposizione.

Come ha di recente ricordato la Suprema Corte, infatti, «l'art. 2113 u.c. c.c. consente in sede protetta le rinunce ma non gli atti regolativi in contrasto con norme imperative; in sede conciliativa si può rinunciare a diritti già maturati ma non si possono concordare regolazioni dei rapporti contrarie alle norme imperative; la sede protetta non può essere il luogo in cui si consumano le violazioni, cioè si concordano regolazioni *contra legem* con rinuncia a farle valere ma si può unicamente rinunciare ai diritti già maturati in conseguenza di violazioni realizzate prima e fuori da quella sede» (Cass. 1 marzo 2022, n. 6664).

Il corollario della ricostruzione appena compiuta è allora che l'accordo di modifica della retribuzione, anche nel senso di una sua riduzione, costituisce un atto rientrante nella piena autonomia negoziale delle parti, purché la retribuzione finale si collochi comunque al di sopra del minimo previsto dal contratto collettivo (cfr., per tutti, Pera, 1990, 22-23, il quale peraltro osservava che «la volontà adesiva del lavoratore alla pretesa riduttiva del datore di lavoro ben può manifestarsi, alla stregua del diritto comune, tacitamente o per fatti concludenti»).

In quanto tale, ai fini della legittimità dell'accordo, sono peraltro irrilevanti i motivi che hanno indotto le parti a sottoscriverlo, così come è nella piena libertà delle stesse concordare una modifica definitiva della retribuzione ovvero di limitare l'efficacia dell'accordo di riduzione entro un arco temporale limitato.

3. Gli accordi di riduzione della retribuzione non sono atti dispositivi di diritti ai sensi dell'art. 2113 c.c.

La soluzione appena fornita al quesito posto in esordio è, però, costretta a confrontarsi con una relativamente recente sentenza della Corte di Appello di Milano (15 gennaio 2020, n. 1974/2019, rel. dott.ssa P. Poli, in *IlGiuslavorista.it*), la quale, pronunciandosi sui presupposti di legittimità sostanziali e formali degli accordi di riduzione della retribuzione, ha riformato la decisione assunta in primo grado dal Tribunale di Lecco (13 novembre 2018, dott. G. Gatto, in *IlGiuslavorista.it*), affermando la nullità di

un accordo di riduzione della retribuzione di un dirigente (le cui mansioni non erano state modificate nel caso di specie) in quanto contrario alla disciplina dettata dall'art. 2103 c.c. (dal quale la Corte ritiene, in maniera non condivisibile, di poter desumere un principio di irriducibilità della retribuzione) e non sottoscritto nelle forme previste dall'art. 2113 c.c.

In particolare, la Corte meneghina argomenta l'esistenza di un principio di irriducibilità della retribuzione dalla regola secondo la quale la retribuzione del lavoratore non può essere ridotta in caso di adibizione a mansioni inferiori. Sicché «se neppure l'esecuzione di mansioni deteriori rispetto a quelle pattuite può portare ad una diminuzione della retribuzione, a maggior ragione, la previsione dello svolgimento delle medesime mansioni non può indurre a ritenere consentita una tale diminuzione». Una riduzione della retribuzione sarebbe consentita, continua la Corte, solo nelle sedi previste dal sesto comma dell'art. 2103 c.c., in «contesti in cui la volontà negoziale del lavoratore si presuma tutelata da illegittime pressioni da parte del datore di lavoro». Cosicché, conclude la sentenza, gli accordi stipulati in tali sedi andrebbero trattati come accordi sottoscritti ai sensi dell'art. 2113 c.c., tanto che la Corte di appello si perita di precisare che, nel caso di specie, il dirigente ricorrente ha tempestivamente «impugnato il patto sottoscritto nel termine di sei mesi dalla sua conclusione».

Le conclusioni raggiunte dalla Corte di Appello di Milano non appaiono coerenti con le regole e i principi ricordati nel paragrafo precedente e muovono da un non condivisibile inquadramento degli accordi di riduzione della retribuzione, i quali non sono in realtà riconducibili né nella categoria degli «accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione», previsti dal sesto comma dell'art. 2103 c.c., né all'interno della categoria delle «rinunzie e transazioni che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi», di cui all'art. 2113 c.c.

La decisione della Corte di Appello di Milano non appare condivisibile innanzitutto perché riconduce gli accordi di riduzione della retribuzione (a parità di mansioni) nell'area di applicazione dell'art. 2103, sesto comma, c.c., affermando, peraltro, che tali accordi avrebbero la natura degli atti di disposizione dei diritti posti da norme inderogabili ai sensi dell'art. 2113 c.c. Sicché, nel ragionamento del giudice di appello, l'accordo oggetto della controversia, non essendo intervenuto nel rispetto dell'art. 2113 c.c., sarebbe invalido ai sensi di questa medesima disposizione e tale invalidità doveva essere fatta valere nei sei mesi successivi alla conclusione dell'accordo

(o alla risoluzione del rapporto di lavoro).

Sennonché la Corte sovrappone, così, gli accordi modificativi del contratto di lavoro (quali indubbiamente sono gli accordi di modifica del trattamento retributivo dovuto al lavoratore e che, in quanto tali, sono privi di contenuti dispositivi) con gli atti o gli accordi tramite i quali il lavoratore dispone di diritti maturati in conseguenza dell'applicazione delle regole del rapporto di lavoro.

Con l'accordo di modifica della retribuzione il lavoratore, infatti, non sta rinunciando ad un diritto già maturato (ad esempio, alla retribuzione corrispondente ad una prestazione già resa in precedenza), ma sta concordando con il datore per il futuro una diversa regola del rapporto.

Ne consegue che se fosse effettivamente possibile desumere dall'art. 2103 c.c. un principio di irriducibilità della retribuzione pattuita al momento dell'assunzione (sul quale v. il paragrafo successivo), qualunque accordo tra datore e lavoratore che ne disponesse una riduzione sarebbe sempre radicalmente nullo (e tale nullità non potrebbe in nessun caso essere sanata nelle forme dell'art. 2113 c.c.) per violazione del rapporto di inderogabilità unilaterale che intercorre tra i prodotti dell'autonomia individuale, da un lato, e la legge e il contratto collettivo, dall'altro.

Detto altrimenti e per maggiore chiarezza, se si dovesse accedere alle conclusioni indicate dalla Corte di Appello di Milano e quindi condividere l'affermazione che nel nostro ordinamento viga un principio di irriducibilità della retribuzione, sarebbe in ogni caso impossibile stipulare validi accordi di riduzione della retribuzione in mancanza di una disposizione che abiliti l'autonomia individuale a derogare all'applicazione di un simile principio.

E tale disposizione non può essere l'art. 2113 c.c., che, come si è dimostrato, è destinato a regolamentare una tipologia di atto diversa da quella degli accordi di riduzione della retribuzione. Ne consegue, quale ulteriore corollario, che non ha alcun senso sottoscrivere un accordo di riduzione della retribuzione nelle forme previste dall'art. 2113 c.c., poiché, tramite tale accordo, il lavoratore non sta rinunciando ad un diritto derivante da una norma inderogabile, ma sta concordando con il datore una diversa regolamentazione del proprio rapporto.

4. La disciplina del demansionamento e l'inesistenza di un principio generale di irriducibilità della retribuzione

Chiarito, dunque, che gli accordi di riduzione della retribuzione non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 2113 c.c., ci si deve interrogare se tali accordi siano in ogni caso validi, o, al contrario, se siano in ogni caso nulli ovvero, ancora, se vi sia una norma che ne condizioni la validità al rispetto di determinate condizioni e forme.

Per rispondere a tale quesito ci si deve allora chiedere se il nostro ordinamento sancisca un principio generale di irriducibilità della retribuzione concordata al momento dell'assunzione (o successivamente modificata) che priverebbe il lavoratore della legittimazione a concordare una riduzione del trattamento retributivo (fatto salvo il minimo previsto dal contratto collettivo in attuazione dell'art. 36 Cost.) e se tale eventuale limite possa essere superato solo da un accordo rispettoso delle forme previste dall'art. 2103, sesto comma, c.c.

Procediamo con ordine, muovendo dalla dimostrazione che un principio generale di irriducibilità della retribuzione non è affatto desumibile dall'art. 2103 c.c.

A tal fine, prima di addentrarsi nell'analisi della disciplina dettata dall'art. 2103 c.c. nel testo attualmente vigente (come riformato dall'art. 3 d. lgs. 81/2015), è utile ricordare che, in alcune sentenze di legittimità relative all'interpretazione dell'art. 2103 c.c. nel testo antecedente alla riforma del 2015, è possibile reperire l'affermazione di un principio di irriducibilità della retribuzione (cfr., per tutte, Cass. 1 agosto 2017, n. 19092 e Cass. 6 dicembre 2017, n. 29247).

In tali sentenze, però, il principio non è enunciato per decidere della legittimità di un accordo di riduzione della retribuzione, ma per valutare gli effetti sulla retribuzione di una modifica (eventualmente concordata) delle mansioni. In questa prospettiva, nella giurisprudenza evocata, la garanzia della irriducibilità della retribuzione opera limitatamente alla retribuzione compensativa delle qualità professionali intrinseche essenziali delle mansioni precedenti, ma non a quelle componenti della retribuzione che siano erogate per compensare particolari modalità estrinseche della prestazione lavorativa o specifici disagi o difficoltà connesse a quelle particolari modalità. Il principio affermato da questa giurisprudenza è stato recepito nel testo vigente dell'art. 2103, 5° comma, c.c. ove è previsto che la conservazione del trattamento retributivo in godimento in caso di demansionamento unilaterale opera «fatta eccezione per gli elementi retributivi

collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa».

Nella giurisprudenza più risalente a quella poc'anzi ricordata, è inoltre possibile incappare nell'affermazione che il principio di irriducibilità della retribuzione comporterebbe la nullità di accordi che riducano la retribuzione definita al momento dell'assunzione, anche se questa fosse superiore al minimo previsto dal contratto collettivo (cfr. Cass. 27 ottobre 2003, n. 16106). Quest'ultimo arresto, per quanto criticabile, non è comunque più attuale poiché fondato sull'espressa previsione contenuta nel testo dell'art. 2103 c.c. – antecedente alla riforma del 2015 ed assente nel testo attualmente vigente – in virtù della quale l'adibizione a mansioni equivalenti poteva essere disposta «senza alcuna diminuzione della retribuzione» (sul vecchio testo dell'art. 2103 c.c. v., per tutti, Ciucciovino, 2014, 752).

Venendo all'analisi della disciplina vigente, va subito osservato che, com'è noto, una delle principali novità apportate dall'art. 3 d. lgs. 81/2015 è costituita dall'attenuazione del divieto di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori (ora intese come mansioni riconducibili ad una categoria o livello di inquadramento inferiore rispetto a quello delle mansioni di precedente adibizione: cfr. Pisani, 2016, 149. La riforma dell'art. 2103 c.c. ha ovviamente sollecitato un ampio ed articolato dibattito del quale non è possibile dar conto in questa sede. Per una ricostruzione delle questioni poste dalla disposizione e per i riferimenti al dibattito dottrinale v.: Amendola, 2017, 892; Brollo, 2015, 77; Ferrante, 2016, 348; Gragnoli, 2016, 4; Zoli, 2015, 337).

Il divieto di demansionamento, confermato dalla riforma del 2015, conosce infatti ora due eccezioni espressamente previste all'interno dell'art. 2103 c.c. [in realtà già prima della riforma varata nel 2015, il divieto di demansionamento era stato derogato in via interpretativa nella giurisprudenza (cfr., ad es., Cass., 23 ottobre 2013, n. 24037, in *RIDL*, 2014, II, 296, nt. ZANETTO), laddove il demansionamento costituisse strumento utile ad evitare il licenziamento, e da alcune norme speciali, cfr.: art. 4, co. 11, l. 223/1991, in materia di licenziamenti collettivi; artt. 1, co. 7 e 4, co. 4, l. 68/1999 e 42 d. lgs. 81/2008, in materia di sopravvenuta disabilità o inabilità dovuta ad infortunio o malattia; art. 10, co. 3, l. 68/1999, in materia di aggravamento della condizione di disabilità; art. 7, d. lgs. 151/2001, a tutela delle lavoratrici in stato di gravidanza adibite a mansioni pregiudizievoli per la salute della donna; art. 229, co. 5, d. lgs. 81/2008, a tutela del lavoratore che svolga mansioni che richiedano esposizione ad un agente fisico, chimico o biologico. Tali disposizioni non sono state abrogate dalla riforma

del 2015 e quindi devono essere considerate ancora oggi regole speciali rispetto alla disposizione codicistica].

La prima eccezione è quella del c.d. “demansionamento unilaterale” (sul quale v. in particolare Romei, 2018, 233), che il datore di lavoro può disporre, anche contro la volontà del lavoratore, «in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore» (comma 2) ovvero nelle ulteriori ipotesi previste dai contratti collettivi (comma 4).

La seconda eccezione è costituita dal c.d. “demansionamento concordato” (comma 6), in virtù del quale le parti del rapporto possono pattuire l’adibizione del lavoratore a mansioni riconducibili a una categoria o livello inferiore di inquadramento (con conseguente adeguamento del trattamento retributivo), laddove tale scelta sia funzionale a soddisfare un interesse qualificato del lavoratore (conservazione dell’occupazione, acquisizione di una diversa professionalità, miglioramento delle condizioni di vita: cfr. Gargiulo, 2015, 11).

Senza entrare nel merito dei presupposti di legittimità delle due eccezioni appena richiamate, è sufficiente evidenziare, per quanto in particolare interessa in questa sede, che la tipologia dei limiti previsti dalle disposizioni richiamate differisce in relazione alle diverse finalità che le stesse perseguono.

Con riferimento alle ipotesi di “demansionamento unilaterale”, nel momento in cui l’ordinamento amplia il potere direttivo del datore di lavoro (ampliando il ventaglio delle mansioni esigibili dal lavoratore), fissa dei limiti volti, da un lato, a salvaguardare la professionalità del lavoratore corrispondente alla categoria legale nel quale lo stesso sia inquadrato e, dall’altro, a prevenire condotte abusive del datore.

E quindi, se, con riferimento al primo profilo, il potere di demansionamento è limitato dalla necessità che le nuove mansioni siano comunque riconducibili alla medesima categoria legale (essendo consentito il demansionamento solo in quanto le nuove mansioni siano riconducibili al livello di inquadramento inferiore previsto dal CCNL compreso nella medesima categoria legale delle mansioni di provenienza), con riferimento al secondo profilo, il nuovo art. 2103 c.c. mira ad assicurare che la scelta del demansionamento non sia assunta con la finalità di ridurre il costo del lavoro.

Il comma 5 dell’art. 2103 c.c. dispone infatti che «il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento». La disposizione non sancisce dunque in alcun modo un principio generale di irriducibilità della retribuzione, ma pone un limite spe-

cifico destinato a contenere l'esercizio dello ius variandi del datore di lavoro in caso di atti di demansionamento unilaterale (cfr. al riguardo Cester, 2016, 167, qui, 177, che opportunamente evidenzia che tale norma realizza un'eccezione al nesso di corrispettività che deve intercorrere tra le prestazioni del rapporto).

Obiettivo della disposizione, detto altrimenti, è che il datore di lavoro si avvalga di tale potere solo nel caso in cui abbia una reale esigenza organizzativa, tale da convincerlo ad adibire il lavoratore a mansioni inferiori nonostante quest'ultimo abbia diritto a percepire il medesimo trattamento economico già goduto in ragione delle mansioni superiori sino a quel momento eseguite.

5. La certificazione degli accordi di riduzione della retribuzione

La ricostruzione sin qui svolta dovrebbe aver dimostrato la correttezza della soluzione fornita in esordio al secondo paragrafo al tema della legittimità degli accordi di riduzione della retribuzione.

È facile peraltro comprendere come la confusione sul corretto ambito di applicazione degli artt. 2103, 6° comma, e 2113 c.c. possa essere indotta dal timore che, al momento della stipulazione di un accordo di riduzione della retribuzione, il consenso del lavoratore venga in qualche modo condizionato dal timore di perdere il posto di lavoro. Timore che potrebbe essere giustificato, ad esempio, in ragione della condizione di difficoltà economica in ipotesi addotta dal datore a fondamento della richiesta di contenimento del trattamento retributivo.

L'analisi svolta ha però dimostrato che l'ordinamento ammette limitazioni all'autonomia negoziale del lavoratore solo in relazione al trattamento retributivo minimo imposto dall'art. 36 Cost., mentre al di sopra di tale minimo, se le mansioni di assegnazione non subiscono variazioni, la legittimazione negoziale del dipendente ritorna piena.

Ciò posto, l'ordinamento prevede, però, uno strumento che può essere utilizzato anche allo scopo di accertare la consapevolezza del lavoratore circa il significato e gli effetti dell'accordo di riduzione della retribuzione concordato con il datore: la certificazione dei contratti.

Com'è noto, l'istituto della certificazione dei contratti di lavoro è stato introdotto allo scopo di ridurre il contenzioso in materia di lavoro e consiste nella sottoposizione dell'accordo stipulato tra datore e lavoratore alla valutazione di una commissione di esperti cui viene conferito, dalle stesse parti istanti che liberamente decidano di farvi ricorso, l'incarico di accertare

la conformità dell'accordo medesimo alle disposizioni inderogabili della legge e della contrattazione collettiva applicata al rapporto (cfr. Ciucciovino, 2016).

Non è dunque possibile procedere, in sede di certificazione, alla deroga delle disposizioni di legge o del contratto collettivo, né il lavoratore può disporre di diritti che abbia maturato in applicazione di norme inderogabili. Compito delle commissioni di certificazione è, piuttosto, quello di operare una ricognizione della volontà negoziale espressa dalle parti, allo scopo di appurare la conformità del regolamento dalle stesse definito alla disciplina legale e contrattuale applicabile a quella tipologia di accordo.

Tra gli accordi certificabili rientrano anche gli accordi di riduzione della retribuzione, i quali sono senza alcuna ombra di dubbio annoverabili tra i «contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro» che, ai sensi dell'art. 75, d. lgs. 276/2003, possono essere sottoposti al procedimento di certificazione.

Poiché, come detto, il compito delle commissioni di certificazione è quello di operare una ricognizione della volontà delle parti ai fini della esatta riconduzione dell'accordo sottoposto al procedimento al tipo e alla disciplina legale, la certificazione costituisce l'unico strumento predisposto dal nostro ordinamento al fine di assicurare al lavoratore un'assistenza nella stipulazione di un accordo che preveda la riduzione della retribuzione.

In questa prospettiva, le commissioni di certificazione possono svolgere una funzione analoga a quella che, ad esempio, l'art. 31, l. 183/2010, affida loro ai fini della valida sottoscrizione di una clausola compromissoria: ossia l'accertamento della effettiva volontà del lavoratore di addivenire alla sottoscrizione dell'accordo di riduzione della retribuzione.

Riferimenti bibliografici

- Albi P., *La dismissione dei diritti del lavoratore*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, 2016, 142.
- Amendola V. (2017), *Art. 2103. Prestazione di lavoro*, in G. Amoruso, V. Di Cerbo, A. Maresca (a cura di), *Diritto del lavoro*, vol. I, Milano, Giuffrè, 892.
- Brollo M. (2015), *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in F. Carinci (a cura di), *Commento al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt e-Book, n. 48/2015, 77.
- Cester C. (2016), *Inderogabilità [dir. lav.]*, in *Treccani, Diritto on line*.
- Cester C. (2016), *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *DLRI*, 167.
- Ciucciovino S. (2014), *Mansioni, qualifiche e ius variandi*, in G. Santoro-Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, Utet, 752.
- Ciucciovino S. (2017), *Art. 2113 c.c. Rinunzie e transazioni*, in G. Amoruso, V. Di Cerbo, A. Maresca (a cura di), *Diritto del lavoro*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1244.
- Ciucciovino S. (2020), *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali, LD*, 185.
- Ciucciovino S. (2018), *Mettere ordine nella giungla dei ccnl: un'esigenza indifferibile*, in *DLRI*, 2018, 227.
- Ciucciovino S. (2016), *Certificazione dei contratti di lavoro*, in *Treccani, Diritto on line*.
- Ferrante V. (2016), *Nuova disciplina delle mansioni*, in *Treccani Libro dell'anno del diritto*, 348.
- Gargiulo U. (2015), *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 268/2015, 11.
- Garilli A., *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in *DLRI*, 2016, 129.
- Gibellino F., *Da Della Valle a Donatella Versace, i manager si tagliano gli stipendi*, in *Milano Finanza* del 9 aprile 2020.
- Gagnoli E. (2016), *L'oggetto del contratto di lavoro privato e l'equivalenza delle mansioni*, in *VTDL*, 4.
- Maresca A. (2020), *Contrazione del lavoro e flessibilità dei tempi di lavoro indotte dal COVID-19: esperienze e prospettive*, *RIDL*, I, 287.
- Pascucci P. (2019), *Giusta retribuzione e contratti di lavoro, oggi*, in *DLRI*, 2019, 59.

- Pera G., *Art. 2113 c.c. Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1990.
- Pisani C. (2016), *Dall'equivalenza all'inquadramento: i nuovi limiti ai mutamenti "orizzontali" delle mansioni*, in *DLRI*, 2016, 149.
- Romei R. (2018), *La modifica unilaterale delle mansioni*, in *RIDL*, I, 233.
- R. Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *WP CSDL E "Massimo D'Antona".IT*, n. 262/2015, 11.
- Zoli C. (2015), *La disciplina delle mansioni*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, Giappichelli, 337.

Capitolo 16

Accordi di mutamento del contratto collettivo applicato al rapporto

Beatrice Rossilli

SOMMARIO

1. L'accordo di mutamento della disciplina collettiva modifica la clausola di rinvio nel contratto individuale di lavoro – 1.1. La modificazione della fonte collettiva applicabile al rapporto di lavoro: le fattispecie in cui il consenso del lavoratore è prescindibile – 1.2. La modifica della fonte collettiva del rapporto di lavoro quale espressione dell'autonomia privata individuale – 2. I limiti all'autonomia individuale nella modifica del CCNL. – 2.1. Il vincolo associativo alle organizzazioni che abbiano stipulato il CCNL... – 2.2. ... e il rispetto dei principi di proporzionalità e sufficienza *ex* art. 36 Cost. La funzione dell'art. 2070 c.c. come mero parametro per il solo trattamento retributivo da corrispondere – 3. Gli effetti dell'accordo di mutamento del contratto collettivo applicato al rapporto – 3.1. La modifica dell'inquadramento a parità di mansioni e la riduzione del trattamento retributivo. Alcune osservazioni

1. L'accordo di mutamento della disciplina collettiva modifica la clausola di rinvio nel contratto individuale di lavoro

Quando il datore di lavoro e il lavoratore convengono attraverso un accordo di modificare la fonte collettiva che regola il rapporto che tra loro intercorre, agiscono simultaneamente altresì sul contratto individuale di lavoro subordinato e, specificatamente, in ordine alla clausola di rinvio al contratto collettivo nazionale in forza della quale le parti dimostrano di aver concordato di voler assoggettare il rapporto neo costituito alle condizioni economiche e normative stabilite da un determinato contratto collettivo nazionale di categoria.

Tale accordo, pertanto, deve intendersi a tutti gli effetti un'espressione della libertà sindacale delle parti individuali in quanto, attraverso una specifica intesa, stabiliscono convenzionalmente un mutamento nell'individua-

zione della fonte collettiva che dovrà – da quel momento in poi – disciplinare il rapporto di lavoro individuale in forza del precipuo effetto del rinvio stesso, vale a dire, attraverso l'estensione dell'efficacia soggettiva di un nuovo e diverso contratto collettivo nazionale di categoria cui le parti intendono di comune accordo rinviare.

Trattandosi a tutti gli effetti di una modifica del contratto individuale di lavoro, gli accordi di mutamento del contratto collettivo applicato al rapporto, rientrano tra i procedimenti in cui gli istanti chiedono la certificazione di un accordo modificativo del contratto di lavoro subordinato e, più precisamente, la clausola in cui si rinvia alla fonte collettiva applicata al rapporto che, rispetto alla formulazione originaria ha, appunto, subito una modifica pattiziamente stabilita.

Nell'ordinamento, tuttavia, non mancano fattispecie in cui la modifica del contratto collettivo applicato al rapporto di lavoro individuale avviene pur in assenza di previo accordo tra le parti.

1.1. La modificazione della fonte collettiva applicabile al rapporto di lavoro: le fattispecie in cui il consenso del lavoratore è prescindibile

La modifica della disciplina collettiva riferibile a un contratto collettivo piuttosto che ad un altro, in effetti, può risultare quale effetto implicito di una scelta imputabile in via esclusiva al datore di lavoro e che si riflette indirettamente nel rapporto di lavoro.

In questi casi, infatti, il mutamento del contratto collettivo nazionale di categoria applicato al rapporto individuale di lavoro è una conseguenza inattesa dal lavoratore, il quale non risulta affatto coinvolto né – *in nuce* – nell'apprezzamento in ordine all'opportunità di procedere alla modifica stessa del contratto individuale di lavoro (più precisamente, come si è detto, della clausola di rinvio alla fonte collettiva), né tantomeno in ordine all'individuazione di quale debba essere il nuovo contratto collettivo nazionale da applicare.

Questo può avvenire in due casi: 1) nel trasferimento d'azienda e 2) nella successione degli appalti.

Nell'ambito della prima fattispecie – come noto – il datore di lavoro (cedente), *ex art.* 2112 c.c., pone in essere atti dispositivi che hanno quale effetto la modifica soggettiva della parte datoriale. In caso di trasferimento d'azienda, infatti, la titolarità del rapporto individuale passa ad un diverso datore di lavoro (cessionario) lasciando viceversa invariata la controparte, vale a dire, il lavoratore (ceduto), a fronte di un'operazione che comporta

il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata (Romei, 2021).

Ai sensi del terzo comma dell'art. 2112 c.c., il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento salvo poi prevedere la possibilità di una sostituzione della disciplina collettiva nel caso in cui il cessionario applichi nella propria organizzazione altri contratti collettivi, precisando, tuttavia, che «l'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello»¹ (Grandi, 2007; Maresca, 2001; Lambertucci, 1999. *Contra*, Carabelli, Veneziani, 1999).

In altre parole, alla luce della consolidata interpretazione² del comma terzo dell'art. 2112 c.c. che prevede un'automatica sostituzione della fonte collettiva applicabile al rapporto in concomitanza all'avvenuto trasferimento, i lavoratori trasferiti presso il datore di lavoro cessionario si vedrebbero mutare il contratto collettivo applicato al rapporto di lavoro senza che a tale variazione dei trattamenti economici e normativi sia necessaria una loro previa valutazione e successivo espresso consenso.

Stesso scenario sembrerebbe prospettarsi nella diversa fattispecie della successione degli appalti³, ove un appaltatore si sostituisce ad un altro nell'espletamento dello stesso servizio cui quest'ultimo era obbligato, mediante la stipulazione di un nuovo contratto d'appalto con il medesimo committente (Pettinelli, 2020; Villa, 2016; Brino 2014).

Così come nel caso degli appalti pubblici (Tullini, 2019, 33), anche nel caso degli appalti privati si registra una particolare attenzione a garantire una continuità dell'occupazione – soprattutto in quei settori produttivi ove le esternalizzazioni risultano quale fenomeno particolarmente diffuso – predisponendo una tutela che si declina attraverso le clausole sociali (o clausole di riassunzione), sempreché ovviamente l'organizzazione dell'appaltatore subentrante si distingua rispetto a quella dell'appaltatore “iniziale” – a riprova di una sua propria identità di impresa⁴ – che faccia sì che la fatti-

¹ Cfr. Cass., 11 marzo 2010, n. 5882, Cass., 13 maggio 2011, n. 10614, Cass., 4 febbraio 2008, n. 2609; Cass., 19 aprile 2006, n. 9052.

² Vd. la pronuncia più recente, Cass., 15.04.2024, n. 10120, CdA Milano, 22.03.2023, n. 1075.

³ L'art. 29, comma 3, del d.lgs n. 276/2003 nella versione aggiornata della l. n. 122/2016 esclude un'assimilazione automatica tra le due fattispecie, ma non impedisce che a certe condizioni esse possano coincidere.

⁴ Infatti con l'art. 30 della legge del 7 luglio 2016, n. 122, l'art. 29 al comma 3 è stato mo-

specie non configuri un trasferimento d'azienda. In caso contrario, evidentemente, ci si ritroverebbe a tutti gli effetti nel perimetro del campo di applicazione dell'art. 2112 c.c. e a nulla servirebbe interrogarsi sull'applicabilità e sugli effetti delle clausole sociali poiché verrebbe ad azionarsi quella particolare tutela ivi prevista.

A differenza del settore pubblico, tuttavia, dove queste promanano da una fonte normativa⁵, nel caso degli appalti conclusi tra soggetti privati non si riviene una disposizione *ad hoc* poiché esse, in realtà, vengono concepite nella dimensione dell'autonomia privata collettiva, essendo infatti previste all'interno della contrattazione sindacale.

Ebbene, queste clausole sono opponibili all'impresa subentrante solo nel caso in cui anch'essa applichi un contratto collettivo che le contempli (Cosio, 2020, 9) ma non è affatto scontato che questo sia lo stesso accordo collettivo che veniva applicato alla platea dei lavoratori in forza presso l'appaltatore iniziale.

È possibile, pertanto, che i lavoratori riassunti si vedano applicare al proprio rapporto individuale di lavoro una disciplina collettiva diversa rispetto a quella applicata dal primo appaltatore. Anche in questo caso, quindi – come visto nell'ambito del trasferimento d'azienda –, viene a configurarsi l'ipotesi in cui i lavoratori assistono al mutamento del contratto collettivo applicato al rapporto di lavoro di cui sono parte, senza che l'ordinamento ne richieda il previo consenso tramite formale accordo.

1.2. La modifica della fonte collettiva del rapporto di lavoro quale espressione dell'autonomia privata individuale

A differenza delle due precedenti casistiche sopra riportate, quindi, dove il modificarsi della disciplina collettiva applicata al rapporto avviene quale conseguenza di una causa esogena al rapporto di lavoro (la cessione di un'attività economica organizzata; l'affidamento dell'appalto ad un nuovo imprenditore, ovvero, il recesso anticipato del committente dal contratto d'appalto), in questo caso si tratta di una legittima manifestazione dell'autonomia privata individuale *ex* art. 1322 c.c., attraverso la quale le parti con-

dificato nella seguente formulazione: «L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte di azienda».

⁵ Cfr. art. 57, d.lgs 31 marzo 2023, n. 36

vengono di modificare la clausola presente nel contratto di lavoro individuale di rinvio alla fonte collettiva applicabile al rapporto.

In altre parole le parti statuiscono che, al decorrere di una data tra loro consensualmente fissata nell'accordo, al rapporto di lavoro troverà applicazione un diverso CCNL in sostituzione della precedente disciplina collettiva applicata.

Ora, come visto anche nelle fattispecie più sopra richiamate, non esiste un principio generale che richieda il necessario coinvolgimento del lavoratore nell'individuazione della disciplina collettiva da applicare al rapporto di lavoro individuale.

Tra l'altro, il d. lgs. n. 104 del 27 giugno 2022 – il c.d. “Decreto Trasparenza” – emanato in attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 (Proia, 2022, 641; Tursi, 2023, 1; Garofalo, Tiraboschi, 2023, 651), nel disciplinare «il diritto all'informazione sugli elementi essenziali del rapporto di lavoro e sulle condizioni di lavoro e la relativa tutela»⁶ e nel determinare di conseguenza il contenuto dell'obbligo di informazione gravante sui datori di lavoro pubblici e privati – modificando l'art. 1 del d. lgs. n. 152 del 26 maggio 1997 –, tra le informazioni che questi sono tenuti a comunicare vi fa rientrare anche «il contratto collettivo (...) applicato al rapporto di lavoro, con l'indicazione delle parti che lo hanno sottoscritto»⁷. È evidente che sebbene la norma non definisca affatto la necessità di ricorrere ad un accordo tra le parti per poter mutare il contratto collettivo applicato al rapporto individuale di lavoro, ai fini che qui interessano può comunque desumersi che, qualora il datore di lavoro voglia legittimamente realizzare tale modifica, egli debba quanto meno informare il lavoratore non solo di aver proceduto in tal senso ma anche rispetto a quale sia il contratto collettivo (anche aziendale) da considerarsi attualmente applicato, «con l'indicazione delle parti che lo hanno sottoscritto».

Non può confondersi infatti l'accordo di mutamento del contratto collettivo con i rinnovati obblighi di *disclosure* che gravano sul datore di lavoro attraverso l'obbligo di informativa, poiché nelle due diverse situazioni cambia completamente il tipo di coinvolgimento che si chiede al lavoratore: nell'accordo egli è parte attiva poiché – almeno formalmente – partecipa alla negoziazione esprimendo il suo consenso attraverso il patto.

Nel secondo caso, invece, il lavoratore si limita ad acquisire passivamente l'informazione rispetto ad una scelta effettuata in via unilaterale dal

⁶ Cfr. art. 1, d. lgs. n. 104/2022.

⁷ Cfr. art. 1, comma, lett. g), d.lgs n. 152/1997.

solo datore di lavoro.

Ciò nonostante, le parti contrattuali possono comunque scegliere di presentare presso le Commissioni di Certificazione l'istanza per richiedere la certificazione, ai fini civili, amministrativi, fiscali e previdenziali, dell'accordo modificativo del contratto individuale di lavoro.

Come già evidenziato, in questo caso si tratterebbe di certificare non il contratto di lavoro subordinato nel suo complesso ma, anzi, la sola clausola di rinvio al contratto collettivo ivi contenuta.

Verrebbe da interrogarsi, tuttavia, a valle delle considerazioni in ordine alla mancanza di una norma nell'ordinamento che richieda un accordo tra le parti per la modificazione del CCNL applicato al rapporto individuale di lavoro e, di converso, alla presenza di fattispecie normative in cui la modifica della disciplina collettiva può avvenire quale precipitato logico, senza che sia per ciò richiesto l'assenso del lavoratore, quale sia il valore aggiunto nel sottoporre al procedimento di certificazione, *ex art. 75 e ss. del d. lgs. n. 276/2003*, l'accordo in parola.

Tra le attribuzioni riconosciute alle commissioni di certificazione, oltre a quella di effettuare l'esatta qualificazione del contratto si aggiunge un'ulteriore competenza che consiste nell'accertare la genuinità del consenso delle parti nella stipulazione di singole clausole del contratto⁸ attraverso la verifica e l'attestazione dell'autentica volontà negoziale (Ciucciovino, 2016). Per quanto riguarda tali accordi, quindi, ci si deve chiedere se essi siano liberamente stipulabili tra le parti o se, invece, debbano considerarsi quali accordi produttivi dei loro effetti solo se sottoscritti nelle sedi che possano garantire un'assistenza al lavoratore, ovvero, di accordi tramite i quali i lavoratori possano rinunciare a diritti derivanti dalla legge o dai contratti collettivi.

Effettivamente, è bene sottolineare che quando si parla del passaggio ad una diversa fonte collettiva inevitabilmente viene da interrogarsi se tale modifica si riverberi anche su alcuni profili del rapporto di lavoro. In altre parole, si è portati a chiedersi se a tale modifica corrisponda una consequenziale variazione di alcuni degli elementi essenziali del rapporto di lavoro individuale quali, ad esempio, le mansioni o la retribuzione.

Se la risposta fosse positiva, allora si aprirebbero altre questioni e si dovrebbe verificare se gli accordi di mutamento del contratto collettivo applicato al rapporto non contengano in realtà al loro interno un'ipotesi di derogabilità assistita *ex art. 2103, comma 6, c.c.*, ovvero, un atto dispositivo

⁸ Cfr. art. 30 e 31 della L. n. 183 del 4 novembre 2010.

di diritti inderogabili *ex art.* 2113 c.c.

2. I limiti all'autonomia individuale nella modifica del CCNL

Avendo precisato da subito che gli accordi di mutamento del contratto collettivo applicato al rapporto individuale di lavoro sono espressioni dell'autonomia negoziale privata, occorre subito chiarire che, proprio per questo, si possono sottoscrivere liberamente senza alcuna assistenza al lavoratore.

Se dapprima, tuttavia, ci si è mossi verso la ricerca di una norma che espressamente richiedesse il formale consenso del lavoratore alla modifica del CCNL, ancor prima di entrare nel vivo delle questioni appena sopra riportate nel paragrafo precedente, è bene ribaltare i termini e le prospettive di ricerca e, interrogandosi da un punto di vista uguale e contrario rispetto a quello assunto in via di premesse, verificare se nell'ordinamento è possibile invece individuare un principio generale che osti o, quanto meno, mitighi la possibilità per le parti contrattuali di modificare la disciplina collettiva.

Detto più chiaramente: ci sono dei limiti all'autonomia privata individuale rispetto alla modifica consensuale della fonte collettiva applicata al rapporto di lavoro?

2.1. Il vincolo associativo alle organizzazioni che abbiano stipulato il CCNL...

Come già evidenziato in precedenza, nelle more del procedimento ora in analisi, si sottopone all'attenzione della commissione di certificazione un accordo modificativo del contratto di lavoro individuale che costituisce una legittima espressione dell'autonomia privata individuale *ex art.* 1322 c.c.

Nell'accordo si rileva che la modifica della fonte collettiva da applicare al rapporto di lavoro è stata convenuta liberamente dalle parti nella piena consapevolezza del contenuto e della portata dell'accordo modificativo, con particolare riferimento agli effetti derivanti dall'applicazione del nuovo contratto collettivo.

Tuttavia, prima di analizzare gli effetti che tale accordo produce in ordine all'inquadramento del lavoratore, ovvero, al trattamento retributivo a lui corrisposto, per rispondere alla domanda posta al concludersi del paragrafo precedente – alla quale non può che risponderci affermativamente –

si deve passare all'esame delle questioni giuridiche relativamente a quelli che sono i limiti che l'ordinamento riconosce alle parti che vogliono modificare la disciplina collettiva cui rinvia il contratto individuale di lavoro, il cui rispetto sta a fondamento della legittimità dell'accordo stesso.

La prima restrizione che l'ordinamento pone alla libertà delle parti di modificare le fonti sindacali di disciplina del rapporto di lavoro è da rinvenire nel principio della libertà sindacale di cui all'art. 39, primo comma della Costituzione.

Effettivamente è bene sottolineare che il requisito preliminare a che l'accordo di modifica possa ritenersi legittimamente concluso è che le parti non debbano avere vincoli associativi con le organizzazioni sindacali poiché, per consolidata giurisprudenza⁹, l'obbligo del rispetto del CCNL – e, di conseguenza, il limite alla libertà di rinegoziare la fonte collettiva del rapporto individuale di lavoro – sorge in prima battuta per quei rapporti individuali intercorrenti tra soggetti che siano iscritti alle associazioni che lo abbiano sottoscritto.

Evidentemente, pertanto, qualora il datore di lavoro sia iscritto ad un'associazione imprenditoriale che abbia sottoscritto un contratto collettivo nazionale di lavoro sarebbe inibito dalla possibilità di modificare la disciplina collettiva da applicare al rapporto individuale di lavoro.

In base al principio di libertà sindacale, quindi, e alla mancata attuazione dei commi 2-3-4 dell'art. 39 Cost., solo se in mancanza di vincoli associativi alle oo.ss., le parti possono decidere di rinviare ad un diverso contratto collettivo rispetto a quello precedentemente applicato.

L'art. 2070 c.c., per contro, non costituisce un ostacolo alla libera espressione dell'autonomia privata individuale in ordine alla modifica consensuale della fonte collettiva applicata al rapporto di lavoro. Il primo comma della citata disposizione contiene il principio secondo il quale ai fini dell'applicazione del contratto collettivo bisogna guardare alla categoria professionale di appartenenza del datore di lavoro, che si individua in ragione dell'attività da egli effettivamente esercitata.

Tuttavia, è un principio ormai consolidato¹⁰ che ai contratti collettivi di diritto comune non trovi applicazione tale disposizione e, pertanto, può dirsi che sul datore di lavoro non grava nessun obbligo legale di applicare

⁹ Cfr. Cass., 18.03.2024, n. 7203; Cass. 13.10.2021, n. 27923; Cass., 30.12.2021, n. 42001; Cass., 14.04.2001, n. 5596.

¹⁰ Cfr. Cass., n. 26742/2014; Cass., n. 11372/2008; Cass., n. 11372/2008, Trib. Roma, 11.02.2020, n. 135.

– e di conseguenza, di non poter liberamente modificare – lo specifico contratto collettivo di cui all'attività merceologica di appartenenza.

2.2. ...e il rispetto dei principi di proporzionalità e sufficienza ex art. 36 Cost. La funzione dell'art. 2070 c.c. come mero parametro per il solo trattamento retributivo da corrispondere

Il solo limite fino ad ora individuato alla possibilità di mutare il contratto collettivo applicato al rapporto di lavoro è, pertanto, il vincolo associativo nei confronti di quei soggetti che essendo iscritti ad un'associazione che ha stipulato un accordo collettivo sono obbligate ad applicarlo.

In mancanza di vincoli associativi alle organizzazioni sindacali stipulanti, però, il secondo ostacolo alla libertà di modifica consensuale della clausola del contratto individuale di rinvio alla fonte collettiva è il rispetto dell'art. 36 Cost.

Ciò significa che, con la conclusione dell'accordo modificativo, il nuovo contratto collettivo individuato dalle parti deve garantire una retribuzione sufficiente e proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato dal lavoratore.

Per consolidata giurisprudenza, inoltre, si deve tenere presente che nell'ipotesi in cui un contratto di lavoro sia regolato dal contratto collettivo di diritto comune proprio di un settore non corrispondente a quello dell'attività economica svolta dal datore di lavoro-imprenditore, il lavoratore può dedurre la non conformità al principio costituzionale della retribuzione proporzionale e sufficiente del trattamento economico previsto nel nuovo contratto collettivo applicato, facendo riferimento al citato art. 2070 c.c.¹¹

In altre parole, sulla scorta dell'orientamento giurisprudenziale, l'art. 2070 c.c. va utilizzata come mero parametro per la determinazione del trattamento utilizzato *ex art. 36 Cost.*

La legittimità di un accordo di mutamento del contratto collettivo applicato al rapporto di lavoro individuale, pertanto, è apprezzata nella misura in cui l'autonomia privata individui un contratto collettivo che non si discosti dai livelli di trattamento previsti dai minimi tabellari stabiliti dai contratti collettivi della categoria merceologica di appartenenza del datore di lavoro.

¹¹ Cfr. Cass., S.U. n. 2265/1997; Cass., 31.01.2012, n. 1415, Cass., 13.07.2009, n. 16340; Cass., 31.01.2012, n. 1415, Cass., 13.07.2009, n. 16340; Trib. Velletri, 23.02.2021, n. 285.

3. Gli effetti dell'accordo di mutamento del contratto collettivo applicato al rapporto

Una volta individuati i limiti all'autonomia negoziale individuale (vincolo associativo alle oo.ss. stipulanti; il rispetto del termine di riferimento di cui all'art. 2070 c.c. per la determinazione della retribuzione ex art. 36 Cost.), è utile interrogarsi su quali siano gli effetti che promanano dalla conclusione di un tale accordo e che ricadono sul rapporto di lavoro, in considerazione del fatto che ad esso viene applicato un nuovo CCNL.

3.1. La modifica dell'inquadramento a parità di mansioni e la riduzione del trattamento retributivo. Alcune osservazioni

È altamente probabile che a seguito della sostituzione della fonte collettiva applicata al rapporto di lavoro convenuta dalle parti si registri una modifica dell'inquadramento contrattuale del lavoratore, in linea con il nuovo CCNL (Garofalo, 2022, 107).

Tuttavia, a tale modifica dell'inquadramento non corrisponde altresì una modifica delle mansioni cui è adibito il lavoratore. Effettivamente, come è stato più volte sottolineato, l'oggetto dell'accordo in esame è esclusivamente il mutamento della fonte collettiva e nulla ha a che fare invece con la prestazione lavorativa, oggetto del contratto di lavoro.

Anzi, il parametro di riferimento che le parti utilizzano per individuare il livello di inquadramento di cui al nuovo contratto collettivo applicato al rapporto sono proprio le stesse mansioni assegnate e svolte dal lavoratore¹², andando a verificare nelle declaratorie contrattuali ove esse collocate nella nuova disciplina collettiva cui il contratto individuale di lavoro rinvia.

La modifica dell'inquadramento contrattuale, pertanto, può riconoscersi quale sorta di effetto collaterale dell'accordo in esame ma alla quale, tuttavia, non corrisponde un mutamento di mansioni ex art. 2103 c.c. (Brollo, 2015, 1177; Pantano, 2015, 95; Gargiulo, 2014, 106).

Tale circostanza, tra l'altro, viene fatta confermare anche dalle parti mediante specifiche dichiarazioni rese alla Commissione in sede di audizione.

Ferma rimanendo il contenuto professionale delle mansioni svolte, quindi, il nuovo inquadramento del lavoratore si giustifica solo in relazione al fatto che esso si riferisce ad un diverso sistema di classificazione, contenuto nel nuovo contratto collettivo applicato al rapporto di lavoro.

¹² Cfr. art. 96, comma 2, disp. att. c.c.

Assodato che tra gli effetti dell'accordo di mutamento della disciplina collettiva applicata al rapporto, non si registra un mutamento di mansione, può dirsi lo stesso per quanto riguarda il mutamento del trattamento retributivo corrisposto al lavoratore?

Può accadere infatti che il nuovo contratto collettivo preveda dei trattamenti retributivi inferiori rispetto a quelli previsti nel precedente accordo ed è possibile, pertanto, che al livello in cui è inquadrato il lavoratore corrisponda un minimo tabellare più basso.

Non essendoci una modifica *in pejus* delle mansioni del lavoratore (Cester, 2016, 167), non può applicarsi il principio di irriducibilità della retribuzione.

Tale eventualità, tuttavia, – purché nel rispetto dell'art. 36 Cost. – è legittima. Effettivamente, tra gli accordi che possono essere presentati alla commissione di certificazione si annoverano anche quelli aventi ad oggetto la riduzione del trattamento retributivo (Alvino, 2020, 827) e, anche in quel caso, una volta assicurato il trattamento minimo previsto dai CCNL per le mansioni effettivamente svolte dal lavoratore, non vi sono margini per escludere che le parti possano liberamente decidere di modificare – anche in senso peggiorativo – la retribuzione precedentemente concordata.

Qualora la modifica della disciplina collettiva determini una riduzione del trattamento retributivo minimo, può accadere che le parti convengano, nello stesso accordo di mutamento del CCNL o anche per accordo separato, che la differenza tra il minimo tabellare previsto dalla precedente disciplina collettiva e quello di cui al nuovo contratto collettivo debba intendersi quale superminimo.

Alla luce di quanto emerso, pertanto, si deve escludere che l'accordo in esame costituisca un'ipotesi di patto di demansionamento *ex* art. 2103 c.c., comma 6.

Tale disposizione, così come riformulata dall'art. 3, comma 1, del d.lsg. 15 giugno 2015, n. 81, dispone che «nelle sedi di cui all'art. 2113 c.c., quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale».

Nel caso dell'accordo in esame, evidentemente, manca l'elemento necessario, ossia, il demansionamento.

Per contro, tale accordo non può nemmeno ritenersi un atto dispositivo di diritti individuali previsti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo *ex* art. 2113 c.c.

Questo perché l'accordo modificativo in esame costituisce l'espressione dell'autonomia privata individuale diretta a modificare *per il futuro* la

fonte collettiva applicabile al rapporto di lavoro, restando fermi però i diritti acquisiti dal lavoratore in forza della fonte collettiva precedentemente applicata (Magnani, Ferraresi, 2013, 635).

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2020), *Accordi di riduzione della retribuzione: natura giuridica e limiti all'autonomia individuale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, p. 827 e ss.
- Brino V. (2014), *Successione di appalti e tutela della continuità dell'occupazione*, in Aimo M., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, p. 123 e ss.
- Brollo M. (2015), *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, n. 6, p. 1177 e ss.
- Carabelli U. – Veneziani B. (1999), *Il trasferimento di azienda in Italia*, in Aa.Vv., *La transmisión de empresas en Europa*, Cacucci, p. 142.
- Cester C. (2016), *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2013*, in *GDLRI*, p. 167 e ss.
- Ciucciovino S. (2016), *Certificazione dei contratti di lavoro*, in *Treccani, Diritto on line*.
- Cosio R. (2018), *Cambi di appalto, licenziamenti, trasferimenti di azienda e clausole sociali*, in *Lav. Dir. Europa*, n. 2.
- Gargiulo U. (2014), *La revisione della disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona.it – 3/2014*.
- Garofalo D., Tiraboschi M. (2023), *Prime riflessioni sul decreto “trasparenza” modificato dal decreto “lavoro”*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 4, I, pp. 651-676.
- Garofalo D. (2022), *Lo ius variandi tra categorie e livelli*, in *Mass. Giurisp. Lav.*, I, pagg. 107 e ss.
- Grandi M. (2007), *Trasferimento d'azienda*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, p. 1 e ss.
- Lambertucci P. (1999), *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Giap-pichelli.
- M. Magnani, M. Ferraresi (2013), *Art. 2113. Rinunzie e transazioni*, in *Commentario del codice civile*, (a cura di) O. Cagnasso - A. Vallebona, (diretto da) E. Gabrielli, Torino, Utet, 2013, 635 ss.
- Maresca A. (2001), *Le “novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, 2, pp. 587-597.
- Pantano F. (2015), *Le modifiche consensuali dell'oggetto del contratto e la tutela della professionalità*, in Zilio Grandi G., Gramano E. (a cura di), *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act. Quadro legale e profili problematici*, p. 95 e ss.
- Pettinelli R., *La tutela dei lavoratori nella successione di imprenditori nel contratto di appalto tra clausole di riassorbimento della manodopera e trasferimento d'azienda*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona.it – 425/2020*.

- Proia G. (2022), *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *Mass. di giurispr. del Lav.*, n. 3, pp. 571-602
- Romei R. (2021), *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda. Art. 2112 c.c.*, Giuffrè.
- Tullini P. (2019), *Processi organizzativi e continuità del lavoro nelle società partecipate*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, p. 33 e ss.
- Tursi A. (2023), *“Trasparenza” e “diritti minimi” dei lavoratori nel decreto trasparenza*, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 1, pp. 1-24.
- Villa E. (2016), *Subentro nell'appalto labour intensive e trasferimento d'azienda: un puzzle di difficile composizione*, in *Lav. e Dir.*, n. 1., p. 69 e ss.

Capitolo 17

Patti di non concorrenza tra autonomia dei privati e controllo dell'interprete

Francesco Longobucco

SOMMARIO

1. La disciplina dei patti di non concorrenza: inquadramento sistematico e aspetti civilistici – 2. Il ruolo della Commissione di certificazione: controllo di *legalità* e di *meritevolezza* sulle clausole di non concorrenza. I profili rimediali: cenni – 3. (*segue*). I patti di non concorrenza nei verbali di conciliazione e la relativa casistica – 4. Rilievi conclusivi

1. La disciplina dei patti di non concorrenza: inquadramento sistematico e aspetti civilistici

I patti di non concorrenza, nell'esperienza giuslavoristica, trovano, come è noto, la loro disciplina negli artt. 2105 e 2125 c.c.; le norme testé richiamate sono dirette ad introdurre un bilanciamento di interessi tra l'esigenza di preservare la mobilità del mercato del lavoro e quella di salvaguardare la libertà di impresa e il patrimonio aziendale nelle sue componenti sia interne (organizzazione e processi) sia esterne (avviamento e clientela) dalla concorrenza "differenziale" del prestatore di lavoro.

Per altro verso, le norme in esame appaiono funzionalmente affini (Trioni, 1982, 116; in senso contrario, sulla diversità di *ratio*, oggetto e scopo, Boscati, 2010, 114). Da un lato, infatti, il divieto pattizio di concorrenza, assunto tra datore di lavoro e lavoratore, trae le sue radici dal generale dovere di buona fede oggettiva e di cooperazione tra imprenditore e lavoratore, che innerva il contratto di lavoro sia nella fase di esecuzione del rapporto sia, anche, in quella successiva; di qui la rilevanza dell'obbligo di fedeltà (*ex* art. 2105 c.c.), che impone al prestatore di lavoro di non svolgere attività in concorrenza con l'imprenditore e di non divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, ovvero di non utilizzarle, in ogni caso, in maniera controfunzionale. Dall'altro lato,

l'art. 2125 c.c., in continuità con l'art. 2105 c.c., si premura, nell'ottica di bilanciare gli interessi in gioco tra le parti, di sagomare, in maniera puntuale, gli aspetti di struttura del patto di non concorrenza (Fabris, 1976, *passim*; Minale Costa, 2007, 638; Id., 1977, 402; Izar, 1997, 733).

L'assetto funzionale individuato dal legislatore codicistico consente dunque di qualificare il patto di non concorrenza, come correntemente sostenuto sia in dottrina sia in giurisprudenza¹, alla stregua di un negozio oneroso a prestazioni corrispettive (Bianchi D'Urso, 1988, 1; Riva Sanseverino, 673). Appare peraltro condiviso in dottrina che «il patto di non concorrenza, ancorché aggiunto quale 'clausola' al contratto di lavoro, costituisce un negozio autonomo dal contratto di lavoro e contraddistinto da una propria causa, consistente nello scambio sinallagmatico tra l'obbligazione negativa, di contenuto astensivo, assunta dal prestatore, e l'obbligazione al pagamento del corrispettivo assunta dall'imprenditore» (Lattanzio, 2019, 1, spec. 3). Tra il patto in parola e il contratto di lavoro vi è, comunque, sempre un collegamento di tipo funzionale (Boscati, 2010, 129 ss.)².

Il patto di non concorrenza, alla stregua della richiamata disciplina codicistica, si struttura sulla base di precisi limiti eteronomi imposti ai paciscenti dal legislatore; come è noto, infatti, richiamati gli elementi caratteristici della prestazione, il negozio in discorso deve presentare un oggetto il più possibile definito, individuare un limitato ambito territoriale di operatività, determinare un corrispettivo, stabilire una durata predefinita: di tali elementi la giurisprudenza di legittimità e di merito ha di volta in volta offerto una chiarificazione anche in relazione alla variegata casistica che è stata dalla stessa esaminata negli anni³.

¹ Cass. 2221/1988; Cass. 3507/1991; Cass. 7835/2006.

² La giurisprudenza di legittimità ha rimarcato, sin da tempi ormai risalenti, che l'art. 2125 c.c. trova applicazione al patto concluso posteriormente alla cessazione del rapporto, purché «in sede di definizione di un conflitto di interessi ancora pendente, relativo al precorso rapporto [di lavoro]»: cfr. Cass., SS.UU., 630/1965.

³ Cfr., di recente, Cass., ord., 9790/2020, con la quale la Corte di cassazione ha ribadito che «il patto di non concorrenza, che può essere stipulato tra datore di lavoro e dipendente per il periodo successivo alla cessazione del rapporto, dev'essere contenuto, ai sensi dell'art. 2125 c.c., entro determinati limiti di oggetto, tempo e luogo che, valutati nel loro complesso, lascino in concreto al lavoratore la possibilità di svolgere un'attività lavorativa coerente con la professionalità acquisita» (conf. Cass. 24662/2014; Cass. 11104/2007; Cass. 7835/2006; App. Milano, 17.03.2006; Trib. Milano, 22.10.2003; Trib. Milano, 8.06.2002). Pertanto, «devono escludersi dal possibile oggetto del patto, in quanto inidonee ad integrare concorrenza, attività estranee allo specifico settore produttivo o commerciale nel

In questo contesto, dunque, l'oggetto del patto in esame potrebbe riguardare non soltanto le mansioni svolte dal lavoratore presso l'originario datore di lavoro, ma altresì la diversa attività lavorativa che il prestatore potrebbe esercitare in concorrenza con l'ex datore di lavoro. La delimitazione dell'oggetto può anche riguardare la selezione diretta e puntuale dei soggetti verso i quali l'ex dipendente non potrà svolgere una determinata attività lavorativa.

Quanto al requisito dell'ambito territoriale, lo stesso deve fare riferimento ad uno spazio geografico ben precisato, ovvero, quantomeno individuabile attraverso i criteri indicati analiticamente nel patto. Ne discende che il profilo dell'oggetto appare dirimente al fine di stabilire l'area fisiologica e patologica del *non facere*, posto che il patto è nullo quando, per ampiezza, esso è idoneo a comprimere l'esplicazione della concreta professionalità del lavoratore, limitandone ogni potenzialità reddituale⁴.

La durata legale del patto è stabilita dall'art. 2125 c.c., in cinque anni, se si tratta di dirigenti, e in tre anni negli altri casi, con l'effetto che la pattuizione di una durata maggiore determina senz'altro una *reductio ope legis/iudicis* ai suddetti termini legali imperativi.

Il corrispettivo, inoltre, deve essere congruo e proporzionato, tenendo presente la misura della retribuzione fruita in costanza di rapporto, l'estensione territoriale ed oggettiva del divieto e la professionalità del prestatore,

quale opera l'azienda, ovvero al mercato nelle sue oggettive strutture, ove convergono domande ed offerte di beni o servizi identici oppure reciprocamente alternativi o fungibili, comunque, parimenti idonei ad offrire beni o servizi nel medesimo mercato».

⁴ Ove il patto di non concorrenza stipulato tra il datore di lavoro e il lavoratore ricomprenda attività non in concorrenza con quelle svolte dall'impresa datoriale, lo stesso è nullo, in tutto o in parte, giacché viola i limiti relativi all'oggetto imposti dall'art. 2125 c.c., mentre – come precisato dalla Cassazione in varie pronunce – quando lo stesso «è diretto, non già a limitare l'iniziativa economica privata altrui, ma a precludere in assoluto ad una parte la possibilità di impiegare la propria capacità professionale nel settore economico di riferimento [*ndr*, il patto è] nullo in quanto contrastante con l'ordine pubblico costituzionale (artt. 4 e 35 Cost.)»: Cass. 24159/2014; Cass. 16126/2001. Anche nella giurisprudenza di merito si osserva che, *ex* art. 2125 c.c., il patto di non concorrenza «può riguardare qualsiasi attività lavorativa che possa competere con quella del datore di lavoro e non deve limitarsi alle sole mansioni espletate dal lavoratore nel corso del rapporto. Esso deve, tuttavia, ritenersi nullo allorché la sua ampiezza sia tale, in ragione del tipo di attività vietata e della sua estensione territoriale, da comprimere eccessivamente la libertà della capacità lavorativa del lavoratore e non sia stato stabilito un compenso adeguato al sacrificio del lavoratore» (App. 21.06.2009).

di talché è nullo il patto di non concorrenza che preveda un corrispettivo modesto in presenza di ridotti margini di possibilità di lavoro in favore del prestatore. Tale corrispettivo, che è imponibile a tutti gli effetti, fiscali e contributivi (eccezione fatta per l'erogazione al termine del rapporto, ipotesi nella quale è prevista la sola tassazione separata) e computabile nel trattamento di fine rapporto, potrà essere erogato in costanza di rapporto, o alla cessazione dello stesso, ovvero, ancora, in rate periodiche, con la corresponsione immediata del residuo pattuito in un'unica soluzione in caso di cessazione del rapporto⁵.

Centrale diventa, altresì, il requisito della forma scritta, avendo a mente che il patto di non concorrenza può sia trovare ubicazione all'interno del contratto di lavoro sia assurgere a pattuizione separata ed autonoma. Si è in presenza, evidentemente, non già di mera forma *ad probationem*, bensì di una forma *ad substantiam* avente una chiara *ratio* "protettiva" del soggetto debole del rapporto di lavoro (Perlingieri, 1987, *passim*), oltre che una funzione di certezza nell'interesse di entrambe le parti. Il requisito della forma scritta ritorna infatti ad imporsi in relazione alla sia pur discussa applicabilità ai patti di non concorrenza della disciplina in tema di condizioni generali di contratto (artt. 1341, comma 2, e 1342 c.c.), richiedendosi la specifica

⁵ Cass. 22247/2021 affronta il profilo controverso della legittimità e validità di un patto di non concorrenza che veda il suo corrispettivo erogato in corso di rapporto e non alla sua scadenza. La previsione di un compenso commisurato ad una percentuale della retribuzione mensile, da erogarsi con la medesima periodicità di questa, infatti, è stata spesso ritenuta dalla giurisprudenza non rispondente al requisito di determinabilità imposto dagli artt. 1346 e 2125 c.c., giacché il compenso erogato in costanza di rapporto non permette di valutare *ex ante*, al momento della sottoscrizione del patto, la congruità del compenso stesso rispetto ai limiti imposti al lavoratore – in termini di durata, estensione territoriale ed attività precluse. Ne conseguirebbe, dunque, un'alterazione della sinallagmaticità del patto di concorrenza, considerato che, al momento della relativa conclusione, il corrispettivo sarebbe del tutto indeterminabile poiché ancorato a una circostanza fattuale, ovvero la durata del rapporto, del tutto imprevedibile *ex ante* [*contra*, per l'erogabilità del corrispettivo anche in costanza di rapporto, è, invece, Cass. 22247/2021, che richiama la propria pronuncia n. 3507/2001: dunque, sarebbe ravvisabile la nullità del patto di prova, per violazione dell'art. 2125 c.c., soltanto qualora il corrispettivo non sia pattuito ovvero sia simbolico o manifestamente iniquo o sproporzionato. Tale principio apre dunque alla possibilità di una valutazione *ex post* della congruità del corrispettivo, sebbene, in ipotesi di breve durata del rapporto di lavoro, il corrispettivo potrebbe rappresentare una somma non congrua se raffrontata ai vincoli previsti dal patto (in tal senso si è orientata spesso la giurisprudenza di merito)].

sottoscrizione dei patti in discorso da parte del lavoratore in presenza di un accordo che si sostanzia «in una restrizione alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi», cioè, ovviamente, ove il patto sia inserito in moduli o formulari⁶.

Quanto alla cessazione degli effetti, si è posto il problema se il datore di lavoro possa, discrezionalmente e a suo completo arbitrio, sciogliere (tramite recesso unilaterale, anche in costanza di preavviso, ovvero contemplando, per esempio, un'ipotesi di risoluzione di diritto) il rapporto disciplinato dall'accordo di non concorrenza; la soluzione espressa dalla giurisprudenza è negativa⁷, non potendosi infatti configurare un potere unilaterale del datore di lavoro di incidere sulla durata temporale del vincolo, ovvero di caducare *ex uno latere* l'attribuzione patrimoniale pattuita. Diversa è invece l'ipotesi della previsione di un diritto di opzione in favore del datore di lavoro, da esercitarsi entro un termine definito nel patto e, in ogni caso, dopo la cessazione del rapporto: si tratta, in tale evenienza, di una legittima clausola di opzione, che pone l'altra parte (il prestatore) in una po-

⁶ Trib. Milano, 25.06.2003, secondo cui «anche con riferimento al patto di non concorrenza, la necessità della specifica approvazione *ex art.* 1341, comma 2, c.c., sorge allorché la clausola onerosa sia inserita in un più ampio e articolato complesso di condizioni contrattuali» (conf. App. Firenze, 3.04.2009). Al contrario, non sembra convincente l'orientamento di quella parte minoritaria della giurisprudenza secondo la quale la disposizione di cui all'art. 1341 c.c. non sarebbe applicabile al contratto di agenzia in quanto, essendo questo un contratto *intuitu personae*, lo stesso sarebbe inidoneo ad essere utilizzato per una serie indefinita di rapporti (Trib. Vicenza 27.01.2003, che ha ritenuto ammissibile e legittima, escludendone la natura vessatoria, la clausola risolutiva espressa la quale prevede la facoltà del preponente di porre fine al contratto in caso di mancato raggiungimento da parte dell'agente di un minimo di fatturato convenuto).

⁷ Cass. 23723/2021 afferma il principio per cui la rinuncia al patto dopo cinque anni dalla sua sottoscrizione da parte dell'imprenditore, pur nella continuità del rapporto (complessivamente, nel caso di specie, durò 11 anni), non trova alcuna giustificazione, posto che le reciproche obbligazioni sono state codificate e cristallizzate al momento della stipula e non possono cessare in un momento successivo e che gli effetti sono già operativi e non possono essere condizionati da una risoluzione unilaterale riconducibile, insindacabilmente, alla volontà del datore di lavoro. L'assunto, in termini più generali, è stato ribadito anche da Cass. 4032/2022, per cui la risoluzione del patto di non concorrenza non può essere rimessa all'arbitrio del datore di lavoro. Al datore di lavoro non è consentito infatti di incidere unilateralmente sulla durata temporale del vincolo o di far venir meno l'attribuzione patrimoniale stabilita a fronte del patto di non concorrenza. Quindi le clausole che prevedano la facoltà unilaterale e discrezionale di recesso a favore del datore di lavoro, stipulate nel suo esclusivo interesse, sono clausole nulle perché contrarie a norme imperative.

sizione di soggezione, di talché il mancato esercizio del diritto di opzione da parte del datore di lavoro, entro il termine stabilito, libera definitivamente il lavoratore.

Gli elementi di struttura, così sommariamente ricostruiti anche alla stregua dei richiamati orientamenti giurisprudenziali, devono ritenersi, per ovvi motivi, elementi essenziali ed inderogabili, pena alterare la funzione tipica del patto e, come si osserverà *ex professo*, essi rappresentano il fulcro del controllo di legittimità e di meritevolezza del quale la Commissione di certificazione e di conciliazione è stata investita negli anni della sua attività.

Ne discende che un accurato scrutinio sui patti di non concorrenza non potrà prescindere da un loro inquadramento nell'ambito delle categorie civilistiche generali enucleabili dal comparto delle obbligazioni, *in primis* dalla disciplina delle obbligazioni negative (sul piano generale, Coviello jr., 1978, rist., *passim*; Deplano, 2014, spec. 121, con particolare riguardo al rapporto tra la durata del patto di non concorrenza e l'eventuale possibile adempimento tardivo da parte del debitore), soprattutto nel momento patologico della vicenda regolamentata dal patto: si pensi alla non configurabilità della *mora debendi*, salvo i casi di scindibilità delle prestazioni alla luce della durata del vincolo obbligatorio (Deplano, 2014, p. 121), al peculiare riparto dell'*onus probandi* nella dimostrazione dell'inadempimento⁸, al coordinamento sistematico con la disciplina dei divieti di alienazione *ex art.*

⁸ Il punto è stato fatto dalla nota Cass., SS. UU., 13533/2001, di cui conviene richiamare l'approdo argomentativo: «ove sia dedotta la violazione di una obbligazione di non fare, la prova dell'inadempimento è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento. Il diverso regime [rispetto alla portata dell'art. 1218 c.c.] è giustificato dalle seguenti considerazioni. Ai sensi dell'art. 1222 c.c., ogni fatto compiuto in violazione di obbligazioni di non fare costituisce di per sé inadempimento. L'inadempimento di siffatte obbligazioni integra un fatto positivo e non già un fatto negativo come avviene per le obbligazioni di dare o di fare. Comune presupposto dei rimedi previsti dall'art. 1453 c.c. è quindi un inadempimento costituito da un fatto positivo (l'esecuzione di una costruzione, lo svolgimento di una attività). Non opera quindi, qualora il creditore agisca per l'adempimento, richiedendo l'eliminazione delle modificazioni della realtà materiale poste in essere in violazione dell'obbligo di non fare, ovvero la risoluzione o il risarcimento, nel caso di violazioni con effetti irreversibili, il principio della persistenza del diritto insoddisfatto, perché in presenza di obbligazioni negative il diritto nasce soddisfatto e ciò che viene in considerazione è la sua successiva violazione, né sussistono le esigenze pratiche determinate dalla difficoltà di fornire la prova di fatti negativi sulle quali si fonda il principio di riferibilità della prova, dal momento che l'inadempimento dell'obbligazione negativa ha natura di fatto positivo».

1379 c.c. (Funajoli, 1964, 401; Lojacono, 1964, 89; da ultimo, Salvi, 2016, *passim*), che richiama, ancora una volta, l'attenzione in ordine alla meritevolezza c.d. dinamica (Ferrario Hercolani, 2009, 5 ss.; Longobucco, 2012, 192 ss.), cioè a quella particolare categoria di meritevolezza che assiste tutti gli accordi aventi ad oggetto l'esecuzione della prestazione protratta nel tempo (obbligazioni continuative e periodiche).

2. Il ruolo della Commissione di certificazione: controllo di legalità e di meritevolezza sui patti di non concorrenza. I profili rimediiali: cenni

Alla Commissione di certificazione è rimesso allora il compito di vagliare la clausola di non concorrenza proposta dalle parti, in modo da, se ritenuta ammissibile, attribuirle quel peculiare *effetto preclusivo* connesso all'atto di certificazione e, ancora prima, alla transazione c.d. novativa (secondo la nota espressione introdotta, in relazione al fenomeno dell'accertamento, da Falzea, 1997, 168 ss.), nel senso di qualificare la clausola di *non facere* alla stregua dell'art. 2125 c.c., di cristallizzarne il contenuto, di garantirle, il più possibile, un crisma di legalità, che espleti, peraltro, la tipica funzione antiprocessuale demandata alla Commissione, al fine di sterilizzare eventuali possibilità di controversia (Longobucco, 2012, 31 ss.).

Nell'ipotesi specifica dei patti di non concorrenza, il ruolo della Commissione di certificazione attiene, anzitutto, ad un inevitabile controllo di legalità della clausola proposta dalle parti.

Tale controllo investe i prefati parametri normativi di struttura, segnatamente quello della precisa delimitazione dell'oggetto anche in relazione alle sempre più possibili attività che si svolgono "da remoto", e tutto ciò nella prospettiva di prevenire il rischio che l'individuazione geografica di una zona molto ampia possa determinare, in caso di contenzioso, la nullità del patto. La Commissione è pertanto veicolo fondamentale per costruire il regolamento e suggerire una modifica della clausola, nella prospettiva di una maggiore determinatezza, eliminando, per esempio, attività (proposte dalle parti) non idonee ad integrare concorrenza ed altresì capaci, nel giudizio di bilanciamento degli interessi concreti, di determinare un eccessivo sacrificio delle potenzialità economiche e della professionalità del lavoratore – valori questi imprescindibili nella prospettiva tracciata dalla giurisprudenza – rispetto al valore della segretezza (*non disclosure*) ed integrità dell'organizzazione aziendale.

Sotto l'aspetto del corrispettivo dovuto al prestatore, alla Commissione spetta il delicato compito di vagliare – in relazione a tutte le circostanze del caso concreto e degli elementi di clausola proposti – la congruità del corrispettivo, con la finalità di evitare possibili conflitti che possano sfociare *ex post*, per esempio, in una richiesta di rinegoziazione del patto o di integrazione giudiziale dell'oggetto ovvero, in ultima analisi, di scioglimento dell'accordo per eccessiva onerosità sopravvenuta. La Commissione all'uopo può, in ottica prognostica e per la sapiente costruzione del patto, suggerire, per esempio, alle parti una indicizzazione del corrispettivo, come anche l'inserzione di un meccanismo negoziale di rivalutazione.

Sotto altro aspetto, l'Organismo valuta il profilo della durata degli effetti, *in primis* in relazione al parametro legale offerto dall'art. 2125 c.c. e, in secondo luogo, in relazione alla meritevolezza complessiva del termine proposto dalle parti (c.d. meritevolezza dinamica sopra richiamata), anche, e specialmente, allorché sia prevista la ultrattività degli effetti del patto dopo la cessazione del rapporto.

Quanto alle ipotesi di cessazione dell'accordo di non concorrenza, la Commissione esamina, ancora una volta, il profilo degli interessi in gioco, eliminando, per esempio, le previsioni, eventualmente proposte dalle parti, di scioglimento del patto o di rinuncia *ex uno latere*, fatta salva l'ipotesi, dietro menzionata, di concessione, volontaria e consapevole da parte del lavoratore, di una opzione in favore della parte datoriale da esercitarsi, entro un termine stabilito, dopo la cessazione del rapporto; in tal caso, il ruolo della Commissione si esplicherà nel senso di verificare attentamente che il corrispettivo dell'opzione concessa non soltanto sia congruo ma, altresì, non si configuri come una remunerazione per attività che il datore di lavoro è tenuto obbligatoriamente a prestare (per esempio, la formazione professionale).

La Commissione pone altresì attenzione alle previsioni di inadempimento al patto e ai relativi rimedi pattizi indicati nella clausola, quali le azioni cautelari, le azioni di restituzione, la previsione di penali irriducibili, le azioni risarcitorie (sui rimedi giudiziali e stragiudiziali azionabili nell'ipotesi di violazione del patto di non concorrenza: Boscato, 2010, 249 ss.; sui profili di ammissibilità dell'induzione all'inadempimento da parte del terzo imprenditore⁹, Di Ciommo, 2023, 689 ss.); in nessun caso il patto proposto

⁹ In giurisprudenza, Cass. 13550/2017 rimarca che il fatto che un terzo benefici dell'inadempimento del lavoratore rispetto a un obbligo di esclusiva o di fedeltà o non concorrenza non integra i presupposti del fatto illecito in capo a tale terzo, in quanto tali obblighi non sono efficaci nei suoi confronti.

potrà limitare oppure escludere in via preventiva le tutele azionabili alla stregua dell'ordinamento vigente, anche in ossequio all'art. 1229 c.c., che, come è noto, disciplina i patti di limitazione/esclusione della responsabilità del debitore (Benatti, 2022, rist., *passim*; Longobucco, 2017, 170 ss.).

Non da ultimo, eventuali statuizioni di modifiche del patto o di scioglimento concordati dell'accordo, da adottare senza il ricorso alla forma scritta obbligatoria ovvero al di fuori di una sede protetta, non potranno superare il vaglio di legittimità che l'Organismo è chiamato sempre ad esprimere.

Ad uno sguardo d'insieme, dunque, la Commissione risulta investita, anche nel caso dei patti di non concorrenza, di un ruolo fondamentale di controllo in funzione preventiva del contenzioso per i rapporti di lavoro sia subordinato sia autonomo, che spazia dal governo della normativa applicabile (*legalità*) alla migliore composizione di tutti gli interessi rilevanti nel caso concreto (*meritevolezza*) (per la distinzione tra i due parametri – appunto di liceità e meritevolezza –, Perlingieri, 2020, 99 ss.; *contra*, per l'inutilità del giudizio di meritevolezza, Ferri, 1979, 8 ss.; Guarnieri, 1994, p. 324 ss.) e ciò attraverso: – un uso sapiente del principio quantitativo di proporzionalità, in relazione al necessario sindacato economico sull'oggetto del patto al fine di prevenire uno squilibrio economico del rapporto; – l'impiego della clausola elastica di buona fede oggettiva sia in *executiivis* sia in caso di ultrattività degli effetti del patto; – l'attuazione del principio qualitativo di ragionevolezza, che impone un accurato giudizio di bilanciamento degli interessi in gioco, specie alla luce degli artt. 4 e 35 Cost. (sul tema, in ordine generale, Perlingieri, 2015, 1 ss.); – una interpretazione del patto di non concorrenza necessariamente sistematica, in *combinato disposto* con le diverse clausole del contratto, le quali devono essere soppesate le une per mezzo delle altre (art. 1362 c.c.), ovvero in relazione all'intero contratto se il patto di non concorrenza risulta “a causa autonoma”.

Di tali parametri di controllo la Commissione di certificazione e di conciliazione ha mostrato, nel corso degli anni, di dover fare necessariamente un buon governo, al fine di espletare, nel migliore dei modi, le note funzioni individuate dal legislatore nel noto d. lgs. n. 276/2003.

3. *(segue)* I patti di non concorrenza nei verbali di conciliazione e la relativa casistica

Il tema dei patti di non concorrenza ha interessato anche i verbali di conciliazione portati finora all'attenzione della Commissione.

La casistica risulta variegata e muove dalle ipotesi più frequenti di scioglimento del patto (anche in costanza di rapporto), accompagnato talvolta dalla rinuncia espressa al corrispettivo, fino ai casi di ultrattività degli effetti dopo la cessazione del rapporto, con la previsione di un apposito compenso per l'obbligazione di non fare assunta (soggetto a tassazione separata e non imponibile dal punto di vista contributivo).

Nelle ipotesi considerate la disciplina degli effetti risulta particolarmente dettagliata, spaziando da una delimitazione restrittiva *a parte obiecti* e *a parte subiecti*, incluso il divieto di storno dei dipendenti o collaboratori dell'impresa, all'individuazione delle attività vietate anche *quoad effectum* in relazione, cioè, a quelle condotte che possono essere realizzate "a distanza", tramite l'impiego di mezzi tecnologici (per esempio, email, videoconferenze, ecc.) in un dato territorio, ma che nondimeno possono veicolare i propri effetti anche in territori diversi da quello ove l'attività viene principalmente svolta, alla previsione analitica di fonte negoziale dei rimedi civili esperibili dalle parti in caso di inadempimento al patto (per esempio, l'esecuzione in forma specifica, la tutela cautelare inibitoria, la previsione di una penale irriducibile, il risarcimento del maggior danno, eventuali clausole di compensazione).

A venire in rilievo è, da ultimo e frequentemente, la specificazione di doveri *ex fide bona* di comunicazione e di informazione per iscritto – talvolta anche sanzionati con la previsione di una penale irriducibile – posti a carico del lavoratore verso il datore di lavoro per tutta la durata di ultrattività del patto, e tanto al fine di consentire il legittimo ed analitico potere di *monitoring* del datore di lavoro sull'attività dell'ex-prestatore.

4. Rilievi conclusivi

Il breve *excursus* tracciato dimostra che i patti di non concorrenza hanno rappresentato un utile banco di prova per consentire alla Commissione di esercitare le sue rilevanti funzioni, non soltanto di presidio di qualificazione e di legalità della *fattispecie* – nel caso specifico alla stregua dell'art. 2125 c.c. – ma, altresì, di meritevolezza e ragionevolezza degli ac-

cordi raggiunti sia nell'ambito del regolamento contrattuale proposto sia in seno ai verbali di conciliazione sottoscritti dinanzi alla medesima.

Dovendo fare un primo bilancio, benemerita è stata l'attività svolta fino ad oggi dall'Organismo in funzione di garantire l'equilibrio tra le posizioni coinvolte, senza mai snaturare il ruolo dell'autonomia privata, ove contenuta nei limiti posti dalla legge e meglio esplicitati dalla riferita giurisprudenza *in subiecta materia*, attribuendo all'autonomia dei privati – dopo un accurato controllo alla stregua di norme, principi e clausole generali – una patente di ammissibilità, la quale ha di fatto impedito l'insorgere di conflitti *post* accordo ed ha certamente contribuito a deflazionare il carico giudiziario, così realizzandosi concretamente quella funzione di prevenzione del processo che è fondamentale, d'altronde, nell'operato di ogni accorto interprete allorquando costui si affacci alla casistica e alle esigenze del caso concreto (contesto aziendale e specifico mercato del lavoro di volta in volta considerato).

Riferimenti bibliografici

- Benatti F. (2022), *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, rist., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- Bianchi D'Urso F. (1988), (voce) *Concorrenza. III) Patto di non concorrenza*, in *Enc. giur.* Treccani, VII, Roma, 1 ss.
- Boscato A. (2010), *Patto di non concorrenza. Art. 2125*, in F.D. Busnelli (a cura di), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè.
- Coviello jr. L. (1978), *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, rist., Edizioni Scientifiche Italiane, Camerino.
- Deplano S. (2014), *Le obbligazioni negative*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- Di Ciommo F. (2023), *Patti di non concorrenza e responsabilità civile di lavoratore e terzo*, in *Danno resp.*, 6, 689 ss.
- Fabris P. (1976), *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè.
- Falzea A. (1997), voce *Efficacia giuridica*, ora in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 5 ss.
- Ferrario Hercolani M. (2009), *La durata delle obbligazioni di origine volontaria e la libertà del debitore*, Cedam, Padova.
- Ferri G.B. (1979), *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, I, 8 ss.
- Funajoli G.B. (1964), voce *Divieto di alienazione (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 401 ss.
- Guarneri A. (1994), *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, Utet.
- Izar V. (1997), *Considerazioni sul patto di non concorrenza*, in *Dir. prat. lav.*, 1997, 733 ss.
- Lattanzio F. (2019), *Il patto di non concorrenza del lavoratore tra diritto e prassi*, in *Lavori dir. Europa*, 2019, 2, 1 ss.
- Lojacono V. (1964), voce *Inalienabilità (clausole di)*, in *Enc. del dir.*, XX, Milano, Giuffrè, 89 ss.
- Longobucco F. (2012), *Certificazione dei contratti di lavoro e categorie civilistiche*, in *Pol. dir.*, 1, 31 ss.
- Longobucco F. (2012), *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- Longobucco F. (2017), *Mutamenti convenzionali del regime legale dell'inadempimento: profili sistematici e ricostruttivi*, in *Contr. impr.*, 1, 170 ss.

- Minale Costa E. (1977), *Lineamenti del patto di non concorrenza*, in *Annali Genova*, 402 ss.
- Minale Costa E. (2007), (voce) *Patto di non concorrenza*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., agg., Torino, Utet.
- Perlingieri G. (2015), *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- Perlingieri P. (1987), *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Camerino.
- Perlingieri P. (2020), *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4^a ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- Riva Sanseverino L. (1977), *Sub art. 2125 c.c.*, in *Disciplina della attività professionali, impresa in generale: artt. 2060-2134*, in A. Scialoja e G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, Zanichelli.
- Salvi G. (2016), *Validità ed efficacia del divieto convenzionale di alienazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- Trioni G. (1982), *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè.

Sezione VI

LA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI
IN CUI SIA DEDOTTA INDIRETTAMENTE
UNA PRESTAZIONE DI LAVORO

Capitolo 18

La certificazione dei contratti di appalto

Luisa Monterossi

SOMMARIO

1. Il campo di indagine – 2. I requisiti del contratto di appalto – 2.1.1. L'organizzazione dei mezzi – 2.1.2. L'autonomia organizzativa nella prassi contrattuale – 2.2. Il rischio di impresa – 3. Le fattispecie affini all'appalto – 3.1. Appalto e contratto d'opera – 3.2. Appalto e contratto di subfornitura – 4. L'appalto stipulato con A.T.I., reti di imprese e Consorzi

1. Il campo di indagine

L'appalto rappresenta una forma di decentramento produttivo mediante cui un soggetto affida a un altro la realizzazione di un'opera o di un servizio. Esso si rivela particolarmente vantaggioso per il committente, consentendo un'utilizzazione indiretta di lavoro (sul tema Carinci, 2014) a costi più contenuti rispetto ad altre procedure di esternalizzazione¹. Attesa la sua maggior economicità, il contratto di appalto si è rivelato non di rado facile terreno di abusi, fungendo da schermo per celare interposizioni illecite di manodopera.

In un simile scenario, l'istituto della certificazione assume una particolare rilevanza al fine di ristabilire i confini tra gli schemi contrattuali, nell'esplicazione della sua tipica funzione di attribuire certezza pubblica alla qualificazione contrattuale.

Non a caso il d. lgs. n. 276/2003 prende espressamente in considerazione il contratto di appalto stabilendo che esso può essere assoggettato alle procedure di certificazione sia nella fase di stipulazione che in quella successiva di esecuzione del regolamento contrattuale «anche ai fini della

¹ Il ricorso all'*outsourcing*, come noto, comporta innegabili benefici consistenti non soltanto nell'abbattimento dei costi di produzione, ma anche nella possibilità di scaricare i rischi di gestione su un terzo e di fruire di competenze specialistiche attinte dall'esterno, potendosi il committente concentrare sul core business aziendale.

distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto» (art. 84)².

Pertanto, al pari di quanto previsto per gli altri contratti di natura commerciale, con riferimento all'appalto la Commissione dovrà valutare i profili giuslavoristici, concentrandosi, più precisamente, sulla sussistenza degli elementi che identificano l'appalto genuino e che permettono di escludere il configurarsi di ipotesi di somministrazione irregolare, alla stregua dei criteri distintivi tra appalto e somministrazione cristallizzati nell'art. 29, d. lgs. n. 276/2003 e interpretati dalla copiosa giurisprudenza sviluppata in materia.

Esulano invece dal campo di indagine gli aspetti non funzionali ad operare una corretta qualificazione del contratto, ad esempio quelli relativi all'osservanza degli obblighi in materia di salute e sicurezza sul lavoro, fatto salvo il necessario rispetto dell'art. 26, comma 5, d. lgs. n. 81/2008 in caso di appalti c.d. interni³.

Parimenti, la certificazione dei contratti di appalto non implica una analisi sulla validità dei contratti di lavoro stipulati tra l'appaltatore e i lavoratori impiegati nell'esecuzione dei servizi appaltati. Questi però potrebbero formare oggetto di un separato e autonomo procedimento di certificazione, su istanza delle parti.

A tale proposito, è utile rilevare che, di norma, i servizi conferiti in appalto vengono eseguiti da lavoratori subordinati e, in taluni casi, il ricorso a tale modalità di assunzione forma oggetto di un esplicito obbligo posto in capo all'appaltatore. Ad esso si può affiancare anche il vincolo di applicare un determinato contratto collettivo che, di solito, coincide con il "contratto collettivo leader" (Ciucciovino 2020, 185 ss.). Simili previsioni – che si possono ricondurre alla categoria delle "clausole sociali"⁴ (Alvino, 2020,

² L'art. 75, d. lgs. n. 276/2003 (così come novellato dall'art. 30, L. n. 183 del 2010), ha ampliato il novero dei contratti che possono essere sottoposti al procedimento di certificazione, includendo ogni contratto in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro.

³ La norma prescrive, a pena di nullità, l'indicazione all'interno del contratto dei costi sostenuti per adottare le misure di sicurezza volte a eliminare o ridurre al minimo i rischi da interferenza. Si segnala comunque l'opportunità di acquisire conferma dalle parti circa il rispetto della normativa contenuta nel d. lgs. n. 81/2008.

⁴ L'istituto delle clausole sociali è espressamente regolato nel c.d. codice dei contratti pubblici. In particolare, l'art. 2, lett. o), d. lgs. n. 36/2023 contiene una definizione generale di «clausole sociali» intese quali «disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie». Le clausole sociali sono promosse dall'art. 57 che, rispetto alla

2 ss.) – determinano un innalzamento dei livelli di tutela dei lavoratori, senza inficiare l'autonomia organizzativa dell'appaltatore; non ostacolano, quindi, la certificabilità del contratto. Devono però essere frutto dell'accordo delle parti e non derivare dall'unilaterale imposizione del committente⁵.

Tuttavia, a tale riguardo si devono considerare le recenti novità introdotte dal d.l. n. 19/2024 (conv. in l. n. 56/2024) che incidono sulla scelta del contratto collettivo da applicare ai rapporti di lavoro tra l'appaltatore e i suoi dipendenti. Infatti, la norma, così come modificata in sede di conversione in legge, stabilisce che «Al personale impiegato nell'appalto di opere o servizi e nel subappalto spetta un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale stipulato dalle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicato nel settore e per la zona strettamente connessi con l'attività oggetto dell'appalto e del subappalto».

La individuazione del contratto collettivo applicato deve ormai rispettare i parametri definiti dalla legge. Questo aspetto diventerà probabilmente

disciplina *ante* d. lgs. n. 36 /2023, ha ampliato il contenuto e l'ambito di applicazione dell'istituto.

⁵ Con riferimento al settore degli appalti pubblici, cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 9 dicembre 2015 n. 5597, in *DeJure.it*, secondo cui «La c.d. “clausola sociale” non può imporre all'impresa subentrante in una gara pubblica di prescegliere un determinato contratto collettivo, potendo essa scegliere invece un contratto collettivo diverso, applicabile all'oggetto dell'appalto e che salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo». Il medesimo orientamento è stato recepito dalla successiva giurisprudenza: tra le ultime si veda Cons. Stato n. 5444/2018 e Cons. Stato n. 6148/2019, entrambe in *DeJure.it*. Si vedano però le novità introdotte dal d. lgs. n. 36/2023 che, anticipando le modifiche di recente introdotte anche nel settore privato, prevede che nei bandi e negli inviti debba essere indicato il contratto collettivo applicabile ai lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto in conformità a quanto stabilito dal comma 1, e cioè del contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente (art. 11, comma 2). Rimane fermo, ai sensi del comma 3 dello stesso art. 11, che gli operatori economici possano indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente.

oggetto di pattuizione tra appaltatore e committente, aggiungendosi alle verifiche che quest'ultimo effettua al fine di contenere il rischio di essere chiamato in causa in qualità di coobbligato solidale⁶.

Il servizio potrebbe in ipotesi essere reso non attraverso lavoratori subordinati, bensì mediante lavoratori legati all'appaltatore da stabili rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Tale circostanza non intaccherebbe l'operazione valutativa compiuta dalla Commissione, che si dovrà concentrare, ancora una volta, sulla sussistenza dei requisiti identificativi della fattispecie, senza addentrarsi in indagini sulla autenticità dei contratti di collaborazione stipulati tra singoli lavoratori e appaltatore.

2. I requisiti del contratto di appalto

Ai sensi dell'art. 1655 c.c. l'appaltatore deve disporre dell'organizzazione dei mezzi necessari per eseguire l'opera o il servizio e assumersi il rischio di impresa. L'art. 29, comma 1, d. lgs. n. 276/2003 conferma la definizione codicistica, aggiungendo espressamente l'autonomia organizzativa quale ulteriore chiave di lettura dell'organizzazione imprenditoriale.

La modifica normativa è frutto di una stratificata opera di ricostruzione dell'istituto da parte della giurisprudenza che, negli anni, è intervenuta a più riprese per definire i contorni dell'appalto genuino. Di tali orientamenti, oltre che della cornice legale e della prassi esistente in materia, si deve tener conto nell'ambito della valutazione complessiva del contratto sottoposto al procedimento di certificazione⁷.

⁶ Il riconoscimento di un trattamento economico e normativo inferiore a quello previsto dal contratto collettivo individuato dal comma 1-*bis* espone il committente, ad esempio, a richieste di differenze retributive.

⁷ L'art. 84, comma 2, d. lgs. n. 276/2003 rinvia a un decreto ministeriale – ad oggi non emanato – che avrebbe dovuto contenere codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino. Tuttavia, è intervenuta in modo significativo la prassi amministrativa. In particolare, si vedano le circolari del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 15 dicembre 2004, n. 48 e dell'11 febbraio 2011, n. 5, nonché l'interpello del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 22 ottobre 2009, n. 77, che, pur riguardando in larga parte elementi che attengono non al contratto bensì al profilo esecutivo dello stesso, dovranno essere tenute in considerazione in linea di massima nella misura in cui possono offrire criteri di giudizio rilevanti nella verifica degli elementi qualificanti il tipo contrattuale.

2.1. L'organizzazione dei mezzi

Il primo requisito richiesto dalla legge è la consistenza imprenditoriale dell'appaltatore. Originariamente l'imprenditorialità implicava la titolarità dei mezzi e dei beni materiali impiegati nell'esecuzione dell'appalto. Questa lettura ben si inseriva nel quadro regolatorio dell'epoca che vietava l'interposizione di manodopera e sanciva una presunzione di illiceità dell'appalto c.d. interno ove il servizio fosse stato eseguito mediante «capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante⁸».

L'evoluzione dei processi produttivi e di organizzazione del lavoro, il crescente impiego delle tecnologie informatiche nonché lo sviluppo dei settori del terziario e dei servizi hanno sollecitato una revisione del concetto di "organizzazione dei mezzi", operata dapprima in via ermeneutica e, successivamente, a livello legislativo.

Nell'ambito di tale percorso di modernizzazione, la titolarità dei mezzi rimane sullo sfondo e la natura imprenditoriale viene principalmente ricollegata all'autonoma organizzazione dei mezzi da parte dell'appaltatore, coincidente, negli appalti ad alta intensità di manodopera, con l'organizzazione del lavoro.

In particolare, si è fatta progressivamente strada la tesi secondo cui, tenuto conto dell'oggetto e del contenuto intrinseco dell'appalto, la presunzione di illegittimità sarebbe scattata solo quando il conferimento di mezzi e materiali da parte del committente fosse stato di rilevanza tale da rendere del tutto marginale e accessorio l'apporto dell'appaltatore⁹. Non si configurava invece un'interposizione vietata ove l'appaltatore avesse fornito, oltre al personale, il know-how e altri beni immateriali di notevole valore, indispensabili al raggiungimento del risultato economico che si era proposto il committente¹⁰ (sul tema Del Punta, 1995, 625 ss.).

⁸ Art. 1, comma 3, L. n. 1369/1960.

⁹ Cass. 6 giugno 1989, n. 2740; Cass. 1° febbraio 1993, n. 1191; Cass. 11 maggio 1994, n. 4585; Cass. 19 novembre 2003, n. 17574; Cass. 24 febbraio 2006 n. 4181; Cass. 13 maggio 2009, n. 11022; Cass. 15 luglio 2009, n. 16488, tutte in DeJure.it.

¹⁰ Cass. SS. UU., 19 ottobre 1990, n. 10183, in *Foro.it*, 1992, I, 523, con nota di Scarpelli, il quale precisa che «non occorre che capitali, macchine e attrezzature siano di proprietà dell'appaltatore, purché siano nella sua disponibilità, per cui è perfettamente valido un contratto di appalto, in cui l'appaltatore si impegni al compimento di un'opera o di un servizio, procurandosi detti mezzi da altri (mediante finanziamenti e locazioni di mobili) e provvedendo all'organizzazione di essi con la manodopera necessaria: anche in tal caso, infatti, sussiste la gestione a proprio rischio, e cioè l'alea di non coprire i costi di lavoro

Questa impostazione è stata recepita nel d. lgs. n. 276/2003 che, da un lato, ha abrogato la l. n. 1369/1960 (sul dibattito attorno alla persistente efficacia del divieto di manodopera anche a seguito della formale abrogazione della legge n. 1369 si veda Mazzotta, 2006, 157 ss.; Del Punta, 2004, 161-162; Id. 2008, 129 ss.; Ciucciovino, 2014, pp 159 ss.; Ead., 2009, pp. 1477 ss.; Chieco, 2004, 196, il quale sostiene che il sistema non sia più retto dal divieto generale di interposizione di manodopera ma dal principio dell'ordinaria somministrabilità delle prestazioni di lavoro. A favore della definitiva l'espulsione dal nostro ordinamento del divieto generale di dissociazione tra il titolare formale del rapporto di lavoro e il beneficiario delle prestazioni Romei, 2005, 726 ss.; Alvino, 2014, 34 ss.) e, dall'altro, ha arricchito la nozione di matrice codicistica.

In particolare, l'art. 29, comma 1, prevede che «il contratto di appalto (...) si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa».

Sicché, in giurisprudenza si è consolidato l'indirizzo secondo il quale in caso di appalto svolto con importanti mezzi o materiali c.d. pesanti, questi ultimi possono anche essere di proprietà del committente purché l'appaltatore li organizzi in modo autonomo. Invece quando il servizio è reso prevalentemente attraverso le prestazioni di lavoro (c.d. appalti leggeri o *labour intensive*)¹¹ è sufficiente che in capo all'appaltatore sussista una effettiva gestione dei propri dipendenti, che deve sostanziarsi nella direzione tecnica degli stessi e non può esaurirsi nello svolgimento di meri compiti di gestione amministrativa del rapporto (con riferimento a profili quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione). In altre parole, l'appaltatore deve organizzare la prestazione finalizzata ad un risultato produttivo autonomo, esercitando il potere direttivo e di con-

(salari) e di capitale (interessi sui finanziamenti e canoni di locazione delle macchine e attrezzature) con il ricavo dell'appalto». Cfr. anche Cass. 31 dicembre 1993, n. 13015; Cass. 11 maggio 1994, n. 4585; Cass. 15 luglio 2009, n. 16488 e Cass. 7 novembre 2013, n. 25064, tutte su *DeJure.it*.

¹¹ Ne rappresentano un tipico esempio gli appalti aventi ad oggetto servizi di assistenza informatica, di pulizia, facchinaggio, etc.

trollo sui propri dipendenti ed assumendo il rischio di impresa¹².

Alla luce di quanto osservato, al fine di appurare la sussistenza del requisito imprenditoriale, la Commissione di certificazione è tenuta ad accertare, in primo luogo, che l'appaltatore eserciti autonomamente i tipici poteri datoriali sui propri dipendenti.

Anche qualora si tratti di appalti ad alta intensità di manodopera non potrà comunque esimersi dal verificare che sia rispettata la c.d. soglia minima di imprenditorialità¹³, da valutare in base all'oggetto del contratto e attraverso un'indagine più ampia sulla struttura organizzativa complessiva dell'appaltatore, benché il tema sia stato oggetto di discussione in dottrina. In particolare, per individuare la soglia minima di imprenditorialità in caso di appalti a bassa intensità organizzativa taluni hanno valorizzato non tanto il *know-how*, che appartiene al singolo lavoratore più che all'appaltatore, ma l'organizzazione, i contatti, il marchio, l'avviamento che la società appaltatrice offre all'appaltante, oltre alle competenze professionali dei propri dipendenti (Calcaterra, 2002, 135 ss. Sul tema anche De Luca Tamajo, 2002, 40 ss.). Altri invece hanno sostenuto che i mezzi integrano un requisito necessario ai fini della legittimità dell'appalto, e che essi possono coincidere anche con beni immateriali, quale il *know-how* dell'appaltatore, che deve necessariamente aggiungersi alla mera sommatoria delle prestazioni lavorative singolarmente considerate (così Alleva, 2004, 170; in senso analogo Scarpelli, 2004, 421-422). Una altra parte della dottrina ha ritenuto sufficiente

¹² *Ex multis* Cass. 2 novembre 2021, n. 31127; Cass. 27 gennaio 2021, n. 1754; Cass. 14 agosto 2019, n. 21413, in *DeJure.it*; Cass. 26 ottobre 2018, n. 27213, tutte in *DeJure.it*; Cass. 20 maggio 2009, n. 11720; Cass., 9 marzo 2009, n. 5648, in *DRI*, 3, 2009, p. 735. Più recentemente Cass. ord. 16 febbraio 2023, n. 4828, in <https://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2023/04/Cass.-ord.-n._4828-2023.pdf>, e Cass. ord. 16 marzo 2022, n. 8567, in <<https://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2022/04/Cass.-ord.-n.-8567-2022.pdf>>, che ha dichiarato la legittimità del contratto di appalto eseguito con la quasi integrale utilizzazione delle attrezzature di proprietà del committente e attraverso l'impiego di una sola dipendente dell'appaltatore, da quest'ultimo pacificamente etero-diretta.

¹³ Cfr. l'Interpello del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 22 ottobre 2009, n. 77. In giurisprudenza cfr. Cass. 28 luglio 2017, n. 18808, in *DeJure.it*, secondo cui «(...) per aversi appalto, è necessaria soltanto l'organizzazione ad impresa dell'appaltatore, ma non è anche indispensabile che il fornitore sia munito dei requisiti che identificano l'imprenditore. L'organizzazione di mezzi può infatti essere predisposta anche per l'esecuzione, occasionale, di un singolo contratto di appalto, non richiedendo, in conseguenza, l'esercizio in forma professionale dell'attività dell'appaltatore: il che rende più difficile lo scrutinio del rischio d'impresa». Nello stesso senso Cass. 18 maggio 2021, n. 13431 in *DeJure.it*.

a integrare l'imprenditorialità anche solo l'attività organizzativa dei lavoratori in caso di servizi che non richiedano un particolare *know-how*, come per gli appalti di servizi di pulizia (Del Punta, 2004, 163 ss.).

In ogni caso, l'eventuale uso di beni di proprietà del committente non può *ex se* rendere il contratto illegittimo se tali beni sono organizzati in modo autonomo dall'appaltatore e purché rimanga intatto il rischio di impresa in capo al medesimo¹⁴.

2.1.2. L'autonomia organizzativa nella prassi contrattuale

L'autonomia organizzativa dell'appaltatore si ritiene compromessa quando il committente si ingerisce nelle scelte organizzative, interferendo nella gestione dei servizi appaltati. Più precisamente, questa illegittima intromissione si configura quando l'appaltante esercita – con qualunque mezzo¹⁵ – le prerogative datoriali sui dipendenti dell'appaltatore. Ne deriva che, al di fuori di queste ipotesi patologiche, si delineano margini di intervento compatibili con l'appalto genuino.

Ad esempio, non solleva criticità la clausola che regola il potere di controllo del committente sullo stato di svolgimento dei lavori, espressamente ammesso dall'art. 1662 c.c., purché le verifiche riguardino il servizio complessivamente inteso e non si estendano alle concrete modalità di esecuzione delle prestazioni lavorative¹⁶. Entro i medesimi limiti non costituisce

¹⁴ Cfr. l'Interpello del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 22 ottobre 2009, n. 77, che valorizza altresì la sopportazione dei costi di somministrazione dell'energia a carico dell'appaltatore e la pattuizione di un compenso forfetario a fronte dell'utilizzo delle attrezzature di proprietà dell'appaltante.

¹⁵ Trib. Padova 16 luglio 2019, in *GiustiziaCivile.com*, 17 febbraio 2020, con nota di Donini. La sentenza ha accertato l'interposizione illecita di manodopera in un caso in cui le prerogative datoriali venivano concretamente esercitate dal committente mediante l'uso di strumenti tecnologici che consentivano all'appaltante di dirigere e controllare le prestazioni di lavoro svolte dai dipendenti dell'appaltatore. La sentenza è stata confermata da C.A. Venezia, 30 marzo 2023, in <<https://www.bollettinoadapt.it/inficia-la-genuinita-dellappalto-il-sistema-informatico-che-non-ha-una-funzione-meramente-contabile-ma-consente-di-assistere-e-controllare-loperatore-nel-corso-del/>>. In senso analogo Trib. Padova 3 marzo 2023, inedita a quanto consta.

¹⁶ Si veda Cass. 6 giugno 2011, n. 12001, in <https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=5246:cassazione-civile-sez-lav-06-giugno-2011-n-12201-appalto-e-responsabilita&catid=16&Itemid=138.e.it>, secondo cui «(...) è anche vero che l'esercizio di un potere di controllo da parte del committente è compatibile con un regolare contratto di appalto e che, sotto questo profilo, può ritenersi legittima la pre-

deviazione dallo schema tipico il mero coordinamento tra committente e appaltatore, necessario ai fini di una corretta realizzazione del servizio appaltato¹⁷. Ancora, l'autenticità dell'appalto non è minata dall'analitica descrizione, in sede contrattuale, delle modalità operative del servizio quando ciò risulti funzionale alla sua corretta esecuzione, e sempre che il committente non si intrometta nella gestione dei rapporti di lavoro¹⁸.

Non creano impedimenti neppure le clausole, invero frequenti, che pongono in capo all'appaltatore l'obbligo di esibizione periodica del DURC e di altri documenti idonei ad attestare l'adempimento di tutti gli obblighi connessi all'assunzione¹⁹. Esse, infatti, non comportano alcuna interferenza

determinazione da parte del committente anche delle modalità temporali e tecniche di esecuzione del servizio o dell'opera oggetto dell'appalto che dovranno essere rispettate dall'appaltatore». Il potere di verifica del committente si accompagna spesso a un obbligo di collaborazione in capo all'appaltatore che deve mettere a disposizione della controparte contrattuale tutta la documentazione utile all'effettuazione di tali controlli.

¹⁷ Tale orientamento, formatosi nella vigenza della precedente disciplina, si è consolidato anche dopo il d. lgs. n. 276/2003. Tra le altre, Cass. 10 giugno 2019, n. 15557 in *DeJure.it*, che richiama Cass. 28 agosto 2003, n. 12664, in *RIDL*, II, 2004, pp. 48 ss., con nota di Calcaterra.

¹⁸ Cass. 10 giugno 2019, n. 15557, in *DeJure.it*. Cfr. anche Cass. 6 giugno 2011, n. 12201, in *DeJure.it*. La pronuncia è interessante anche perché ammette la predeterminazione da parte del committente delle modalità temporali e tecniche di esecuzione del servizio o dell'opera oggetto dell'appalto che dovranno essere rispettate dall'appaltatore e, richiamando precedenti arresti dei giudici di legittimità, afferma «non può ritenersi sufficiente ai fini della configurabilità di un appalto fraudolento, la circostanza che il personale dell'appaltante impartisca disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore, occorrendo verificare se le disposizioni impartite siano riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro, in quanto inerenti a concrete modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative, oppure al risultato di tali prestazioni, che può formare oggetto di genuino contratto di appalto». In senso analogo Cass. 12 aprile 2018, n. 9139, in *DeJure.it*.

¹⁹ Le tecniche contrattuali di tutela del committente comprendono anche: l'obbligo di esibire periodicamente il LUL, unitamente alle copie dei versamenti quietanzati che attestino l'adempimento degli obblighi contributivi e assicurativi nonché l'asseverazione del professionista sul regolare versamento del trattamento retributivo oppure copia dei bonifici effettuati a saldo delle buste paga di ciascun addetto; la previsione di meccanismi di sospensione del pagamento del corrispettivo o di compensazione nel caso di mancata ottemperanza ai predetti obblighi di esibizione o, ancora, la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1456 c.c.; l'obbligo di stipulare una fideiussione e/o una polizza assicurativa che copra eventuali inadempimenti contributivi, retributivi o assicurativi dell'appaltatore. Queste clausole in molti casi sono pattuite a tutela della posizione del committente in vista

nell'organizzazione delle prestazioni di lavoro, mentre rispondono a legittime esigenze di garanzia del committente in qualità di coobbligato solidale ai sensi dell'art. 29, d. lgs. n. 276/2003, comma 2²⁰. Simili previsioni sono quasi sempre accompagnate da clausole di manleva a favore del committente, che possono considerarsi legittime se non sfociano nel tentativo di negare ai lavoratori il proprio diritto di agire nei confronti del committente, in palese violazione della menzionata norma di legge.

Qualche dubbio può sorgere invece quando si autorizzi l'appaltante a richiedere l'allontanamento dei lavoratori "non graditi". In assenza di un indirizzo unanime, la giurisprudenza che riconosce la validità delle c.d. clausole di gradimento – ritenute legittima espressione dell'autonomia privata individuale – vincola comunque la loro attivazione al necessario rispetto degli obblighi di correttezza e buona fede²¹ (*contra* in dottrina Nappi, 2002, 775²²). Pertanto, si può ritenere non impeditiva della certificazione la previsione secondo cui il committente può richiedere la sostituzione di un lavoratore che, ad esempio, non rispetti le norme in materia di sicurezza o che non esegua il servizio conformemente alle condizioni contrattualmente convenute oppure agli standard di servizio del committente. La loro concreta operatività deve essere però coerente con i principi di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. e non deve tradursi nel riconoscimento di un potere di

del meccanismo di responsabilità solidale *ex* art. 29, comma 2, d. lgs. n. 276/2003.

²⁰ Si veda la circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 48/2004, che richiede il rinvio, all'interno del contratto, dell'obbligo solidale tra committente e appaltatore.

²¹ Trib. Torino, 4 marzo 2019, in <https://www.wikilabour.it/public/Segnalazioni/7608992f-aa7c-4e39-9ab3-308c4e620ea2/20190304_Trib-Torino.pdf>; Trib. Reggio Calabria, 30 maggio 2019, in <<https://www.avvocatodavidevalsecchi.it/mancato-gradimento-del-lavoratore-da-parte-della-societa-committente-e-legittimita-del-trasferimento/>>; Cass. 12 dicembre 2001, n. 15665, in *RIDL*, 4, 2002, p. 772. In senso analogo anche Trib. Piacenza, 12 febbraio 2020, in <https://www.dirittolavorovariations.com/Tool/Evidenza/Single/view_html?id_evidenza=868>, che lega la legittimità della clausola di gradimento non solo all'esercizio dell'autonomia contrattuale delle parti ma anche al potere di controllo spettante *ex* art. 1662 c.c. al committente circa la corretta esecuzione dei servizi appaltati. Sulla illegittimità delle clausole di gradimento si veda P. Milano 22 aprile 1997, in *OGI*, 1997, p. 392.

²² L'autore osserva che «Se è da ritenersi senz'altro lecito richiedere per l'espletamento del servizio appaltato l'utilizzo di personale già esperto o anche conosciuto (ad esempio a fini di sicurezza), il "mero gradimento", invece, può tradursi in uno strumento di assoggettamento dei lavoratori al controllo sulle loro prestazioni individuali da parte del committente, tradizionale indice primo della titolarità dei rapporti».

controllo sulla singola prestazione lavorativa.

A diverse conclusioni si dovrà giungere ove, in ipotesi, il committente abbia la facoltà di allontanare direttamente il lavoratore oppure quando la clausola conceda all'appaltante un vero e proprio potere di gestione e controllo dei lavoratori.

Sulla stessa scia, deve considerarsi illegittima la previsione che autorizzi il committente a selezionare direttamente o a partecipare alla scelta dei singoli lavoratori da adibire all'esecuzione dei servizi affidati in appalto, clausola che dissimula, evidentemente, fenomeni interpositori.

Neppure si ritiene compatibile col tipo legale la possibilità che il committente indichi il numero di lavoratori da utilizzare, aspetto, anch'esso, di esclusiva competenza dell'appaltatore. In questi casi, anche alla luce del regolamento contrattuale nel suo complesso, si potrebbe eventualmente ammettere che le parti concordino un numero minimo di dipendenti da destinare all'espletamento del servizio in base alle caratteristiche del medesimo, ferma rimanendo la facoltà dell'appaltatore di definire la specifica consistenza del personale in modo pienamente autonomo.

Infine, viene valutata positivamente la nomina di un responsabile (o referente) dell'appaltatore che si occupi della gestione e organizzazione del servizio e che si interfacci con il responsabile del committente per ogni questione attinente allo svolgimento dell'appalto. La presenza di una simile figura – invero di norma contemplata nei contratti – rafforza l'autonomia organizzativa dell'appaltatore, riduce il rischio di contatto diretto tra lavoratori dell'appaltatore e committente (o suoi dipendenti) e corrobora quindi la legittimità del contratto.

2.2. Il rischio di impresa

Nell'appalto genuino l'appaltatore deve eseguire il servizio assumendosi il rischio di impresa, ossia l'alea economica insita nell'attività affidata, derivante dall'imprevedibile andamento del mercato ovvero dalla riuscita delle scelte imprenditoriali compiute dall'appaltatore. In altri termini, il rischio di impresa si configura quando l'appaltatore non ha garanzia di riuscire a coprire i costi della manodopera, dei macchinari e le altre spese da affrontare per lo svolgimento del servizio appaltato o, ancora, quando sussiste la possibilità di non raggiungere il risultato connesso alla stipulazione del contratto e, dunque, di incassare la relativa controprestazione economica.

Il principale indice rivelatore del rischio è rappresentato dalle modalità di determinazione del corrispettivo. Pertanto, costituisce indubbiamente indizio di illiceità dell'appalto la previsione di un compenso commisurato

unicamente al numero di ore lavorate dai dipendenti dell'appaltatore, senza che quest'ultimo si faccia carico di altri costi connessi all'espletamento del servizio²³. In tali casi il committente si limita a rimborsare meramente il costo del lavoro sopportato dall'appaltatore, che agisce quale mero intermediario/interposto²⁴. Le clausole contrattuali che regolano il compenso dovranno essere, perciò, esaminate con particolare attenzione dalla Commissione per verificare la sussistenza o meno del rischio d'impresa in capo all'appaltatore.

Tuttavia, si può ritenere che la parametrizzazione del corrispettivo alla durata del servizio non sempre coincida con l'elisione dell'alea economica. Si considerino infatti le ipotesi in cui l'entità del servizio da rendere non possa essere predeterminata, ma venga definita *in itinere* dalle parti. In queste circostanze è prassi che la quantificazione del compenso sia correlata alla misura del servizio reso, calcolato su base oraria, giornaliera o mensile.

Tale criterio di determinazione, purché riguardi l'intero servizio e non si limiti unicamente alla refusione del costo della manodopera, non contrasta con l'assunzione del rischio economico in capo all'appaltatore. A ben vedere, la correlazione della remunerazione alla misura del servizio erogato conferma quell'alea che caratterizza i risultati reddituali dell'appaltatore ed è legata all'equilibrio tra costi e ricavi. L'utilizzo di un metodo di quantificazione oraria non implica dunque necessariamente l'illegittimità dell'appalto, ferma restando la necessaria sussistenza di una reale organizzazione del servizio stesso, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo.

La configurabilità del rischio in capo all'appaltatore può essere inoltre corroborata dall'inserimento di clausole di invarianza contrattuale che cristallizzino il compenso o, ancora, dalla previsione di penali a carico dell'appaltatore a fronte della mancata esecuzione a regola d'arte²⁵. Chiaramente in quest'ultimo caso gli obiettivi prefissati devono misurare la conformità

²³ Cons. Stato 12 marzo 2018, n. 1571, in *Onelegale.wolterskluwer.it*.

²⁴ Può accadere che il compenso non solo venga parametrato esclusivamente al numero di ore lavorate dai singoli dipendenti dell'appaltatore, ma che venga altresì differenziato in base alla tipologia contrattuale di assunzione e/o al livello di inquadramento.

²⁵ Tuttavia, è stato rilevato in giurisprudenza che la penale inserita nel contratto di appalto non è indice del rischio di impresa e non ne muta la natura, essendo la previsione di una simile clausola compatibile anche con il contratto di somministrazione, in quanto espressione dell'obbligo di diligenza del contraente *ex art. 1176 c.c.*, valido per ogni fattispecie di obbligazione. In questo senso Cons. Stato 12 marzo 2018, n. 1571, in *Onelegale.wolterskluwer.it*.

del servizio nel suo complesso e non possono tradursi in criteri di valutazione delle prestazioni rese da singoli lavoratori.

Infine, vengono considerate favorevolmente le condizioni quali la pluricommitenza o la preesistenza dell'attività imprenditoriale²⁶. Tuttavia, il rischio di impresa può ritenersi integrato anche qualora l'appaltatore sia un'impresa neocostituita oppure operi in regime di mono-committenza, sebbene in simili casi si imporrà una ponderazione ancor più cauta e rigorosa sulla sussistenza dei requisiti identificativi sopra descritti²⁷.

3. Le fattispecie affini all'appalto

L'appalto presenta uno schema contrattuale flessibile, avente ad oggetto un generico obbligo di *facere*. Questa sua duttilità comporta il rischio che esso possa essere confuso con altre tipologie contrattuali, ad esso affini. Sicché, in taluni casi, la Commissione è tenuta a delineare puntualmente i confini tra i vari tipi legali al fine di individuare quello al quale ricondurre la fattispecie concreta, e ciò indipendentemente dal *nomen iuris* attribuito dalle parti²⁸.

Pertanto, pur senza pretese di esaustività (con riferimento ai profili di interferenza tra appalto e trasporto si rinvia a Monterossi, 2024. Per un più approfondito esame delle fattispecie affini all'appalto si veda in dottrina Garofalo, 2017, 158 ss.; Alvino, 2014, 42 ss. Sulle differenze con la fattispecie del trasferimento del ramo d'azienda Carinci, Avogaro, 2017, 413 ss.), verranno di seguito passate in rassegna le principali figure contigue all'appalto, rispetto alle quali possono sorgere, nella pratica, perplessità in termini di corretta identificazione del tipo contrattuale.

²⁶ Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 15 dicembre 2004, n. 48.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Come affermato da un consolidato orientamento giurisprudenziale, il *nomen iuris* attribuito dalle parti stipulanti, pur essendo necessario per la valutazione, ha carattere cedevole rispetto alle concrete modalità di esecuzione del contratto: tra le più recenti Cass. 26 maggio 2020, n. 9783; Cass. 1° marzo 2018, n. 4884; Cass. 23 gennaio 2009, n. 1717, tutte in *DeJure.it*.

3.1. Appalto e contratto d'opera

L'appalto presenta indubbiamente elementi di continuità con il contratto d'opera: in ambo i casi il vincolo contrattuale si traduce nella realizzazione di un'opera o un servizio verso un corrispettivo, con assunzione del rischio di impresa. In tale ipotesi, l'oggetto è coincidente, mentre il *discrimen* è tracciato dal soggetto in capo al quale grava l'obbligazione e dalle connesse modalità di esecuzione. In un caso, infatti, si tratta dell'appaltatore-imprenditore, dotato di una propria organizzazione di mezzi, che viene impiegata in modo preponderante nella realizzazione dell'opera o del servizio; nell'altro, il contratto è eseguito dal prestatore d'opera, il quale adempie prevalentemente attraverso il proprio lavoro, fatta salva la possibilità di avvalersi dell'opera dei terzi ai sensi dell'art. 1228 c.c.

La linea di demarcazione diventa più sfumata quando il soggetto onerato sia un piccolo imprenditore *ex* art. 2083 c.c. L'annoso dibattito pone dottrina e giurisprudenza su posizioni contrapposte: mentre la prima, in via maggioritaria, esclude la sovrapposibilità tra la figura del piccolo imprenditore e quella del prestatore d'opera (il riferimento è, in particolare, alla dottrina giuslavoristica: Perulli, 2020, 43; Santoro-Passarelli, 2017, 373 ss.; Ferraro, 2022, pp. 238-239. Si veda però Razzolini, 2013, pp. 1080 ss., la quale sostiene la compatibilità del contratto d'opera con la figura del piccolo imprenditore: *amplius* sul tema Ead., 2012), la seconda si è schierata in senso contrario, ricollegando il contratto d'opera alla piccola impresa, in contrapposizione con il contratto di appalto. In particolare, la Suprema Corte ha affermato in più occasioni che «il contratto d'appalto e il contratto d'opera si differenziano per il fatto che nel primo l'esecuzione dell'opera commissionata avviene mediante una organizzazione di media o grande impresa in cui l'obbligato è preposto e nel secondo con il prevalente lavoro di quest'ultimo, pur se coadiuvato da componenti della sua famiglia o da qualche collaboratore secondo il modulo organizzativo della piccola impresa desumibile dall'art. 2083 c.c.»²⁹.

L'orientamento giurisprudenziale presuppone comunque lo svolgimento di una verifica sulla struttura e sulle dimensioni dell'impresa cui è commissionata l'opera o il servizio e, quindi, sulla rilevanza dell'apporto materiale esecutivo del soggetto obbligato rispetto all'organizzazione dei

²⁹ Cass. 29 maggio 2001, n. 7307, in *DeJure.it*. Il principio è stato ribadito anche dalle pronunce successive, tra cui Cass. 26 maggio 2020, n. 9783, in *DeJure.it*; Cass., 16 novembre 2017, n. 27258, in *onelegale.wolterskluwer.it*; Cass. 21 maggio 2010, n. 12519, in *DeJure.it*; Cass. 4 giugno 1999, n. 5451, in *DeJure.it*.

mezzi produttivi. Ove il lavoro del titolare dell'impresa rivesta carattere prevalente si orbiterà nell'ambito del contratto d'opera, in caso contrario si dovrà optare per una qualificazione in termini di appalto³⁰.

3.2. Appalto e contratto di subfornitura

Con il contratto di subfornitura «un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente»³¹.

Al pari di quanto previsto per l'appalto, quindi, si tratta di una figura negoziale che implica l'assolvimento di un obbligo di *facere* assunto, nei confronti di un committente, da un soggetto che deve potersi definire "imprenditore". Tuttavia, il legislatore ha individuato il tratto distintivo tra le due figure nella dipendenza tecnologica (o tecnica) che caratterizza il subfornitore.

Da lungo tempo la dottrina è divisa sulla configurabilità della subfornitura quale autonomo tipo contrattuale. La questione non è stata chiarita neppure dalla Corte Costituzionale che, con la sentenza del 7 novembre 2017, n. 254, ha esteso alla subfornitura il regime di responsabilità solidale tipico dell'appalto ricorrendo alla nozione di «lavoro indiretto».

In particolare, la corrente maggioritaria (Alvisi, 2002, 11 ss.; Leccese, 1999, 36 ss.; Bortolotti, 1999, 3 ss.; Nicolini, 1999, 10 ss.; Iudica, 1998, 411 ss.; De Nova, 1998, 5; Caso, Pardolesi, 1998, 724. *Contra*, a favore dell'avvenuta tipizzazione del contratto di subfornitura Bertolotti, 2000, 24 ss.; Palazzi, 1999; Franceschelli, 1999, 15) ha sostenuto che la subfornitura non rappresenterebbe un tipo legale autonomo e che, dunque, ad essa debba applicarsi la disciplina del contratto tipico cui, di volta in volta, la fattispecie è riconducibile (essenzialmente, appalto, compravendita, somministrazione, contratto d'opera). E, stante la somiglianza tra i due negozi, qualcuno ha

³⁰ Cass 4 giugno 1999, n. 5451, in *DeJure.it*, in cui la Corte riconosce che l'artigiano può operare come appaltatore quando è un imprenditore commerciale, come desumibile, nel caso di specie, dalla presenza di numerosi dipendenti e dalla accertata prevalenza dell'organizzazione imprenditoriale sull'attività personale dei soci.

³¹ Art. 1, l. n. 192/1998.

sottolineato come, di norma, la subfornitura rientrerà nello schema dell'appalto (Leccese, 1999, 36-37), mentre qualcun altro è giunto a considerarla un sottotipo dell'appalto (Musso, 2003, pp. 64 ss.).

In giurisprudenza³² si è ritenuto che il requisito della dipendenza tecnica – che «altro non è che il risvolto operativo attraverso il quale normalmente si denota la dipendenza economica» (in dottrina, in via adesiva Anniballi, 2020, 201-202) – rappresenti il connotato tipico della subfornitura, idoneo a distinguerlo dall'appalto, caratterizzato invece da una autonomia tecnico esecutiva.

Più precisamente, in base a questa ultima impostazione, l'inserimento del subfornitore nel ciclo produttivo del committente implica che le lavorazioni siano svolte secondo la progettualità e le direttive tecniche dal medesimo impartite. Il subfornitore, dunque, dipende dal committente in relazione a progetto, specifiche e *know-how* di realizzazione delle lavorazioni. Si assiste, di conseguenza, a una legittima interferenza del committente, viceversa non tollerabile se manifestata nei confronti dell'appaltatore, il quale deve essere dotato di un'autonomia non solo organizzativa ma anche tecnico-esecutiva.

Pertanto, ove si aderisca a quest'ultimo indirizzo, la certificazione del contratto di subfornitura richiederà l'accertamento degli elementi tipici della fattispecie³³ e, in particolare, dell'assoggettamento alle direttive tecniche del committente, anche nell'ottica di differenziarlo dal tipo legale dell'appalto.

³² Cass. 25 agosto 2014, n. 18186 e T.A.R. Lazio, 20 febbraio 2018, n. 1956, in *DeJure.it*.

³³ Il subfornitore è, secondo la definizione legale, un imprenditore. Dovrà quindi essere integrato il requisito della imprenditorialità e dell'assunzione del rischio di impresa. Inoltre, la L. n. 192/1998, art. 3, impone la forma scritta a pena di nullità e prescrive la ricorrenza di alcuni elementi a tutela del subfornitore, che non condizionano tuttavia la validità del contratto: a) i requisiti specifici del bene o del servizio richiesti dal committente, mediante precise indicazioni che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali, o anche attraverso il richiamo a norme tecniche che, quando non siano di uso comune per il subfornitore o non siano oggetto di norme di legge o regolamentari, debbono essere allegare in copia; b) il prezzo pattuito; c) i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento. Inoltre, con riferimento al prezzo che il committente dovrà corrispondere al subfornitore quale corrispettivo del servizio, si precisa che lo stesso deve essere determinato o determinabile in modo chiaro e preciso (cfr. art. 2, comma 4, L. n. 192/1998) e deve essere corrisposto in un termine che non può eccedere i sessanta giorni dal momento della consegna del bene o della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione.

Rimane fermo che, pur nell'ambito degli ordini impartiti dal committente, il subfornitore dovrà esercitare in via esclusiva i poteri direttivi, organizzativi e di controllo sui propri dipendenti impiegati nell'esecuzione dei servizi, sconfinandosi, in caso contrario, nella somministrazione illecita di manodopera (si veda sul punto Marazza, 2019, 11-13)³⁴.

4. L'appalto stipulato con A.T.I., reti di imprese e Consorzi

Nei precedenti paragrafi sono stati analizzati gli elementi identificativi dell'appalto genuino nell'ipotesi – quella più frequente – in cui il contratto sia stipulato da un appaltatore-imprenditore. Occorre tuttavia considerare che, in alcuni casi, il ruolo dell'appaltatore è assunto non da una singola impresa, ma da un insieme di imprese che sono comunemente raggruppate in un'associazione temporanea (c.d. A.T.I.), in una rete *ex art. 3, comma 4-ter*, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5 (conv. in l. n. 33/2009) o, ancora, in un consorzio. Questo aspetto condiziona il processo valutativo della Commissione, comportando in particolare una moltiplicazione – in base al numero di imprese coinvolte – degli adempimenti propedeutici all'accertamento della consistenza imprenditoriale dell'appaltatore³⁵.

Nello specifico, devono essere esaminati il DURC e la visura camerale di ogni impresa appartenente all'A.T.I., alla rete o al consorzio, che partecipa all'esecuzione dell'appalto. Parimenti l'accertamento sull'esercizio dei poteri datoriali deve riguardare tutti i soggetti coinvolti nello svolgimento dei servizi.

Pertanto, in fase istruttoria dovrà essere acquisito anche l'atto costitutivo (del consorzio, della rete o dell'A.T.I.) che consente di identificare le imprese incaricate dell'esecuzione dei servizi e di accertare altresì l'effettiva titolarità dei poteri di rappresentanza in capo al soggetto che ha stipulato

³⁴ Tenuto conto della responsabilità che assume il subfornitore ai sensi dell'art. 5, comma 1, l. n. 192/1998, l'autore ragiona sulla possibilità di applicare «anche al contratto di subfornitura l'articolo 29, comma 1, del d. lgs. n. 276 del 2003 per ciò che attiene al requisito distintivo, rispetto alla somministrazione, dell'assunzione del rischio di impresa (ovviamente da adattare, nel caso specifico, al profilo di responsabilità che la legge espressamente attribuisce al subfornitore avuto riguardo all'adempimento della sua specifica prestazione)».

³⁵ Nessuna modifica subisce la procedura di verifica del requisito del rischio di impresa, anche in tali casi desumibile dalle modalità di determinazione del compenso.

il contratto di appalto sottoposto al procedimento di certificazione³⁶.

Ancora, se l'appaltatore è un consorzio, le imprese esecutrici devono essere espressamente identificate all'interno del contratto, tenuto conto che, come osservato, esse sono destinatarie, al pari del consorzio, dei controlli sulla imprenditorialità e sull'esercizio del potere direttivo, organizzativo e di controllo. Ne deriva che la certificazione non può produrre effetti nei confronti delle imprese consorziate che vengano inserite tra le esecutrici in un momento successivo all'emissione del provvedimento certificatorio (in quanto all'epoca non facenti parte del consorzio o perché originariamente non coinvolte)³⁷.

Da ultimo, si rammenta che l'atto costitutivo dovrà contenere l'espresso riconoscimento del potere del consorzio di negoziare in nome delle società aderenti. Solo in forza di una simile investitura, infatti, le consorziate possono partecipare direttamente alla realizzazione dei servizi, a prescindere da un successivo atto di assegnazione o subappalto³⁸.

³⁶ Se l'appaltatore è una rete di imprese il potere di rappresentanza è attribuito ad una delle retiste espressamente indicata nel contratto istitutivo della rete o all'organo comune o, ancora, alla rete stessa, qualora si tratti di rete-soggetto.

³⁷ Nota dell'INL del 21 gennaio 2021, n. 97.

³⁸ *Ibidem*.

Riferimenti bibliografici

- Alleva, P.G. (2004), *Appalto*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, G. Ghezzi, G. (a cura di), Ediesse, Roma, pp. 170 ss.
- Alvino, A. (2014), *L'appalto e i suoi confini*, in M. Aimo, D. Izzi, *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, p. 39 ss.
- Alvino, I. (2020), *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva nel 50° anniversario dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 2, pp. 2 ss.
- Alvisi, C. (2002), *Subfornitura e autonomia collettiva*, Cedam, Padova, pp. 11 ss.
- Aniballi, V. (2020), *Riflessioni sul perimetro dell'eterodirezione industriale nella subfornitura*, in *RIDL*, 2, pp. 201-202.
- Bertolotti, A. (2000), *Il contratto di subfornitura*, Utet, Torino, pp. 24 ss.
- Bortolotti, F. (1999), *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni e internazionali*, Cedam, Padova, pp. 3 ss.
- Calcaterra, L. (2002), *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in De Luca Tamajo, R. (a cura di), *I processi di esternalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 135 ss.
- Carinci, M.T. (2014), *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro. Somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino.
- Carinci, M.T. e Avogaro, M. (2017), *Appalto, somministrazione di lavoro e trasferimento di ramo d'azienda tra giurisprudenza e prassi delle commissioni di certificazione*, in *RGL*, 3, I, pp. 413 ss.
- Caso, R. e Pardolesi, R. (1998), *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *RDP*, p. 724.
- Ciucciovino, S. (2020), *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *LD*, 2, pp. 185 ss.
- Ciucciovino, S. (2014), *Il rapporto di lavoro nel mercato: la frattura del rapporto binario lavoratore/datore di lavoro*, in Aa.Vv (a cura di) Corazza L. e Romei R., *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, Il Mulino, pp. 159 ss.
- Ciucciovino, S. (2009), *Origini e tramonto del divieto generale di interposizione nel rapporto di lavoro*, in Amoroso G., Di Cerbo V., Maresca A. (a cura di), *Le fonti del diritto italiano, Diritto del lavoro, vol. I, La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, Milano, Giuffrè, pp. 1477 ss.
- Chieco, P. (2004), *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione del lavoro a favore del terzo*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, p. 196.
- De Luca Tamajo, R. (2002), *Le esternalizzazioni. Tra cessione di ramo d'azienda*

- e rapporti di fornitura*, in Id. (a cura di), *I processi di esternalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 40 ss.
- Del Punta, R. (1995), *Appalto di manodopera e subordinazione in DRI*, pp. 625 ss.
- Del Punta, R. (2004), *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in Aa.Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, pp. 161-162.
- De Nova, G. (1998), *Introduzione*, in Id. (a cura di), *La subfornitura. Legge 18 giugno 1998, n. 192*, Ipsoa, Milano, p. 5.
- Donini, A., *Chi governa le strumentazioni digitali è datore di lavoro, anche in caso di appalto*, in GiustiziaCivile.com, 17 febbraio 2020.
- Ferraro, F. (2022), *Lavoro autonomo non imprenditoriale*, Digesto, Voce, pp. 238-239.
- Franceschelli, V. (1999), *La subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, Giuffrè, Milano, p. 15.
- Garofalo, D. (2017) *Le fattispecie contermini all'appalto*, in Id. (a cura di), *Appalti e lavoro*, Giappichelli, Torino, pp. 158 ss.
- Iudica, G. (1998), *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Contr.*, 4, pp. 411 ss.
- Leccese, R. (1999), *Premessa. La subfornitura come fenomeno economico-sociale*, in Alpa, G., Clarizia, A. (a cura di), *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192*, Giuffrè, Milano, pp. 36 ss.
- Marazza, M. (2019), *Le garanzie difficili nel sistema degli appalti*, in Working Paper CSLDE “Massimo D’Antona” – IT, n. 393, pp. 11-13.
- Mazzotta, O. (2006), *Somministrazione di lavoro e subordinazione: chi ha paura del divieto di interposizione?*, in Mariucci L. (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Il Mulino, Bologna, pp. 157 ss.
- Monterossi, L. (2024), *Contratto di trasporto*, in questo volume.
- Musso, A. (2003), *La subfornitura. Titolo III dei singoli contratti. Supplemento legge 18 giugno 1998 n. 192*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, pp. 64 ss.
- Nappi, S. (2002), *Interposizione, appalti interni leciti e limiti del sindacato giurisdizionale*, in *RIDL*, 4, p. 775.
- Nicolini, G. (1999), *Subfornitura e attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192*, Giuffrè, Milano, pp. 10 ss.
- Palazzi, P. (1999), *Il contratto di subfornitura: nozioni e distinzioni*, in Sposato, P. e Coccia, M. (a cura di), *La disciplina del contratto di subfornitura*, Giappichelli, Torino.
- Perulli, A. (2020), *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in Working Paper

- CSLDE “Massimo D’Antona” – IT, n. 410, p. 43.
- Razzolini, O. (2013), *Perché avviare una riflessione su piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, in *DRI*, 4, pp. 1080 ss.
- Razzolini, O. (2012), *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Giappichelli, Torino.
- Romei, R. (2005), *L’elisir di lunga vita del divieto di interposizione*, in *RIDL* 3, PP. 726 ss.
- Santoro-Passarelli, G. (2017), *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in *RIDL*, 3, pp. 373 ss.
- Scarpelli, F. (2004), *Art. 27. Somministrazione irregolare*, in Gragnoli, E., Perulli, A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, pp. 421-422.
- Scarpelli, F. (1992), *Interposizione e appalti di servizi informatici: un interessante «obiter dictum» della Cassazione sul ruolo del «know-how» di impresa*, in *Foro.it*, pp. 524 ss.

Capitolo 19

La certificazione dei contratti di appalto e subappalto in ambienti sospetti di inquinamento o confinati

Lina Del Vecchio

SOMMARIO

1. Profili introduttivi – 2. La certificazione dei contratti di appalto e subappalto relativi a lavori da eseguirsi in ambienti sospetti di inquinamento o confinanti di cui al d.p.r. n. 177 del 2011: la qualificazione del contratto – 3. La “convergenza” dell’istituto verso il sistema della tutela della sicurezza nei luoghi di lavoro – 4. La “responsabilizzazione” della filiera degli appalti/subappalti (anche alla luce del d.l. n. 19/2024 conv. in l. n. 56/2024) – 5. Una ipotesi di certificazione obbligatoria?

1. Profili introduttivi

L’attuale centralità del dibattito sull’istituto della certificazione è testimoniato da alcune recenti note dell’Ispettorato Nazionale del Lavoro n. 694 del 24 gennaio 2024 e n. 1397 del 7 marzo 2024 aventi ad oggetto il *D.p.r. n. 177/2011 problematiche sui luoghi confinati e ambienti sospetti di inquinamento* le quali offrono lo spunto per una riflessione più ampia sulla certificazione dei contratti ai sensi del Titolo VIII, capo I, del d. lgs. n. 276/2003 nell’ambito dei servizi resi in ambienti sospetti di inquinamento o confinati in regime di appalto o subappalto.

La presente indagine si pone l’obiettivo di ripercorrere alcuni tratti della certificazione dei contratti di appalto/subappalto ai sensi del Titolo VIII, capo I, del d. lgs. n. 276/2003 (Ciucciovino, 2014a; Ciucciovino, 2014b; Ciucciovino 2023; Novella, 2014, 347; Carinci, 2012, 216; Dondi, 2012, 91; Dessì, 2011; Rausei, 2011; Zoppoli, 2010; Brino, 2006, 388; Gentili, 2005, 803; Tursi, 2004; Nogler, 2004, 2, 203; De Angelis, 2004, 234 ss.) in ambienti sospetti di inquinamento o confinati esaminando se ci sia o meno, in questo ambito, un “arricchimento” della originaria finalità “deflattiva del contenzioso” dell’istituto in questione e ponendo anche l’attenzione sul possibile “mutamento” della stessa natura della certificazione (da

facoltativa ad obbligatoria).

Questi temi saranno trattati alla luce del d.p.r. 14 settembre 2011, n. 177¹ (Rotella, Rausei, Fonzar, Marigo, 2012; Fucile, Ronca, 2012) il cui ambito di applicazione (rivolto in particolare agli ambienti di lavoro sospetti di inquinamento di cui agli articoli 66² e 121 del d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81³, nonché a quelli confinati di cui all'allegato IV, punto 3 del medesimo d. lgs. n. 81 del 2008⁴ (Ciucciovino, 2012, 84; Natullo, 2021, 95-96) ha un impatto

¹ *Regolamento recante norme per la qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi operanti in ambienti sospetti di inquinamento o confinanti, a norma dell'articolo 6, comma 8, lettera g), del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81.* Prima dell'approvazione del d.p.r. 14 settembre 2011, n. 177 sono state discusse nell'ambito della Commissione consultiva per la salute e sicurezza sul lavoro (nelle sedute del 16 marzo 2011 e del 7 aprile 2011) e condivise l'urgenza e l'opportunità di intervenire nel settore degli ambienti sospetti di inquinamento o confinanti.

² L'art. 66 del d. lgs. n. 81/2008 prevede che è vietato consentire l'accesso dei lavoratori in pozzi neri, fogne, camini, fosse, gallerie e in generale in ambienti e recipienti, condutture, caldaie e simili, ove sia possibile il rilascio di gas deleteri, senza che sia stata previamente accertata l'assenza di pericolo per la vita e l'integrità fisica dei lavoratori medesimi, ovvero senza previo risanamento dell'atmosfera mediante ventilazione o altri mezzi idonei.

³ L'art. 121 comma 1 del Testo Unico in materia di sicurezza prevede che quando si eseguono lavori entro pozzi, fogne, cunicoli, camini e fosse in genere, devono essere adottate idonee misure contro i pericoli derivanti dalla presenza di gas o vapori tossici, asfissianti, infiammabili o esplosivi, specie in rapporto alla natura geologica del terreno o alla vicinanza di fabbriche, depositi, raffinerie, stazioni di compressione e di decompressione, metanodotti e condutture di gas, che possono dar luogo ad infiltrazione di sostanze pericolose.

⁴ Infine per ambiente confinato (di cui all'allegato IV, punto 3 «Vasche, canalizzazioni, tubazioni, serbatoi, recipienti, silos» del d. lgs. n. 81/2008) si intende uno spazio circoscritto, caratterizzato da limitate aperture di accesso e da una ventilazione naturale sfavorevole, in cui il pericolo di morte o di infortunio grave è molto elevato, a causa della presenza di sostanze o condizioni di pericolo. I fattori di pericolo sono molteplici e possono essere rappresentati: dalla presenza di agenti chimici pericolosi (gas, vapori, polveri, ...); da altri agenti di rischio (biologico, esplosione, ...); dalla carenza di ossigeno o per difficoltà di comunicazione con l'esterno o di evacuazione. Generalmente ci si riferisce a luoghi non progettati e costruiti per essere occupati in permanenza da persone, ma che lo possono essere temporaneamente per particolari interventi lavorativi (ad esempio di ispezione, pulizia, riparazione). L'ambito di applicazione del d.p.r. n. 177/2011 è dunque quello delineato nel testo, come sottolineato dallo stesso Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (v. Interpello Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali 2 novembre 2015, n. 10) il quale ha escluso, ad esempio, dall'applicabilità del citato d.p.r. le attività di manutenzione, riparazione e trasformazione navale, come disciplinate dal d. lgs. n. 272 del 1999. Si deve

importante su un numero elevato di lavorazioni: si pensi, solo per fare un esempio, ai settori che operano nelle attività di *assurance*, *delivery* e *network construction* nell'ambito della realizzazione di reti in fibra ottica⁵.

L'indagine, inoltre, condurrà ad una riflessione sul contratto di subappalto – a tutti gli effetti riconducibile alla figura giuridica del contratto di appalto, previsto e disciplinato dall'art. 1655 c.c. e richiamato dall'art. 1656 c.c., il quale, vietandolo nell'ipotesi in cui non sia stato consentito dal committente, lo ammette in tutti gli altri casi⁶ – e sulla “autonomia” della certificazione del subappalto rispetto a quella del contratto di appalto principale.

Su tali temi incide, da ultimo, il d.l. 2 marzo 2024, n. 19 convertito in l. 29 aprile 2024, n. 56 (cd “Decreto Pnn”) il quale apporta delle modifiche all'art. 29 del d. lgs. n. 276/2003 in materia di controllo della adeguatezza e congruità retributiva dei lavoratori nell'appalto e nel subappalto (De Fusco, 2024).

inoltre sottolineare che allo scopo di fornire chiarimenti sui profili definitori, è stato costituito, nell'ambito della Commissione UNI/CT042/GL59 “Salute e sicurezza dei lavoratori esposti ad agenti chimici, polveri e fibre” un gruppo ad hoc per la redazione di una norma tecnica specifica – progetto UNI1601920 “Ambienti confinati – Classificazione e criteri di sicurezza”. Le definizioni attualmente presenti nel progetto citato riguardano sia l’“ambiente confinato e/o sospetto di inquinamento” che l’“ambiente assimilabile”. L’“ambiente confinato” o “spazio confinato” è uno spazio circoscritto non progettato e costruito per la presenza continuativa di un lavoratore, ma di dimensioni tali da consentire l'ingresso e lo svolgimento del lavoro assegnato caratterizzato da vie di ingresso o uscita limitate e/o difficili con possibile ventilazione sfavorevole, all'interno del quale è prevedibile la presenza o lo sviluppo di condizioni pericolose per la salute e la sicurezza dei lavoratori. L'ambiente assimilabile è un ambiente per il quale, a valle della valutazione del rischio, sussistono condizioni pericolose assimilabili a quelle individuate per gli ambienti confinati e/o sospetti di inquinamento.

⁵ Si parla di FTTC (*Fiber to the Cabinet*) ossia “fibra fino al cabinet”, oppure di FTTH (*Fiber to the Home*), cioè “fibra fino a casa”.

⁶ L'art. 1656 c.c., infatti, si limita a prevedere che l'appaltatore non possa «dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente». L'autorizzazione è data con separato atto successivo alla conclusione dell'appalto; Cass., 18 maggio 1955, n. 1466, in *GC*, 1956, I, p. 1383, secondo cui la mancanza di autorizzazione del committente comporta la nullità del contratto di subappalto, la quale però può essere fatta valere dal solo committente; contra, C. Giannattasio, *L'appalto*, Milano, 1977, secondo cui, nel caso in cui difetti l'autorizzazione, il contratto è solamente annullabile.

2. La certificazione dei contratti di appalto e subappalto relativi a lavori da eseguirsi in ambienti sospetti di inquinamento o confinanti di cui al d.p.r. n. 177 del 2011: la qualificazione del contratto

Il contratto di appalto ha rappresentato sin dall'inizio terreno di elezione dell'istituto della certificazione. Come è noto, infatti, il d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e successive modifiche prevede, da un lato, che: «al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro» (art. 75) e, dall'altro lato, che «le procedure di certificazione [...] possono essere utilizzate, sia in sede di stipulazione di appalto di cui all'articolo 1655 del codice civile sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale, anche ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto» (art. 85) ai sensi delle disposizioni di cui al Titolo III dello stesso d. lgs. n. 276/2003.

Pertanto è possibile sottoporre a certificazione i contratti di appalto ed anche di subappalto, rispetto ai quali la Commissione di certificazione è chiamata sicuramente a verificare che ricorrano gli elementi che, ai sensi dell'art. 1655 c.c. e dell'art. 29, d. lgs. n. 276/2003, identificano l'appalto/subappalto lecito distinguendolo, in particolare, dalla somministrazione di lavoro (Alvino, 2011, 20).

Rimangono viceversa fuori dall'oggetto della certificazione gli ulteriori profili di disciplina del contratto di appalto/subappalto che non incidono specificamente sulla qualificazione del tipo contrattuale⁷.

Che sia l'*esatta qualificazione del contratto* il principale obiettivo della certificazione, infatti, si ricava agevolmente dall'art. 80 del d. lgs. n. 276/2003, il quale specifica i possibili motivi di impugnazione di quanto certificato di fronte al giudice del lavoro, tra i quali sono ricompresi l'«erronea qualificazione del contratto» e il «vizio del consenso»; pertanto se ne deduce che la certificazione è valida ed efficace in quanto fornisce una qualificazione non erronea del contratto, basandosi sul consenso non viziato espresso dalle parti. Un ulteriore riferimento all'*esatta qualificazione del contratto* si rintraccia nell'art. 81 del d. lgs. n. 276/2003 dove si fa riferimento all'attività di «consulenza» ed «effettiva assistenza» prestata alle parti dalla Commissione in sede di stipulazione del contratto e sua successiva modifica.

Quanto appena detto vale anche per la certificazione dei contratti di

⁷ Sul tema v., retro, L. Monterossi, *La certificazione dei contratti di appalto*.

appalto e subappalto relativi a lavori da eseguirsi in ambienti sospetti di inquinamento o confinanti di cui al d.p.r. 14 settembre 2011, n. 177 oggetto della presente indagine, rispetto ai quali la Commissione di certificazione è comunque chiamata a certificare la “genuinità” del contratto di appalto e non ulteriori profili, quali la materia della salute e sicurezza dei lavoratori di cui al d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 sui quali la stessa Commissione non è competente a pronunziarsi⁸ (Ghera, 2008, 650; Nogler, 2004, 203; Zoppoli, 2010, 10).

Tra l'altro la Commissione di certificazione è priva di qualsiasi potere di verifica e accertamento dei profili esecutivi del rapporto di lavoro, di cui dispongono invece le autorità preposte a conoscere l'effettiva esecuzione del rapporto di lavoro quali sono l'autorità giudiziaria o ispettiva⁹. Inoltre per quanto riguarda una possibile opponibilità del provvedimento di certificazione, l'art. 79 del d. lgs. n. 276/2003 stabilisce che gli effetti dell'accertamento del contratto effettuato dalla Commissione di certificazione permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'art. 80 del d. lgs. n. 276/2003, cioè fino a che non sia pronunciata una sentenza che riconosca l'erronea qualificazione del contratto o la difformità fra il programma negoziale certificato e quello attuato, o vizi del consenso, fatti salvi i provvedimenti cautelari. Ciò determina l'opponibilità ai terzi della qualificazione certificata, con la conseguenza che a questi risulterà preclusa (salva la possibilità di invalidazione giudiziale) l'adozione di tutti quei provvedimenti recuperatori/sanzionatori che discendono e presuppongono una qualificazione diversa e difforme da quella dedotta nel prov-

⁸ È noto che la Commissione certifica “il contratto” accertando la rispondenza in concreto del singolo accordo (voluto e stipulato) alla tipologia astratta prevista dal legislatore (c.d. tipo legale). Resta comunque fermo il rispetto dell'art. 26, co 5, d. lgs. n. 81 del 2008 in caso di appalto “interno”.

⁹ Peraltro a mente dell'art. 78, co 2 del d. lgs n. 276/2003 «l'inizio del procedimento deve essere comunicato alla Direzione Provinciale del Lavoro che provvede a inoltrare la comunicazione alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti. Le autorità pubbliche possono presentare osservazioni alle commissioni di certificazione» (sul punto v. nota INL n. 1981 del 4 marzo 2020). Secondo la nota INL del 19 aprile 2019 n. 3861 la comunicazione in questione deve essere trasmessa alla sede territoriale dell'Ispettorato del lavoro che, in relazione al luogo di svolgimento delle prestazioni di lavoro (o del servizio in appalto), è interessato agli effetti della certificazione.

vedimento di certificazione¹⁰. In altri termini, sarà preclusa l'adozione di quei provvedimenti che si pongono in nesso di derivazione necessaria da una diversa qualificazione giuridica rispetto a quella operata dalla Commissione. Pertanto, secondo una opinione, non sono inibiti quei provvedimenti che risultano del tutto "neutri" rispetto alla qualificazione giuridica del rapporto (Scarcelli, Rapacciuolo, 2009, 2) si pensi, ad esempio, a violazioni in materia di sicurezza relative al contratto oggetto della presente indagine, ove il distinguo l'appalto/subappalto lecito e somministrazione di lavoro a quei fini a nulla rileva. Del resto la qualificazione certificata dalla Commissione non ostacola lo svolgimento delle funzioni di vigilanza e di controllo delle autorità pubbliche anche in riferimento al contratto di appalto/subappalto.

L'atto di certificazione, come è noto, rappresenta un provvedimento di certazione (Ghera, 2008, 650) cioè produttivo di certezza legale sul piano dell'ordinamento generale e, in specie, nei rapporti interprivati; pertanto l'effetto di certazione non accerta uno stato di fatto ma qualifica il rapporto determinando così le conseguenze giuridiche del comportamento contrattuale delle parti. Il procedimento e l'atto di certificazione, infatti, costituiscono l'esercizio di un potere dichiarativo finalizzato alla formazione di una certezza pubblica intorno al rapporto e alla sua qualificazione; ciò avviene sul presupposto non di una semplice constatazione della sussistenza o meno di un fatto ma di una la verifica della rispondenza in concreto del singolo contratto stipulato alla tipologia astratta prevista dal legislatore (c.d. tipo legale) (Nogler, 2004, 203; Ghera, 2008, 650; Zoppoli, 2010, 10; Bellocchi, 2007, 1134).

Quanto detto assume una "valenza" particolare nell'ambito del settore degli ambienti confinati di cui al d.p.r. n. 177/2011 oggetto della presente analisi

Innanzitutto perché la certificazione dei contratti di appalto/subappalto e dei contratti di lavoro non standard in essi implicati "converge" verso il sistema della tutela della sicurezza nei luoghi di lavoro nel momento in cui, in ragione della particolare pericolosità e dell'alto rischio di infortuni in questo settore¹¹, il legislatore ha emanato il d.p.r. 14 settembre 2011 n.

¹⁰ V. anche nota INL del 23 aprile 2019, la quale sottolinea che la certificazione dei contratti di appalto non ha effetto retroattivo e non produce alcun effetto in ordine ad eventuali condotte di rilievo penale.

¹¹ Sottolinea la necessità di promuovere una migliore cultura prevenzionistica in un settore connotato dal forte pericolo di tragici eventi lesivi l'Interpello Ministero del lavoro n. 10 del 2015 (reperibile in <<https://olympus.uniurb.it>>).

177 introducendo, in funzione di prevenzione di malattie professionali ed infortuni, alcune disposizioni finalizzate a qualificare (Rausei, 2012, 5) le imprese e i lavoratori autonomi¹² operanti in ambienti sospetti di inquinamento o confinati (Marigo, 2012, 13).

In secondo luogo perché la certificazione contribuisce a “sostenere” un corretto comportamento aziendale in termini di “responsabilizzazione” della filiera negli appalti/subappalti. In quest’ottica la certificazione incentiva pratiche virtuose tra soggetti privati, fornendo agli stessi un importante strumento di raggiungimento di obiettivi di politica sociale inserendosi, in senso lato, in sistemi di “Due diligence” (anche in riferimento alla scelta del contraente in un contratto di appalto/subappalto).

In tale chiave possono essere colte, in un disegno di ampio respiro, tutte le “potenzialità” della certificazione secondo la tendenza ad attribuire allo stesso istituto una “vis espansiva” (Barberio, 2023, 24).

3. La “convergenza” dell’istituto verso il sistema della tutela della sicurezza nei luoghi di lavoro

Il d.p.r. n. 177/2011, in attesa della definizione di un complessivo sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi (come previsto dagli artt. 6, co 8, lettera g), e art. 27 del Testo Unico in materia di sicurezza) disciplina il sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi destinati ad operare nel settore degli ambienti sospetti di inquinamento o confinati (v. art. 1 comma 1).

L’art. 2 comma 1 del citato decreto prevede, infatti, che qualsiasi attività lavorativa nel settore degli ambienti sospetti di inquinamento o confinati possa essere svolta unicamente da imprese o lavoratori autonomi che siano in possesso dei requisiti previsti dalla norma tra quali: integrale applicazione dei vigenti obblighi in materia di valutazione dei rischi, sorveglianza sanitaria, misure di gestione delle emergenze (art. 2, co 1, lett. a); impone alle imprese familiari e ai lavoratori autonomi l’obbligo di sottoporsi a sorveglianza sanitaria e di sottoporsi a corsi di formazione (art. 2, co 1, lett. b); impone alle imprese e ai lavoratori autonomi che svolgano attività negli ambienti confinati, ivi compreso il datore di lavoro, l’obbligo

¹² È stato precisato come il sistema di qualificazione delineato dal d.p.r. n. 177/2011 si configuri quale norma transitoria, in attesa di quel “complessivo sistema di qualificazione delle imprese” richiamato dall’art. 1 dello stesso d.p.r. n. 177.

di procedere a specifica informazione e formazione oggetto di verifica di apprendimento e aggiornamento e finalizzate a consentire a tutte le maestranze la piena conoscenza di tutti i rischi che sono propri dei lavori in ambienti confinati (art. 2, co 1, lett. d); obbliga i datori di lavoro e i lavoratori autonomi a possedere dispositivi di protezione individuale (ad esempio maschere protettive, imbracature di sicurezza, ecc.), strumentazione e attrezzature di lavoro (ad esempio respiratori, rilevatori di gas, ecc.) idonei a prevenire i rischi propri delle attività lavorative in parola e ad aver effettuato, sempre in relazione a tutto il personale impiegato, attività di addestramento all'uso corretto di tali dispositivi, coerentemente con gli artt. 66 e 121, allegati IV, punto 3, d. lgs. n. 81/2008 (art. 2, comma 1, lett. e); richiede la effettuazione di attività di addestramento di tutto il personale impiegato, sempre ivi compreso il datore di lavoro, relativamente ai rischi che sono proprio degli “ambienti confinati” e alle peculiari procedure di sicurezza ed emergenza che in tali contesti possono emergere (lett. f); richiama il rispetto integrale degli obblighi in materia di Documento Unico di Regolarità Contributiva (lett. g) e di quelli relativi alla parte economica e normativa della contrattazione collettiva di settore, compreso il versamento dell'eventuale contributo all'ente bilaterali di riferimento (lett. h)¹³.

Inoltre, e per quanto interessa in questa sede, l'art. 2, co 1, lett. c) richiede «la presenza di personale, in percentuale non inferiore al 30 per cento della forza lavoro, con esperienza almeno triennale relativa a lavori in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, assunta con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ovvero anche con altre tipologie contrattuali o di appalto, a condizione, in questa seconda ipotesi, che i relativi contratti siano stati preventivamente certificati ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276»¹⁴.

¹³ “Buone prassi” per tali procedure sono state validate e formalizzate della Commissione consultiva permanente e dall'Inail. V., <<https://www.inail.it/cs/internet/attivita/prevenzione-e-sicurezza/promozione-e-cultura-della-prevenzione/buone-prassi.html?currentPage=3>>.

¹⁴ V., secondo la nota ministeriale 27 giugno 2013, n. 11649, tale esperienza deve essere necessariamente in possesso dei lavoratori che svolgono le funzioni di preposto impiegato su quello specifico lavoro che esegue le attività di cui all'art. 1, comma 2, indipendentemente dal numero complessivo della forza lavoro della stessa azienda. Qualora l'appaltatore si avvalga di professionalità attraverso forme contrattuali diverse da quelle del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, è necessario che i relativi contratti siano certificati ai sensi del Titolo VIII Capo I, d. lgs. n. 276/2003. V. Interpello Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 24 marzo 2015 – n. 6 il quale ha ammesso che dalla

Questo dato legislativo impone alcune riflessioni sul modo in cui la certificazione *ex art.* 75 del d. lgs. n. 276/2003 si inserisce nel “sistema di qualificazione” degli operatori economici e nella “verifica dell’idoneità tecnico-professionale” degli stessi. Conseguentemente ci si potrebbe chiedere se in tale ambito si verifichi una modifica della originaria funzione della certificazione; ed infine se il d.p.r. n. 177 del 2011 modifichi la natura della certificazione *ex art.* 75 della riforma Biagi (da facoltativa ad obbligatoria)¹⁵.

Sul primo versante la certificazione è configurabile (tra l’altro in modo transitorio¹⁶ e limitatamente all’ambito dei settori oggetto della presente analisi) come un “momento” del sistema di “qualificazione” degli operatori economici (Rausei, 2012, 5-9, Di Stefano, Russo, 2022, 114) in grado di promuovere più elevati standard di tutela del lavoro. Questo “nuovo modello” di qualificazione è incentrato, come evidenziato, su una serie di tipologie di requisiti: alcuni riguardano specificatamente la gestione della salute e sicurezza sul lavoro¹⁷; altri riguardano gli standards organizzativi e contrattuali di materia lavoristica¹⁸; ed infine solo alcuni riguardano la certificazione *ex art.* 75 d. lgs. n. 276/2003 di contratti di lavoro flessibili, di appalto e di subappalto.

Da una parte l’art. 2, co 1, lett. c) richiede «la presenza di personale, in percentuale non inferiore al 30 per cento della forza lavoro, con esperienza almeno triennale relativa a lavori in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, assunta con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ovvero anche con altre tipologie contrattuali o di appalto, a

lettura dell’art. 2 del d.p.r. n. 177/2011, e nello specifico, dal riferimento espresso all’assunzione con “altre tipologie contrattuali”, non sembrano emergere preclusioni in ordine alla possibilità di attivare rapporti di lavoro di natura intermittente ai fini dello svolgimento di attività in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, fermo restando il rispetto delle altre condizioni di legge e, in particolare, il possesso da parte del lavoratore di una esperienza almeno triennale maturata in tale ambito.

¹⁵ V., *infra*, paragrafo 5.

¹⁶ In quanto l’art. 1 co 1 del d.p.r. n. 177 del 2011 prevede che «in attesa della definizione di un complessivo sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi, come previsto dagli articoli 6, comma 8, lettera g), e 27 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, il presente regolamento disciplina il sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi destinati ad operare nel settore degli ambienti sospetti di inquinamento o confinati, quale di seguito individuato».

¹⁷ In particolare art. 2 comma 1, lettere a, b, d, e ed f.

¹⁸ In particolare art. 2, comma 1, lettere g e h.

condizione, in questa seconda ipotesi, che i relativi contratti siano stati preventivamente certificati ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276». Dall'altro lato, l'art. 2, comma 2 del d.p.r. n. 177/2011 prevede anche che «in relazione alle attività lavorative in ambienti sospetti di inquinamento o confinati non è ammesso il ricorso a subappalti, se non autorizzati espressamente dal datore di lavoro committente e certificati ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni e integrazioni».

Sebbene la certificazione si collochi all'interno del sistema di qualificazione degli operatori economici delineato dal d.p.r. n. 177 del 2011, quest'ultima norma non muta la funzione originaria della certificazione, tant'è che sia l'art. 2, comma 1, lett. c) che l'art. 2, comma 2 del d.p.r. fanno riferimento ai «certificati ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276». Ciò fa pensare che il Regolamento recante norme per la qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi operanti in ambienti sospetti di inquinamento o confinanti, non attribuisca ulteriori funzioni all'istituto della certificazione "oltre" la qualificazione dei contratti¹⁹.

Inoltre i requisiti dettati dal d.p.r. n. 177 del 2011 sono messi in relazione con l'istituto della idoneità professionale, la cui verifica spetta ai committenti (o subappaltanti) *ex* art. 26 del d. lgs. n. 81 del 2008 come modificato dal d. lgs. n. 106/2009.

L'art. 1, co 4 del d.p.r. n. 177 del 2011 si sofferma, infatti, sul rapporto tra le disposizioni introdotte e quelle (in tema di affidamento da parte del datore di lavoro committente di lavoro a imprese appaltatrici o lavoratori autonomi nel proprio ciclo produttivo) di cui all'art. 26 del d. lgs. n. 81/2008, ribadendo che le disposizioni di cui agli articoli 2, comma 2, e 3, commi 1 e 2, del d.p.r. operano unicamente in caso di affidamento da parte del datore di lavoro di lavori, servizi e forniture all'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima, sempre che abbia la disponibilità giuridica, a norma dell'articolo 26, co 1, del d. lgs. n. 81/2008, dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo (Fantini, 2012, 500).

¹⁹ Sul punto v. paragrafo 2. Inoltre si ricordi che la certificazione fa stato fino all'eventuale adozione di una sentenza di primo grado da parte di giudice che "riqualifichi" il contratto; rende temporaneamente inefficaci tutti gli atti che presuppongano una diversa "qualificazione" del contratto, difformità tra il contratto e la sua successiva esecuzione, vizi del consenso (v. artt. 79 e 80 del d. lgs. n. 276/03).

Tale raccordo è stato sottolineato sia dalla nota del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 9828 del 6 maggio 2013 la quale ha previsto che «il committente è obbligato ad applicare l'art. 26» del d. lgs. n. 81 del 2008 e anche il d.p.r. n. 177/11; che dalla nota del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 11646 del 27 giugno 2013 in tema di sanzioni in caso di mancata certificazione. In tale nota si prevede che qualora un datore di lavoro non ottemperi alle prescrizioni in materia di certificazione dei contratti contenute nel d.p.r. 177, «è applicabile, nei confronti del committente, la sanzione relativa alla non corretta verifica della idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi prevista dall'art. 26, comma 1, lett. a) e sanzionata dall'art. 55, comma 5, lett. b), d. lgs. n. 81/2008», con l'arresto da 2 a 4 mesi o, in via alternativa, con un'amenda compresa tra 1.096,00 e 5.260,80 euro.

Quanto detto induce a ritenere che nelle realtà produttive nelle quali si svolgono lavori del tipo preso in esame dalla presente indagine, la certificazione (pur sempre perseguendo l'obiettivo di qualificazione del contratto e con lo scopo deflativo del contenzioso) “converge” verso il sistema della sicurezza nei luoghi di lavoro determinando – unitamente al rispetto di livelli formazione, di esperienza, di addestramento ecc. – un innalzamento del livello di tutela e di protezione dei lavoratori coinvolti. Pertanto nel campo oggetto della presente analisi la certificazione può indubbiamente rappresentare un utile strumento di promozione di condizioni di lavoro migliori.

4. La “responsabilizzazione” della filiera degli appalti/subappalti (anche alla luce del d.l. n. 19/2024 conv. in l. n. 56/2024)

La certificazione ex d. lgs. n. 276/2003 contribuisce a “sostenere” un corretto comportamento aziendale in termini di “responsabilizzazione” della filiera negli appalti/subappalti: rafforzando il rispetto degli obblighi di legge e di contratto collettivo applicabili²⁰ ma anche controllando la lun-

²⁰ L'art. 2, co 2 h), d.p.r. n. 177/2011 prevede, come già evidenziato, il rispetto del requisito della integrale applicazione della parte economica e normativa della contrattazione collettiva di settore, compreso il versamento della contribuzione all'eventuale ente bilaterale di riferimento, ove la prestazione sia di tipo retributivo, con riferimento ai contratti e accordi collettivi di settore sottoscritti da organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

ghezza della catena di subappalto.

Come è noto, infatti, nel momento in cui la Commissione qualifica un contratto di appalto/subappalto in ambienti confinati prenderà in riferimento elementi che assumono valore dirimente nella ricostruzione dell'autonomia organizzativa dell'appaltatore (o subappaltatore) attesa la natura *labour intensive* del contratto (Barberio 2023, 256-264); per cui verificherà le previsioni contrattuali che attribuiscono al subappaltatore, ad esempio, la piena ed esclusiva responsabilità della gestione del personale, della sua formazione professionale e dell'applicazione dei trattamenti dovuti in base alle fonti legali e contrattuali collettive applicabili.

Del resto il nostro ordinamento non definisce né tipizza il contratto di subappalto che, piuttosto, costituisce un contratto derivato (o sub-contratto) del contratto di appalto principale da cui deriva²¹ (Giannattasio, 1977). Il contratto di subappalto è, quindi, a tutti gli effetti riconducibile alla figura giuridica del contratto di appalto, previsto e disciplinato dall'art. 1655 c.c. Dunque per valutare la legittimità dei contratti di subappalto sottoposti al procedimento di certificazione, la Commissione sarà chiamata ad accertare la sussistenza dei requisiti che identificano il tipo contrattuale di cui all'art. 1655 c.c., anche tenendo conto dei consolidati orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia. L'art. 1656 c.c. prende in considerazione il subappalto, vietandolo nell'ipotesi in cui non sia stato consentito dal committente ed ammettendolo in tutti gli altri casi; tale norma, infatti, si limita a prevedere che l'appaltatore non possa «dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente»²² (Rubino, Iudica, 1992, 201; Gazzoni, 2009, 1166). In linea di massima, salvo diversa previsione, il contratto di appalto e quello di subappalto sono tra loro autonomi: il consenso al subappalto espresso dal committente ai sensi dell'art. 1656 c.c. ha la sola funzione di rendere legiti-

²¹ In giurisprudenza v., Cass. 11 agosto 1990, n. 8202, in *GCM*, 8; Cass. 11 novembre 2009, n. 23903, in *DeG*, 2009.

²² In linea di massima, salvo diversa previsione, il contratto di appalto e quello di subappalto sono tra loro autonomi. In giurisprudenza v. Cass. 24 luglio 2000, n. 9684, in *GCM*, 2000, 1611; Cass. 20 giugno 2000, n. 8384, in *GC*, 2000, I, 2577; Cass. 19 luglio 2018, n. 19296, in *FA*, 2019, 4, 629; il consenso al subappalto espresso dal committente ai sensi dell'art. 1656 c.c. ha la sola funzione di rendere legittimo il ricorso da parte dell'appaltatore a tale modalità di esecuzione del contratto, senza che tra committente e subappaltatore venga ad instaurarsi un rapporto diretto; in giurisprudenza v. Cass. 11 agosto 1990, n. 8202, *RFI*, 1990, Appalto, n. 18; Cass. 29 maggio 1999, n. 5237, *RFI*, 1999, Appalto, n. 20, Cass. 2 agosto 2011, n. 16917, *GCM*, 7-8, 1148.

timo il ricorso da parte dell'appaltatore a tale modalità di esecuzione del contratto, senza che tra committente e subappaltatore venga ad instaurarsi un rapporto diretto²³.

L'accertamento richiesto alla Commissione ai fini della emissione del provvedimento di certificazione riguarderà, quindi, esclusivamente gli elementi costitutivi della tipologia negoziale del subappalto come evincibili dal testo contrattuale nonché dalla volontà manifestata dalle parti, essendo esclusa ogni indagine relativa alla concreta esecuzione del contratto.

Per verificare i requisiti nel subappalto si farà riferimento dunque all'art. 1655 c.c. e quindi alla natura imprenditoriale del subappaltatore, l'organizzazione dei mezzi necessari all'esecuzione del subappalto e dall'assunzione del rischio di impresa da parte del subappaltatore. Rispetto a tali requisiti, l'art. 29, primo comma, d. lgs. n. 276/2003 fornisce una semplice puntualizzazione del requisito organizzativo nel caso di appalti c.d. *labour intensive*, in particolare prevedendo che «l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore [...] può anche risultare [...] dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto». Venuta meno, infatti, la presunzione di cui all'art. 1, terzo comma, legge n. 1369/1960 e stante l'espressa previsione dell'art. 29 d. lgs. n. 276/2003, non v'è dubbio ai fini della qualificazione del contratto di subappalto e della distinzione concreta fra tale tipologia negoziale e la somministrazione di lavoro, l'art. 29, d. lgs. n. 276/2003 fornisce un importante criterio discrezionale preoccupandosi di specificare espressamente la nozione codicistica di appalto laddove prevede che «il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa». In tal modo il legislatore ha inteso assegnare al potere organizzativo e direttivo esercitato in questo caso dal subappaltatore valore dirimente nella concreta distinzione dell'appalto dalla somministrazione di lavoro (Rossi, 2020, 989).

Pertanto si può affermare che i caratteri identificativi del subappalto, atti anche a distinguerlo dalla somministrazione di lavoro, sono da ravvisare

²³ Cfr. Cass. 11 agosto 1990, n. 8202, *RFI*, 1990, Appalto, n. 18; Cass. 29 maggio 1999, n. 5237, *RFI*, 1999, Appalto, n. 20 Cass. 16 giugno 2018, n. 15786, in *Guida al diritto*, 38, 60.

essenzialmente: nell'autentica natura imprenditoriale dell'appaltatore; nell'autonoma organizzazione di mezzi da parte dell'appaltatore (che nelle attività *labour intensive* si concretizza principalmente nell'esercizio esclusivo da parte dell'appaltatore del potere organizzativo, direttivo e di controllo nei confronti dei lavoratori impiegati nell'appalto)²⁴; nell'assunzione da parte dell'appaltatore del relativo rischio di impresa²⁵. Quindi ai fini della certificazione del contratto di appalto/subappalto da eseguirsi in ambienti sospetti di inquinamento o confinati particolare attenzione sarà rivolta alle disposizioni contrattuali ed alle dichiarazioni rese della parti sul rispetto della normativa applicabile ai rapporti di lavoro, sull'adempimento degli obblighi di carattere retributivo, contributivo e fiscale relativo al personale impiegato e sull'integrale applicazione della parte economica e normativa della contrattazione collettiva di settore, compreso il versamento della contribuzione all'eventuale ente bilaterale di riferimento, ove la prestazione sia di tipo retributivo, con riferimento ai contratti e accordi collettivi di settore sottoscritti da organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ai sensi della lett. h) dell'art. 2, co 1, d.p.r. n. 177/2011.

Quest'ultima norma appare in linea con le novità in materia di controllo della adeguatezza e congruità retributiva dei lavoratori impiegati negli appalti introdotte dall'art. 29 del d.l. n. 2 marzo 2024, n. 19 (cd. "Decreto

²⁴ Cass., 15 luglio 2011, n. 15615 in *GCM*, 2011, n. 7-8, p. 1073; Cass., 06 giugno 2011, n. 12201 in *GCM*, 2011, n. 6, 848; Cass., 18 marzo 2000, n. 3196, in *GCM*, 2000, 595.

²⁵ In giurisprudenza v., tra le tante, Cass 29 settembre 2011, n. 19920, in *GCM*, 2011, n. 9, 1366; Cass. 17 febbraio 2010, n. 3681, in *GCM*, 2010, n. 2, 217; Cass. 19 luglio 2007, n. 16016, in *GCM*, 2007, n. 7-8. Infatti come insegna la Cassazione (Cass. civ. Sez. Unite, 17 novembre 2008, n. 27306, in *GCM*, 2008, n. 11, p. 1629), l'appalto irregolare sussiste nel caso in cui l'appalto abbia ad oggetto la messa a disposizione di una prestazione lavorativa, lasciandosi all'appaltatore i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (retribuzione, assegnazione delle ferie, distribuzione dei turni di lavoro), ma senza una reale organizzazione della prestazione stessa finalizzata ad un risultato produttivo autonomo. Per la verifica dei requisiti dell'organizzazione di mezzi necessari e dell'assunzione del rischio di impresa da parte dell'appaltatore, v. le circolari n. 48 del 15 dicembre 2004 n. 5 dell'11 febbraio 2011 con cui il Ministero del lavoro ha elaborato delle linee guida per l'attività di certificazione delle Commissioni di certificazione costituite presso le direzioni territoriali del lavoro anche relativamente al contratto di appalto ed ha effettuato «una ricognizione delle principali problematiche che gli operatori incontrano nel ricorrere all'appalto» fornendo linee guida agli organismi di vigilanza per la verifica, tra l'altro, della "genuinità" dell'appalto.

Pnrr”) conv. con modif. in l. 29 aprile 2024, n. 5 il quale ha introdotto il comma 1 bis all’art. 29 del d. lgs. n. 276/2003 per cui «al personale impiegato nell’appalto di opere o servizi e nel subappalto spetta un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale stipulato dalle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicato nel settore e per la zona strettamente connessi con l’attività oggetto dell’appalto e del subappalto»²⁶ (Pedroni, 2024).

La certificazione, valutando questi elementi, garantisce una maggiore responsabilizzazione, trasparenza e “verificabilità” del corretto operare degli imprenditori coinvolti nel subappalto. Ciò si pone in linea con la *ratio* di potenziare la prevenzione sulla scorta della selezione degli operatori commerciali maggiormente affidabili.

5. Una ipotesi di certificazione obbligatoria?

L’ultimo aspetto da considerare è quello attinente alla natura, obbligatoria o facoltativa, della certificazione nell’ambito oggetto della presente analisi alla luce dell’art. 2, co 1 lett. c) del d.p.r. n. 177/2011 – che richiede, come già evidenziato, «la presenza di personale, in percentuale non inferiore al 30 per cento della forza lavoro, con esperienza almeno triennale relativa a lavori in ambienti sospetti di inquinamento o confinati, assunta con con-

²⁶ Prima delle modifiche apportate in sede di conversione, l’art. 29 del d.l. n. 19/2024 aveva introdotto all’art. 29 del d. lgs. n. 276/2002 il seguente co 1 bis: «1-bis. Al personale impiegato nell’appalto di opere o servizi e nell’eventuale subappalto è corrisposto un trattamento economico complessivo non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale maggiormente applicato nel settore e per la zona di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto»; questa versione originaria del testo del decreto ha suscitato molteplici perplessità sia in relazione al criterio comparativo utilizzato e alla connotazione settoriale e geografica che per quanto riguarda il rigido riferimento all’appalto. La dottrina ha rilevato che la originaria formulazione appariva generica in quanto non forniva alcun criterio diretto a determinare la “maggior applicazione” del contratto collettivo né il perimetro territoriale di riferimento. In relazione al riferimento alla stretta connessione con l’attività oggetto dell’appalto non appariva logico per quale motivo l’attività svolta dai subappaltatori dovesse necessariamente essere attratta dal contratto collettivo applicato dal committente o dal (primo) appaltatore pur in presenza di un “contratto leader”.

tratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ovvero anche con altre tipologie contrattuali o di appalto, a condizione, in questa seconda ipotesi, che i relativi contratti siano stati preventivamente certificati ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276». La formulazione letterale di questa norma (non proprio cristallina) ha alimentato diversi dubbi interpretativi non essendo chiaro se la certificazione debba coprire il contratto di appalto, i contratti di appalto e di contratti di lavoro dell'appaltatore o solo i contratti con cui i lavoratori sono assunti dall'appaltatore.

Secondo una dottrina solo i contratti di appalto rientrerebbero nella certificazione obbligatoria in linea con la ratio (sottesa all'introduzione del sistema di qualificazione) di filtrare gli operatori che agiscono sul mercato, evidenziando quelli maggiormente professionali (Barberio, 2022, 33).

A favore di una tesi "estensiva" della certificazione del contratto di appalto e dei contratti di lavoro "flessibili" militerebbe invece l'intento legis che vorrebbe prevenire l'utilizzo di manodopera avventizia, non in possesso di adeguata esperienza e competenza (Magri, 2018, 643). Tale "doppio obbligo" che coinvolga anche i singoli contratti dei lavoratori, sebbene maggiormente cautelante, non pare supportata adeguatamente dal dato normativo.

Una parte della dottrina ha evidenziato che dall'art. 2, comma 1 lett. c) del d.p.r. n. 177 del 2011 discenda l'obbligatoria certificazione dei contratti di lavoro "flessibili" o contratti di lavoro utilizzati dall'appaltatore, solamente nel caso in cui l'azienda non soddisfi il requisito del 30% della forza lavoro assunta a tempo indeterminato e con esperienza almeno triennale relativa a lavori in ambienti confinati; in altri termini «l'obbligatorietà sembra operare solo fino a concorrenza del raggiungimento del predetto limite del 30%, senza quindi estendersi a tutti i contratti di lavoro flessibili utilizzati»²⁷. (Di Stefano, Russo, 2022, 132; Venturi, 2013, 3; Bellocchi, 2022, 1203). Conseguentemente, fuori da questo ambito, la certificazione manterrebbe la sua natura volontaria.

La recente Nota dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro la n. 694 del 24 gennaio 2024 interviene sul punto specificando che il comma 1, lett. c) dell'art. 2 del d.p.r. n. 177 del 2001 impone alle imprese l'obbligo di utilizzo

²⁷ Inoltre l'obbligo di certificazione sembrerebbe estendersi a quei casi in cui la percentuale del 30% venga raggiunta con lavoratori a tempo indeterminato che non siano assunti direttamente dell'impresa appaltatrice come, ad esempio, nel caso di somministrazione di lavoro o di distacco.

di personale, stabilendone i requisiti minimi – esperienza almeno triennale – e la tipologia contrattuale, la quale deve essere generalmente di tipo subordinato a tempo indeterminato. Qualora l'impresa decida di utilizzare personale con altre tipologie contrattuali, allora l'impresa dovrà procedere alla certificazione del contratto di lavoro ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del d. lgs. n. 276/2003. Inoltre, nel caso in cui l'impiego del personale in questione avvenga in forza di un contratto di appalto, occorrerà certificare i relativi contratti di lavoro del personale utilizzato dall'appaltatore – ancorché siano contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Tale nota sembrerebbe suggerire una soluzione interpretativa volta a stabilire una generale “obbligatorietà” della certificazione sia dei contratti di lavoro c.d. “atipici” che dei contratti di lavoro a tempo indeterminato del personale impiegato in forza di un contratto di appalto.

Tale soluzione, tuttavia, da un lato, non risulta pienamente conforme alla interpretazione letterale dell'art. 2, co 1, lett. c) del d.p.r. 177/2011 e, dall'altro lato, potrebbe creare un problema di eccessivo carico di lavoro delle attività delle Commissioni di certificazioni (chiamate a certificare “tutti” i contratti di lavoro).

Alla luce di queste criticità l'Ispettorato Nazionale del Lavoro con nota n. 1937 del 7 marzo 2024 ha prontamente rettificato le precedenti indicazioni fornite con la nota n. 694/2024 stabilendo che sono «oggetto di certificazione ai sensi del Titolo VII, Capo I – recante “certificazione di contatti di lavoro” – del d. lgs, n. 276/2003, esclusivamente i contratti di lavoro c.d. “atipici” e non anche i contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato».

Questa interpretazione è maggiormente conforme alla ratio delle norma ed è anche funzionale allo scopo di assicurare una concreta tutela dei lavoratori che, operando con contratti non standard, possano avere minore esperienza e conoscenza dell'organizzazione aziendale e, dunque, essere maggiormente esposti a rischi per la propria salute e sicurezza²⁸.

La nota n. 694 del 2024 ha sottolineato, inoltre, che l'obbligatorietà della certificazione non si estende anche al contratto “commerciale” di appalto.

Questa indicazione è molto importante nel caso di contratto di su-

²⁸ Tale ratio è presente anche in altre norme del nostro ordinamento v., tra tutte, l'art. 28 del d. lgs. n. 81 del 2008 che prevede nell'oggetto della Valutazione dei rischi anche «quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro».

bappalto (tra il subappaltante e il subappaltatore) rispetto al quale il committente “principale” rimane estraneo (in quanto non si viene a creare alcun rapporto diretto tra esso e il subappaltatore). Tale “estranietà” rileva anche ai fini della certificazione del contratto di subappalto sia perché il committente principale non interviene, come è noto, nel procedimento di certificazione del contratto di subappalto sia perché non risulta obbligatorio certificare il contratto di appalto (principale).

Da ultimo l’INL richiama la certificazione del contratto di subappalto ai sensi dell’art. 2, comma 2 del d.p.r. n. 177/2011 per cui «in relazione alle attività lavorative in ambienti sospetti di inquinamento o confinati non è ammesso il ricorso a subappalti, se non autorizzati espressamente dal datore di lavoro committente e certificati ai sensi del Titolo VIII, Capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni e integrazioni» rimarcando la sua stretta connessione con l’autorizzazione al subappalto²⁹ (Rubino, Moscati, 1980)³⁰.

Pertanto gli interventi di rettifica dell’INL sono in linea con quanto già sostenuto in dottrina (Ciucciovino, 2023, 5) ovvero che sebbene il legislatore abbia previsto il ricorso alla certificazione come condizione necessaria per poter ricorrere all’appalto, al subappalto e alla flessibilità contrattuale nell’esecuzione dei lavori in ambienti confinati, la formulazione della legge non prevede un obbligo in tal senso ma piuttosto un “onere” a carico delle

²⁹ Solitamente l’autorizzazione è data con separato atto successivo alla conclusione dell’appalto; Cass., 18 maggio 1955, n. 1466, in *GC*, 1956, I, 1383, secondo cui la mancanza di autorizzazione del committente comporta la nullità del contratto di subappalto, la quale però può essere fatta valere dal solo committente; contra, C. Giannattasio, *L’appalto*, Milano, 1977, secondo cui, nel caso in cui difetti l’autorizzazione, il contratto è solamente annullabile e G. Morbidelli, *Dei singoli contratti*, Torino, 1968, per cui tale mancanza configurerebbe un’ipotesi di inadempimento, tale da legittimare il committente ad esercitare le relative azioni nei confronti dell’appaltatore.

³⁰ Pertanto la Commissione di certificazione verificando: che il committente del contratto di appalto principale abbia autorizzato l’appaltatore a subappaltare a terzi i servizi compresi nel contratto di appalto; che il subappalto non superi la quota percentuale dell’importo dei servizi subappaltabili indicata nel contratto di appalto; che l’autorizzazione riguardi l’oggetto del subappalto di cui si richiede la certificazione; che ci sia corrispondenza temporale tra durata dell’autorizzazione e durata del contratto di subappalto ed, infine, che il subappalto non formi oggetto di ulteriore subappalto contribuisce pienamente a “sostenere” un corretto comportamento aziendale in termini di “responsabilizzazione e trasparenza” della filiera al fine di garantire i diritti dei lavoratori nelle catene di appalti/subappalti.

parti intenzionate a ricorrere a particolari modalità di svolgimento di queste attività economiche in grado di esporre a maggiori rischi i lavoratori coinvolti. Quindi in questi casi si configura (Ciucciovino, 2023, 5) un onere di certificazione per coloro i quali intendano svolgere attività lavorative in ambienti rischiosi facendo ricorso all'appalto, al subappalto o alla flessibilità del lavoro, in quanto un obbligo di certificazione sarebbe incompatibile con la essenziale volontarietà dell'istituto ai sensi dell'art. 75 del d. lgs. n. 276/2003.

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2011), *Profili problematici della distinzione fra appalto e somministrazione nella recente giurisprudenza*, in *LG, Gli Speciali*, 2011, Parte II Appalto e decentramento produttivo, 20 ss.
- Barberio M. (2022), *L'art. 27 del d. lgs. n. 81/2002: la prospettiva della responsabilità sociale*, *DSL*, 1, 33.
- Barberio M. (2023b), *La certificazione dei contratti di lavoro tra autoregolazione e certezza del diritto*, Torino, Giappichelli, 2023, 24.
- Bellocchi P. (2007), *Le procedure di certificazione*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca (a cura di), *Il diritto del lavoro*, Vol. I, Milano, Utet, 1134.
- Bellocchi P. (2022), *Le procedure di certificazione*, in *Il lavoro privato* a cura di Amoroso G., Di Cerbo V., Maresca A., Milano, Giuffrè, 1203.
- Brino, V. (2006), *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in *LD*, 2-3, 388 ss.
- Carinci, M.T. (2012), *Clausole generali e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. n. 183/2010*, in *La riforma del mercato del lavoro, Commento alla legge 4 novembre 2010 n. 183, 2010*, a cura di Nogler L. e Marinelli M., Milano, Utet, 216 ss.
- Ciucciovino S. (2012), *Sicurezza del lavoro negli ambienti confinati: il ruolo della certificazione dei contratti*, in *Guida al lavoro Il sole 24 ore*, 84-91.
- Ciucciovino S. (2014a), *Certificazione dei contratti di lavoro*, in Santoro-Passarelli, G., a cura di, *Trattato di Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, Milano, Utet.
- Ciucciovino S. (2014b), *La certificazione dei contratti di lavoro come mezzo di produzione di certezze nel mercato del lavoro*, in *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, Ciucciovino S., a cura di, Torino, Giappichelli.
- Ciucciovino S. (2023), *Certificazione dei contratti di lavoro*, in R. Del Punta, R. Romei, F. Scarpelli (a cura di), *Enciclopedia del diritto - I Tematici*, Volume VI- *Contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1-16.
- De Angelis, L. (2004), *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, *RIDL*, I, 2004, 234 ss.
- De Fusco E. (2024), *Appalti e subappalti con il Ccnl comparativamente più rappresentativo*, *Il sole 24 ore*, 16 aprile 2024.
- Dessi O. (2011), *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, Torino, Giappichelli.

- Di Stefano L., Russo A. (2022), *La certificazione ex art. 75 del d. lgs. n.276/2003 come strumento di qualificazione dell'impresa. L'esperienza della Commissione istituita presso la fondazione Marco Biagi*, DSL, n. 1, 114 ss.
- Dondi G. (2012), *Procedure di certificazione*, in Martone M., a cura di, *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. IV, Padova, Cedam, 91 ss.
- Fantini L. (2012), *La qualificazione delle imprese: obiettivi normativi, stato dell'arte e prospettive di sviluppo*, in *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, diretto da Persiani M. e Lepore M., Milano, Utet, 500.
- Fucile A., Ronca A. (2012), *Guida operativa ai lavori in spazi confinati*, Roma, EPC Editore.
- Gazzoni F. (2009), *Manuale di diritto privato*, Napoli, Esi, 2009, 1166.
- Gentili, A. (2005), *La certificazione dei rapporti di lavoro: tra verità e accordo*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, Cedam, 2005, 803 ss.
- Ghera E. (2008), *Certificazione dei contratti e giurisdizione*, in Aa.Vv., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo dell'Olio*, II, Torino, Giappichelli, 650 ss.
- Giannattasio C. (1977), *L'appalto*, Milano, Giuffrè.
- Magri M. (2018), *La certificazione dei contratti in ambienti confinati*, in *ISL*, XII, 643.
- Natullo G. (2021), *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, Torino, Giappichelli, 2021.
- Nogler L. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DLRI*, 2004, 2, 203 ss.
- Nogler, L. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *GDLRI*, 2004, 2, 203 ss.
- Novella, M. (2014), *Certificazione in materia di lavoro e tutela giurisdizionale*, in *LD*, 2014, 2-3, 347 ss.
- Pedroni F. (2024), *Decreto Pnrr, appalti e organizzazione estesa del lavoro: prime osservazioni sulle modifiche introdotte in sede di conversione*, Ius giuffrè, 6 maggio 2024.
- Rausei P. (2012), *Il sistema di qualificazione delle imprese operanti negli spazi confinati*, in *ISL*, n. 1, 5.
- Rausei, P. (2011), *Collegato lavoro: certificazione dei contratti*, Milano, Ipsoa.
- ROSSI S. (2020), *Appalto, somministrazione e interposizione illecita di manodopera*, in *MGL*, IV, 989 e ss.
- Rotella A., Rausei P., Fonzar U., Marigo M. <<https://shop.wki.it/autore/arezzini-michela/>> (2012), *La sicurezza del lavoro negli spazi confinati*, Ipsoa, Milano.
- Rubino D. , Moscati E., *L'appalto*, Torino, Giappichelli, 1980.

- Rubino D., Iudica G. (1992), *Dell'appalto artt. 1655-1677, Libro IV – Delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano F., FI, Bologna Roma, Zanichelli, Soc. Ed. del Foro Italiano, 201.
- Rubino D., Moscati E. (1980), *L'appalto*, Torino, Giappichelli.
- Scarcelli A., Rapacciuolo A. (2009), *La certificazione dei contratti tra nuove opportunità e criticità*, <<http://www.dplmodena.it/Certificazione%20dei%20contratti%204-09.pdf>>, 2 ss.
- Tursi, A. (2004), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 19.
- Venturi D. (2023), *Luoghi confinati e sospetti di inquinamento: quanto è obbligatoria la certificazione dei contratti?*, in *Bollettino Certificazione*, n. 3, 3.
- Zoppoli, L. (2010), *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liasons dangereuses*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 102.

Capitolo 20

La certificazione dei contratti di somministrazione di lavoro

Stefano Rosa

SOMMARIO

1. Premessa – 2. L'evoluzione normativa dell'istituto – 2.1. Il d. lgs. 81 del 2015 – 2.2. Il d. lgs. 87 del 2018 – 2.3. Il d. lgs. 48 del 2023 – 3. Forma e contenuto minimo – 4. Contenuto eventuale – 5. I divieti – 6. La somministrazione irregolare – 7. Il contratto di somministrazione e di lavoro in somministrazione, a tempo determinato – 8. Il contratto di somministrazione e di lavoro in somministrazione, a tempo indeterminato – 9. Le verifiche in sede di certificazione – 10. Conclusioni

1. Premessa

Il contratto di somministrazione di cui all'art. 30 d. lgs. 81/2015 costituisce «una fattispecie negoziale complessa, in cui due contratti si combinano per realizzare la dissociazione tra datore di lavoro e fruitore della prestazione di lavoro, secondo un'interposizione autorizzata dall'ordinamento in quanto soggetta a particolari controlli e garanzie, quali condizioni per prevenire il rischio che l'imputazione del rapporto a persona diversa dall'effettivo utilizzatore si presti a forme di elusione delle tutele del lavoratore»¹.

La somministrazione di lavoro presenta quindi una struttura “triangolare”, che vede coinvolti tre soggetti (agenzia di somministrazione, lavoratore e utilizzatore) e richiede la stipulazione di due contratti: 1) il contratto di somministrazione, di natura commerciale, che lega l'agenzia di somministrazione e l'utilizzatore; 2) il contratto di lavoro in somministrazione tra l'agenzia e il lavoratore, il quale viene assunto per essere inviato in missione presso l'utilizzatore.

Il contratto di somministrazione e, dunque, un contratto di natura commerciale, che può essere concluso sia a tempo determinato che indeterminato, stipulato tra un'agenzia appositamente autorizzata dal Ministero

¹ Consiglio di Stato Sez. III, 03 maggio 2022, n. 3468.

del Lavoro e un soggetto utilizzatore (imprenditore, non imprenditore o Pubblica Amministrazione)² il cui oggetto consiste nella messa a disposizione da parte della prima in favore del secondo, di uno o più lavoratori, assunti e retribuiti dalla prima, affinché questi lavorino nell'interesse e sotto la direzione ed il controllo del secondo per tutta la durata della missione³.

Il tratto maggiormente innovativo nella configurazione di questa tipologia contrattuale, che ne fa anche un *unicum* a livello nazionale, è rappresentato dall'intimo collegamento tra flessibilità del lavoro e le politiche attive a favore del lavoratore.

La flessibilità del lavoro, garantita dallo schema triangolare della somministrazione e dalla agilità di gestione del vincolo contrattuale da parte dell'impresa utilizzatrice, è infatti compensata da uno speciale modello di sicurezza sociale che fa leva sulla formazione continua e sul sostegno al reddito nei periodi di non lavoro.

Questo doppio profilo, commerciale e laburistico, è l'elemento caratterizzante l'impianto normativo che, da un lato, promuove il lavoro tramite agenzia come forma di flessibilità organizzativa in grado di innescare virtuosi processi occupazionali (Tiraboschi, Rosolen, 2016, 176); dall'altro lato garantisce la qualità di quella stessa occupazione mediante importanti strumenti di tutela dei lavoratori (Garofalo 2018, 14; Passalacqua 2018, 43; Riccio 2020, 942), che ad ogni modo, è opportuno sin d'ora evidenziare, si concretizzano in contratti di lavoro subordinato con tutte le relative tutele riconosciute dall'ordinamento a tali rapporti.

È quindi possibile identificare nel lavoro in somministrazione il primo esempio concreto in Italia di sperimentazione di un modello di *flexicurity* a vasto raggio (Ciucciovino, 2024, 9).

2. L'evoluzione normativa dell'istituto

L'istituto della somministrazione di lavoro, nel corso degli oltre venticinque anni dalla sua introduzione nel nostro ordinamento giuridico, ha subito profonde modifiche dando però sempre prova di essere uno strumento di promozione della "flessibilità regolare" assumendo un ruolo sempre più

² Per espressa previsione dell'art. 30 co. 4 d. lgs. 81/2015 la P.A. può ricorrere esclusivamente a contratti di somministrazione a tempo determinato.

³ La missione è il tempo in cui il lavoratore viene impiegato dall'utilizzatore, può quindi definirsi come la durata della somministrazione dal punto di vista del lavoratore.

rilevante nel mercato del lavoro, anche come strumento di supporto alle politiche attive (Ciucciuvino, 2019, 87; Romei, 2015, 682; Maio, 2013, 79).

In tal senso, infatti, deve considerarsi che nel panorama nazionale fino al 1997 il ricorso al lavoro tramite agenzia era impedito dalla l. 1369/1960 che vietava l'interposizione di mano d'opera. Era quindi vietata la possibilità che un lavoratore intrattenesse rapporti di lavoro con un soggetto differente dall'effettivo datore di lavoro, ossia, colui che, esercitando i tipici poteri datoriali, ne utilizzava la prestazione.

Ad aprire uno spiraglio nel generale divieto di interposizione di manodopera in Italia (Tiraboschi, 1999, 31) si è avuta con la l. 196/1997 (nota come "Pacchetto Treu") che introdusse il lavoro interinale, come deroga al vigente divieto di cui alla l. 1369/1960, consentito solamente a termine ed al ricorrere di specifiche ipotesi tassativamente previste dal legislatore e dalla contrattazione collettiva e riservato alle agenzie autorizzate, iscritte in un apposito albo ministeriale (Carinci, 2011, 18; Canavesi, 2017, 42).

In seguito, con il d. lgs. 276 del 2003 (noto come "legge Biagi") e l'ampia riforma del mercato del lavoro ivi prevista, le agenzie di somministrazione sono divenute a tutti gli effetti tra i principali operatori del mercato del lavoro italiano concorrendo al ridisegno di servizi per il lavoro in ottica di efficientamento degli stessi.

In particolare, con la previsione dell'art. 4 del d. lgs. 276 del 2003 le agenzie di somministrazione hanno assunto la forma di agenzie private per il lavoro (APL) iscritte nell'apposito albo ministeriale; da cui è conseguito il riconoscimento del valore sociale della fornitura professionale di manodopera.

Altresì, il d. lgs. 276 del 2003, da un lato, ha abrogato la l. n. 1369 del 1960 e con essa il divieto generale di interposizione (art. 85, d. lgs. n. 276 del 2003) e, dall'altro lato, nel disciplinare in positivo la somministrazione di lavoro, ha previsto il divieto di interposizione di fornitura irregolare e non autorizzata di manodopera, ossia effettuata al di fuori dei limiti legali previsti dalla norma stessa (artt. 27 e 28).

Questo impianto fondamentale dell'istituto è rimasto immutato sino ad oggi; seppure la successione di diverse riforme del mercato del lavoro abbia provveduto a razionalizzare l'istituto o ad agire sui requisiti di accesso e sui vincoli più o meno stringenti di ricorso al lavoro in somministrazione.

Tra i principali interventi normativi devono annoverarsi: il d. lgs. 15 giugno 2015 n. 81 (c.d. "jobs act"); il d.l. 12 luglio 2018, n. 87 conv. in l. n. 186 del 2018 (c.d. "decreto dignità"); il d.l. 4 maggio 2023 n. 48 conv. in l. n. 85 del 2023. (c.d. "decreto Calderone").

2.1. Il d. lgs. 81 del 2015

Il d. lgs. 81 del 2015, in buona sostanza, ha confermato quanto previsto dalla normativa previgente, allacciando la legittimità del ricorso alla somministrazione a tempo determinato, al rispetto dei limiti quantitativi fissati dai contratti collettivi applicati dall'utilizzatore (art. 31) e, per la somministrazione a tempo indeterminato (c.d. *staff leasing*) – salvo diversa previsione degli stessi contratti collettivi – limitando la possibilità di utilizzo di lavoratori somministrati al rispetto del limite quantitativo del 20% della forza lavoro occupata con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore, imponendo altresì, proprio per la somministrazione a tempo indeterminato, esclusivamente l'utilizzo dei lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'agenzia di somministrazione (Romei, 2015, 677; Alessi, 2015, 609; Ciucciovino, 2015, 627).

Complessivamente, dunque, il d. lgs. 81 del 2015 prevede una regolamentazione positiva dei rapporti di lavoro flessibili confermando ed ampliando le conseguenze sanzionatorie previste in caso di abuso nell'utilizzo dell'istituto della somministrazione di manodopera. Sul punto si tornerà più avanti.

2.2. Il d. lgs. 87 del 2018

Il D. l. 87 del 2018 conv. in l. 96 del 2018, noto come “decreto dignità”, muovendosi in contrapposizione all'impianto normativo poc'anzi descritto, ha rivisto la disciplina applicabile al contratto di lavoro in somministrazione.

A conferma di ciò è sufficiente evidenziare come l'art. 2 del d.l. 87 del 2018 abbia esteso la disciplina dei contratti di lavoro a tempo determinato ai contratti di lavoro in somministrazione a termine, prevista dagli articoli 30 e seguenti del d. lgs. 81 del 2015.

Così facendo è venuto meno quel particolare regime del rapporto di lavoro in somministrazione che consentiva, in precedenza, alle APL di assumere con maggiore facilità i lavoratori da impiegare in somministrazione, anche in maniera ripetuta nel tempo e senza alcun limite temporale.

Segnatamente, l'art. 34, co. 2, d. lgs. 81 del 2015, come modificato dal d. lgs. 87 del 2018, ha ampliato la complessiva e stringente disciplina del contratto di lavoro a termine al contratto di lavoro a termine tra APL e lavoratore, con la sola eccezione delle norme contenute negli articoli 21, co. 2 (il c.d. “stop and go”), 23 (limiti quantitativi dei contratti a termine) e 24 (diritto di precedenza).

In altri termini, il legislatore ha finito con l'assimilare il rapporto di lavoro in somministrazione a tempo determinato al rapporto di lavoro a ter-

mine, salve tassative eccezioni, assumendo così una prospettiva diametralmente opposta rispetto alla disciplina precedente e anche all’assetto euro-unitario che – in ragione della specialità del rapporto di lavoro in somministrazione – ha sempre tenuto distinte le due tipologie contrattuali (Maresca, 2018, 104; Calcaterra 2019a, 39).

2.3. Il d. lgs. 48 del 2023

La l. 85 del 2023 di conversione del d.l. 48 del 23 (c.d. “decreto lavoro”) ha recentemente introdotto alcune importanti modifiche alla normativa relativa al contratto di lavoro a termine che – inevitabilmente, dato il rinvio previsto all’art. 34, co. 2, del d. lgs. 81 del 2015 – ha riflesso i propri effetti anche sulla disciplina del lavoro in somministrazione.

Anzitutto, il legislatore ha confermato la possibilità di stipulare un contratto a termine “acausale” per i primi 12 mesi di rapporto (e ciò anche se i 12 mesi si raggiungono tramite proroghe o di rinnovi) e chiarito che il contratto potrà essere successivamente prorogato o rinnovato oltre i primi 12 mesi – sempre fermi restando i limiti massimi di durata – solo al ricorrere di una delle causali previste dalla norma che ora, per effetto dell’art. 24, co. 1, lett. a), del d.l. 48 del 2023 (che ha modificato l’art. 19, co. 1, del d. lgs. 81 del 2015) sono così individuate: «a) nei casi previsti dai contratti collettivi di cui all’articolo 51 d. lgs. 81/2015; b) in assenza di disposizioni di cui alla lettera a) nei contratti collettivi applicati in azienda, e comunque entro il 31 dicembre 2024, per esigenze di natura tecnica, organizzativa o produttiva individuate dalle parti⁴; c) in sostituzione di lavoratori assenti».

Le ulteriori modifiche previste dalla norma in parola lavoro vanno poi ad incidere direttamente sull’istituto della somministrazione di lavoro eliminando i limiti percentuali riferiti a tre differenti platee di lavoratori (Lamberti, 2023, 32).

Segnatamente: a) viene eliminato il limite percentuale del 20% per le assunzioni con contratto di apprendistato in somministrazione (art. 31, co. 1, primo periodo); b) viene prevista la possibilità di impiegare in *staff leasing*, fuori dal limite del 20%, i lavoratori svantaggiati, molto svantaggiati, lavoratori in mobilità, soggetti disoccupati non del settore agricolo, percettori di ammortizzatori ecc. (art. 31, co. 1, secondo periodo); c) non è più soggetta a limiti quantitativi (30%) la somministrazione a tempo determinato

⁴ La presente lettera è stata così modificata dall’art. 18, comma 4 bis, d.l. 30.12.2023, n. 215, così come modificato dall’allegato alla legge di conversione, L. 23.02.2024, n. 18 con decorrenza dal 29.02.2024.

di lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'agenzia di somministrazione (art. 31, co. 2, terzo periodo).

3. Forma e contenuto minimo

Il combinato disposto degli artt. 33 e 38 d. lgs. 81/2015 prevede che il contratto di somministrazione debba essere stipulato in forma scritta (*ab substantiam*) e che, in assenza di questa, il contratto debba ritenersi nullo ed i lavoratori considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore.

Un contratto di somministrazione privo di forma scritta, dunque, è nullo ed in quanto tale non produttivo di effetti *ab origine*, con la conseguenza che non potrà riconoscersi alcun legame tra il somministratore e l'utilizzatore. Pertanto, sarà quest'ultimo a doversi assumere le responsabilità derivanti dall'impiego di manodopera al suo servizio.

In altri termini, la nullità del contratto di somministrazione non darà luogo alla responsabilità solidale tra somministratore ed utilizzatore di cui all'art. 35 comma 2 d. lgs. 81/2015 (di cui si dirà in seguito), con la conseguenza che sarà esclusivamente l'utilizzatore a farsi carico dei trattamenti retributivi e contributivi del lavoratore.

L'art. 33 d. lgs. n. 81/2015, inoltre, detta importanti indicazioni con riferimento al contenuto minimo del contratto di somministrazione, la cui ricorrenza è indispensabile anche ai fini dell'emissione del provvedimento di certificazione.

L'articolo in parola, al fine di assicurare la legittimità dell'attività di somministrazione prevede, anzitutto, la necessità di indicare nel contratto gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore ("ApL") a norma del d. lgs. n. 276/2003. Il contratto di somministrazione poi, pur non essendo un contratto di lavoro (ma avendo un collegamento negoziale con questo) deve contenere alcune indicazioni ed elementi riconducibili al rapporto lavorativo. Il contratto deve quindi contenere: il numero dei lavoratori da somministrare; l'indicazione di eventuali rischi per la salute e la sicurezza del lavoratore con le relative misure di prevenzione adottate; il luogo, l'orario ed il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative (che non potrà essere complessivamente inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore)⁵; le mansioni alle quali sarà adibito il lavora-

⁵ L'istituto della somministrazione può ritenersi avanguardista (anche) in tal senso, essendo stato il primo a prevedere e garantire l'applicazione del principio di parità di trattamento

tore e il suo inquadramento in virtù del CCNL applicato dall'utilizzatore. Di conseguenza, nel caso in cui l'utilizzatore adibisca il lavoratore somministrato a mansioni superiori, o comunque non equivalenti a quelle dedotte nel contratto di somministrazione, dovrà darne immediata comunicazione al somministratore. Ove non adempia a tale obbligo di informazione, l'utilizzatore risponde in via esclusiva per le differenze retributive spettanti al lavoratore occupato in mansioni superiori e per l'eventuale risarcimento del danno derivante dall'assegnazione a mansioni inferiori.

Deve qui evidenziarsi come il principio di parità di trattamento economico e normativo, poc'anzi citato, vada letto in combinato disposto con la previsione della responsabilità solidale tra utilizzatore e somministratore per i trattamenti retributivi e contributivi (art. 35 comma 2), che rappresenta una ulteriore garanzia per i lavoratori somministrati consentendo loro di agire nei confronti dell'utilizzatore per eventuali differenze retributive derivanti dall'espletamento di mansioni superiori; differenze sulle quali sussiste analogamente una responsabilità solidale del somministratore in caso, come detto, di puntuale comunicazione dell'utilizzatore (Aimo, 2015, 651; Carinci, 2013, 46; Ciucciiovino, 2015, 613).

Da ultimo, per una più ampia disamina delle tutele previste per i lavoratori in somministrazione, deve qui farsi cenno anche alle disposizioni che hanno l'obiettivo di contribuire al miglioramento della qualità del lavoro tramite agenzia, come quelle in materia di accesso alla formazione e ai servizi dell'impresa utilizzatrice (art. 6, par. 4, Dir. 2008/104/CE) e in tema di costituzione delle rappresentanze sindacali in azienda (art. 7, par. 1, Dir. 2008/104/CE).

tra lavoratori. La funzione di tale principio non è solo quella di scongiurare una speculazione sul lavoro altrui da parte delle ApL, ma anche quella di facilitare l'integrazione del lavoratore somministrato tra i lavoratori dell'impresa utilizzatrice.

Infatti, eguagliare il trattamento economico e normativo del lavoratore somministrato a quello dei dipendenti dell'utilizzatore significa riconoscere che questo appartiene, per tutto il tempo della missione, alla collettività dell'impresa utilizzatrice per cui contribuisce attivamente alla produzione e alla crescita economica.

4. Contenuto eventuale

Fermo restando il contenuto minimo previsto dall'art. 33 d. lgs. n. 81/2015 utilizzatore e somministratore, in virtù del principio di autonomia contrattuale ex art. 1322 c.c. possono inserire nel contratto di somministrazione clausole ulteriori rispetto a quelle poc'anzi esaminate. Una di queste è indirettamente "suggerita" dall'art. 35 comma 4 che, vertendo sulla ripartizione degli obblighi in materia di salute e sicurezza dei lavoratori in conformità al T.U. 81/2008, normalmente gravanti sul somministratore consente – mediante il ricorso ad una clausola espressa – di trasferirli in capo all'utilizzatore che, anche in assenza di tale clausola, deve osservare nei confronti dei lavoratori somministrati gli obblighi di prevenzione e protezione cui è tenuto, per legge e contratto collettivo, verso i propri dipendenti.

È poi possibile il ricorso alla c.d. "clausola di gradimento", che consente all'utilizzatore di esprimere, durante tutto il periodo di pendenza del contratto di somministrazione, l'insoddisfazione per l'attività svolta dal lavoratore somministrato e domandarne, quindi, la sostituzione da parte dell'agenzia.

Ancora, una possibile clausola che può inserirsi nel contratto di somministrazione riguarda i doveri di fedeltà, diligenza, obbedienza e segretezza del lavoratore somministrato. Una simile clausola può essere di particolare interesse per l'utilizzatore attento ad evitare la diffusione di notizie riservate riguardanti il proprio *know how* aziendale, di cui il lavoratore somministrato può venire a conoscenza durante il periodo di missione. Nello stesso senso può ipotizzarsi una clausola che preveda l'impegno del somministratore a non ricollocare, per una successiva missione, gli stessi lavoratori presso imprese concorrenti.

Da ultimo, merita di essere segnalata la previsione dell'art. 35 comma 8 che dispone la nullità di tutte quelle clausole volte a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della sua missione. La *ratio* della disposizione è, evidentemente, quella di lasciare aperta la possibilità per il lavoratore somministrato di vedersi assunto direttamente da parte dell'utilizzatore presso il quale è impiegato, stabilizzando così la sua posizione lavorativa. Il divieto richiamato, tuttavia, non trova applicazione nel caso in cui al lavoratore venga corrisposta un'adeguata indennità, la cui misura è fissata direttamente dal CCNL applicabile al somministratore. In buona sostanza, il somministratore può ga-

rantirsi le prestazioni del lavoratore riconoscendogli una somma di denaro finalizzata a risarcirlo per la perdita di *chance* di stabilizzazione presso gli utilizzatori.

5. I divieti

L'art. 32 d. lgs. 81/2015 individua le ipotesi in cui il ricorso al contratto di somministrazione, sia a tempo indeterminato sia a termine, si tradurrebbe in un abuso e, pertanto, ne vieta espressamente l'utilizzabilità: a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; b) presso unità produttive nelle quali si è proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione di lavoro, salva l'ipotesi in cui il contratto sia stato sottoscritto per la sostituzione di un lavoratore assente oppure non abbia una durata iniziale superiore ai tre mesi; c) presso unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione, che interessano lavoratori adibiti alle medesime mansioni cui fa riferimento il contratto di somministrazione; d) da parte di datori di lavoro (utilizzatori) che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi in ossequio alla disciplina contenuta nel d. lgs. 81/2008 in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

Ai fini del rilascio del provvedimento di certificazione, dunque, viene sempre accertata, anche mediante l'audizione orale delle parti istanti, trascritta in apposito verbale conservato agli atti della Commissione⁶ l'assenza delle condizioni ostative previste dall'art. 32 d. lgs. 81/2015.

6. La somministrazione irregolare

Prima di procedere con l'analisi delle peculiarità del contratto di somministrazione e di lavoro in somministrazione, a tempo determinato e a tempo indeterminato, deve qui evidenziarsi come l'esercizio del potere di eterodirezione (da parte dell'utilizzatore) nei riguardi di coloro che non sono formalmente propri dipendenti è ammissibile, se si eccettua l'istituto

⁶ Le funzioni, le attività e le modalità operative della Commissione di Certificazione sono previste all'interno del suo regolamento pubblicato sul sito web <<https://certificazione-roma3.it/>>.

in esame, solamente nelle ipotesi regolamentate per legge del distacco e del contratto di rete. In qualsiasi altro caso ciò non è previsto e, ove riscontrato, configura un impiego illecito od irregolare di manodopera, come tale inammissibile e sanzionato (Ciucciovino S. 2014, 159).

Merita poi un breve accenno l'art. 38 d. lgs. 81/2015 che prevede, in caso di somministrazione irregolare per violazione della forma scritta, la surrogazione soggettiva *ex lege* dell'utilizzatore nel contratto di lavoro stipulato dal lavoratore con il somministratore, ottenuta per effetto di sentenza costitutiva.

Diversamente, al lavoratore è riconosciuta la possibilità di domandare, anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro con effetto dall'inizio della somministrazione nel caso di violazione delle percentuali di legge e di contratto collettivo, dei divieti di ricorso alla somministrazione e in mancanza della forma scritta degli elementi del contratto previsti dall'art. 33, comma 1, lett. a), b), c) e d). Nel primo caso (art. 38 comma 1) la sentenza sarà di accertamento di un rapporto costituito per legge, nel secondo caso (art. 38 comma 2) la sentenza sarà costitutiva del rapporto di lavoro.

Ciò che in tal sede appare meritevole di attenzione – data la sua portata innovativa e chiarificatrice – è la relativa norma di interpretazione autentica di cui all'art. 80*bis* d.l. n. 34/2020, inserita dalla legge di conversione n. 77/2020.

Alla luce di tale norma, il disposto dell'art. 38 comma 3 d. lgs. 81/2015 «tutti gli atti compiuti o ricevuti dal somministratore nella costituzione o nella gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti o ricevuti dal soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione» si interpreta nel senso che tra gli atti di costituzione e di gestione del rapporto di lavoro non è compreso il licenziamento.

Ciò sta a significare, anche in virtù di quanto chiarito dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro⁷, che l'eventuale licenziamento irrogato dal somministratore non può ritenersi compiuto, né tantomeno imputato, in capo all'utilizzatore. Pertanto, tale licenziamento non produrrà effetti nei confronti del lavoratore il cui rapporto di lavoro è (invero) costituito con l'utilizzatore.

Sul punto, nel caso in cui il lavoratore chieda la costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore ai sensi dell'art. 38 comma 2⁸, trova ap-

⁷ INL nota n. 468 del 21 luglio 2020.

⁸ La norma in parola recita: «Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori

plicazione le disposizioni dell'art. 6 l. 604/1966 e il termine di 60 giorni, per rivendicare la titolarità del rapporto di lavoro, inizia a decorrere dal giorno in cui il lavoratore ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore (art. 39 comma 1 d. lgs. 81/2015). Una volta impugnata stragiudizialmente l'asserita somministrazione irregolare, il lavoratore ha 180 giorni per depositare il ricorso in tribunale oppure comunicare al datore di lavoro la richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato.

In merito la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire come in tema di successione di contratti a termine, l'impugnazione rivolta solo nei confronti dell'ultimo contratto, quando la parte sia decaduta dall'impugnativa dei contratti precedenti, non esclude che il giudice debba tener conto, nel valutare la legittimità del contratto tempestivamente impugnato, del dato fattuale dell'esistenza di pregressi rapporti a termine, per verificare se l'attività, complessivamente considerata, possa considerarsi effettivamente temporanea o se sussista un'ipotesi di abusiva reiterazione⁹.

7. Il contratto di somministrazione, e di lavoro in somministrazione, a tempo determinato

L'art. 31 comma 2 d. lgs. 81/2015, prevede che – salva diversa previsione del CCNL applicato dall'utilizzatore, e ferma la percentuale massima del 20% di contratti a termine prevista dall'art. 23 d. lgs. 81/2015 – possono essere presenti nell'impresa utilizzatrice lavoratori assunti a termine e lavoratori inviati in missione per somministrazione a termine, entro la soglia percentuale massima del 30% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forze presso l'utilizzatore.

Il rispetto del limite percentuale, dunque, dovrà essere vagliato anche in sede di certificazione ai fini del rilascio del provvedimento.

Ciò posto, guardando al rapporto di lavoro a tempo determinato tra somministratore e lavoratore, l'art. 34 comma 2 d. lgs. 81/2015 dispone che questo è soggetto alla disciplina sui contratti a termine, salva l'applicazione di taluni specifici istituti.

dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 31, commi 1 e 2, 32 e 33, comma 1, lettere a), b), c) e d), il lavoratore può chiedere, anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione».

⁹ Cass. Civ. Sez. Lav. 30 maggio 2023 n. 15226.

A tale rapporto, infatti, come anticipato non si applica la regola prevista dall'art. 21 comma 2 sul c.d. "stop and go" ossia il periodo di pausa (di 10 o 20 giorni) che deve necessariamente intercorrere tra due contratti a termine con lo stesso datore. Inoltre, non è soggetto al rispetto dell'art. 23 che stabilisce la percentuale massima di assunzioni a termine rispetto al numero complessivo di dipendenti a tempo indeterminato. Infine, non è soggetto al rispetto dell'art. 24 sul c.d. "diritto di precedenza"¹⁰ tipico, invece, dei contratti a termine.

Nessuna eccezione, invece, è prevista per l'applicazione dell'art. 10 d. lgs. 104/2022 (c.d. "decreto trasparenza") che disciplina la transizione a forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili¹¹.

Ma il citato articolo 10 non è l'unica disposizione del "decreto trasparenza" che innova la disciplina del contratto di lavoro in somministrazione (sia a tempo determinato che a tempo indeterminato).

Va infatti evidenziato che l'art. 4 comma 1 lett. a) d. lgs. 104/2022 ha sostituito integralmente l'art. 1 d. lgs. 152/1997 introducendo così nuovi obblighi in merito alle informazioni sul rapporto di lavoro. In particolare, con riferimento al contratto di lavoro in somministrazione, il nuovo art. 1 comma 1 lett. g) d. lgs. 152/1997 prevede l'obbligo per l'agenzia di comunicare al lavoratore l'identità delle imprese utilizzatrici quando e non appena essa è nota.

Tale obbligo informativo deve essere assolto consegnando al lavoratore, all'atto dell'instaurazione del rapporto – e prima dell'inizio dell'attività lavorativa – il contratto di lavoro o la copia del modello UniSOMM¹².

Essendo soggetta alla disciplina dei contratti a termine, nel caso in cui la somministrazione abbia una durata superiore ai 12 mesi presso lo stesso

¹⁰ Tale istituto consente al lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine con lo stesso datore, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi, con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei contratti a termine.

¹¹ A mente di tale disposizione il lavoratore che abbia maturato un'anzianità di lavoro di almeno sei mesi presso lo stesso datore di lavoro (in tal caso l'agenzia) e che abbia completato l'eventuale periodo di prova, può chiedere che gli venga riconosciuta una forma di lavoro con condizioni più prevedibili, sicure e stabili, se disponibile.

¹² A mente del nuovo art. 4 d. lgs. 152/1997, il lavoratore potrà denunciare all'Ispettorato Nazionale del Lavoro il mancato, ritardato, incompleto o inesatto adempimento dell'obbligo informativo e l'Ispettorato, una volta compiuti gli accertamenti ex l. 689/1981 potrà applicare la sanzione prevista dall'art. 19 comma 2 d. lgs. 276/2003.

utilizzatore – o in caso di rinnovo della missione presso il medesimo utilizzatore – il contratto stipulato dal somministratore con il lavoratore dovrà necessariamente indicare, anche ai fini della certificazione, una delle causali (riferita alle esigenze dell'utilizzatore) previste dalla legge.

L'agenzia, pertanto, nel momento in cui assume un somministrato a termine, dovrà osservare le causali (sopra i 12 mesi) tenendo conto delle esigenze organizzative che sul lato dell'utilizzatore richiedono l'invio in missione del lavoratore. Ne consegue, che l'eventuale sanzione di conversione a tempo indeterminato del contratto per vizio della causale si realizzerà in capo all'agenzia, e non all'utilizzatore: il vizio ricade infatti sulla validità del termine (non del contratto), e non è compreso tra i casi di somministrazione irregolare di cui all'art. 38 d. lgs. 81/2015 (Scarpelli, 2018, 18).

L'estensione della disciplina sul contratto a termine anche ai contratti di somministrazione di lavoro a termine ha lasciato però inalterata la possibilità, riconosciuta alla contrattazione collettiva, di disciplinare il regime delle proroghe e della loro durata (art. 34 comma 2 d. lgs. 81/2015) fermo restando il limite massimo di 24 mesi (ovvero quello diverso fissato dalla contrattazione collettiva) entro cui è possibile ricorrere a uno o più contratti a termine, anche in somministrazione.

In merito il Ministero del lavoro ha chiarito che tale limite massimo deve essere valutato non solo con riferimento al rapporto di lavoro che il lavoratore ha avuto con il somministratore, ma anche con riferimento ai (possibili) singoli rapporti già intervenuti direttamente con l'utilizzatore. Pertanto, tale limite temporale opera tanto in caso di contratti a tempo determinato, quanto in caso di contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato. Ne consegue che, raggiunto il limite, l'utilizzatore non potrà più ricorrere alla somministrazione di lavoro con lo stesso lavoratore per svolgere mansioni di pari livello e medesima categoria legale¹³.

Anche tale circostanza, quindi, sarà debitamente attenzionata in sede di certificazione.

¹³ Ministero del lavoro, circolare n. 17 del 31 ottobre 2018.

8. Il contratto di somministrazione, e di lavoro in somministrazione, a tempo indeterminato

La riforma del 2015 ha eliminato l'elenco, sino a quel momento tassativo, delle attività per cui era consentita la somministrazione a tempo indeterminato, procedendo così a una piena liberalizzazione dello *staff leasing*, rendendolo possibile per qualsiasi ambito di attività e tipologia di lavoratori, fermo restando il limite di tipo quantitativo¹⁴.

Come la somministrazione a termine, anche la somministrazione a tempo indeterminato (meglio nota come *staff leasing*) è soggetta a limiti percentuali di utilizzo, il cui rispetto viene vagliato anche in sede di certificazione.

In tal caso, l'art. 31 comma 1 d. lgs. 81/2015 prevede che – salvo diversa previsione del CCNL applicato dall'utilizzatore – il numero dei lavoratori somministrati con contratto di somministrazione a tempo indeterminato non può eccedere il 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso lo stesso utilizzatore.

Per tale forma di somministrazione poi, sono previsti due ulteriori limiti. Anzitutto, la somministrazione a tempo indeterminato non può essere utilizzata nei confronti delle pubbliche amministrazioni¹⁵. Inoltre, possono essere impiegati in una somministrazione a tempo indeterminato solamente lavoratori assunti, dal somministratore, a tempo indeterminato (art. 31 co. 1 d. lgs. 81/2015).

Ciò posto, nel caso di assunzione a tempo indeterminato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina prevista per il rapporto a tempo indeterminato. Al lavoratore, inoltre, spetta la c.d. "indennità mensile di disponibilità", divisibile in quote orarie, e corrisposta per i periodi nei quali il lavoratore rimane in attesa di essere inviato in missione. La misura dell'indennità è prevista direttamente dal contratto collettivo applicabile alle agenzie di somministrazione, e la sua previsione è

¹⁴ Originariamente, lo *staff leasing* era ammesso solo in relazione a una serie di attività specificatamente indicate dal legislatore (art. 20, co. 3, d. lgs. 276/2003), con facoltà per la contrattazione collettiva di individuare altre ipotesi nelle quali ricorrere a questo tipo di somministrazione.

¹⁵ È interessante notare come, nei casi di accertata somministrazione illecita, l'impianto sanzionatorio ex art. 18 co. 1, 2 e 5**bis** d. lgs. n. 276/2003 è limitato al solo soggetto somministratore privato. Trattandosi di norma sanzionatoria non è suscettibile di applicazione analogica o interpretazione estensiva nei confronti della P.A. (INL, nota n. 422 del 17 gennaio 2020).

verificata anche in sede di certificazione.

Da ultimo, merita di essere evidenziato che, almeno sino all'estate del 2020, non vi era alcun dubbio che per l'esecuzione di un contratto di somministrazione a termine, il somministratore potesse utilizzare (anche) personale assunto a tempo indeterminato¹⁶.

Tale regola, tuttavia, è stata messa in forte discussione dal Legislatore “emergenziale” che, con il d.l. 104/2020 (c.d. “decreto agosto”) ha stabilito che può essere inviato in missione per periodi superiori a 24 mesi, anche non continuativi, il lavoratore somministrato a tempo indeterminato senza che ciò determini, per l'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con il lavoratore somministrato. Ciò, tuttavia, solo sino al 31 dicembre 2021.

In ragione di ciò, eventuali contratti di somministrazione a termine con scadenza successiva al 31 dicembre 2021 – e che vedevano coinvolti lavoratori somministrati a tempo indeterminato – avrebbero dovuto essere interrotti per evitare la costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore.

Per evitare tale conseguenza il Legislatore ha adottato una serie di interventi normativi successivi, e talvolta estemporanei, tali per cui, la norma il termine in parola era stato posticipato sino al 30 giugno 2024. Da ultimo, con la conversione in legge del decreto milleproroghe (d.l. 198/2022, conv. con l. 14/2023) è stata prevista la proroga sino al 30 giugno 2025.

Pertanto, salvo che tale termine venga nuovamente prorogato (o definitivamente espunto), un'impresa che si trovasse ad utilizzare al 30 giugno 2025 – nell'ambito di una somministrazione a termine – un lavoratore somministrato a tempo indeterminato, si troverebbe dinanzi ad un bivio: a) assumere direttamente il lavoratore somministrato; b) interrompere la missione e “restituire” il lavoratore al somministratore, che dovrebbe attivare il percorso previsto dal CCNL per la ricollocazione presso altre imprese utilizzatrici. Percorso che, in caso di esito infruttuoso, potrebbe condurre al licenziamento del lavoratore.

L'auspicio, dunque, almeno a parere di chi scrive, non può che essere quello di un nuovo ripensamento del Legislatore così da scongiurare un (altrimenti) inevitabile del *turn over* tra lavoratori in somministrazione assunti a tempo indeterminato.

¹⁶ Tanto era confermato anche dalla circolare del Ministero del Lavoro n. 17 del 31 ottobre 2018.

9. Le verifiche in sede di certificazione

Dopo aver fornito una panoramica sull'evoluzione legislativa dell'istituto e della sua attuale disciplina appare opportuno, prima di giungere alle conclusioni del presente contributo, evidenziare quali siano gli elementi attenzionati dalla Commissione in sede di certificazione di un contratto di somministrazione di lavoro.

L'art. 75, d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276 come riformulato dall'art. 30, comma 4, l. 4 novembre 2010 n. 183, prevede che: «Al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro».

Pertanto, è ben possibile sottoporre a certificazione sia contratti di somministrazione che contratti di lavoro in somministrazione stipulati ai sensi dell'art. 34, comma 1, d. lgs. n. 81/2015; rispetto ai quali la Commissione è chiamata a verificare che ricorrano i requisiti che la legge prevede per la stipulazione di detti contratti.

Dunque, sebbene tra i due contratti vi sia un evidente collegamento negoziale, il contratto di somministrazione ed il contratto di lavoro in somministrazione sono tra loro distinti, ed è quindi possibile procedere alla sola certificazione dell'uno o dell'altro contratto.

Ciò posto, ove il procedimento di certificazione abbia ad oggetto esclusivamente un contratto di lavoro in somministrazione, il contratto di somministrazione concluso tra agenzia ed utilizzatore, pur non essendo oggetto di certificazione, verrà comunque acquisito agli atti della Commissione per verificare la genuinità del contratto di lavoro in somministrazione.

Fatto ciò, e una volta tratteggiato il perimetro di legittimità imposto dalla legge e dalla contrattazione collettiva, l'attenzione della Commissione si sposterà nel merito del contratto per verificare se, nel caso di specie, questo è stato redatto nel rispetto degli artt. 33 e 35 d. lgs. 81/2015 per la tutela del lavoratore, l'esercizio del potere disciplinare e l'applicazione del regime della solidarietà.

Altresì, sarà attenzionata la sussistenza di eventuali causali, il rispetto delle soglie percentuali dell'art. 31 d. lgs. 81/2015 e che il contratto non incorra nei divieti di cui all'art. 32 del medesimo decreto.

Ancora, sarà attenzionato l'inquadramento del lavoratore per accertarsi che questo sia coerente con le mansioni a lui assegnate e con le previsioni dei CCNL applicati rispettivamente dall'agenzia di somministrazione

e dall'utilizzatore. Di qui, seguirà la verifica sul rispetto del trattamento economico minimo previsto dal CCNL applicato dall'utilizzatore in relazione all'inquadramento assegnato al lavoratore.

Infine, nel caso in cui oggetto di certificazione sia un contratto di lavoro in somministrazione a tempo indeterminato sarà verificato anche il rispetto della previsione di cui all'art. 34 comma 1, d. lgs. n. 81/2015 sull'indennità di disponibilità.

10. Conclusioni

All'esito di quanto sin qui sinteticamente esposto non può non evidenziarsi come il contratto di somministrazione, nel corso degli anni, abbia assunto un ruolo di rilievo sempre maggiore ai fini dell'incontro tra domanda ed offerta di lavoro.

Se inizialmente il ricorso alla somministrazione era destinato prevalentemente a contratti a termine, con una incidenza marginale sul mercato del lavoro, dopo oltre venticinque anni dalla sua introduzione, questo istituto si è fortemente evoluto arrivando a fornire un contributo rilevantissimo – soprattutto per i giovani – per l'ingresso, la permanenza e il rientro nel mercato del lavoro.

Tanto emerge in maniera chiara dalla ricerca condotta dall'Università degli Studi di Roma Tre e LabChain¹⁷ intitolata *Il lavoro in somministrazione negli ultimi dieci anni. Big Data per l'analisi della domanda di lavoro in somministrazione in Italia*¹⁸.

Dalla ricerca, infatti, si è potuto osservare, da un lato, come la somministrazione di lavoro a tempo determinato rappresenti la forma contrattuale che garantisce il tasso di occupabilità più elevato tra le diverse forme di impiego flessibile, in misura anche maggiore di quello che caratterizza il contratto di lavoro a termine direttamente subordinato. Infatti, a distanza di un anno dalla sottoscrizione di un contratto di lavoro, la percentuale di lavoratori direttamente subordinati ancora occupati è pari al 48,8%, mentre per quelli impiegati tramite somministrazione la percentuale sale al 52%.

Parimenti, anche la probabilità di rientrare nel mercato del lavoro a

¹⁷ Centro interuniversitario di studi avanzati sull'innovazione tecnologica, blockchain e politiche del lavoro.

¹⁸ La ricerca è consultabile sul sito <<https://economia.uniroma3.it/ricerca/laboratori-e-osservatori/il-lavoro-in-somministrazione-in-italia/>>.

breve termine è maggiore per i lavoratori impiegati tramite agenzie di somministrazione, se paragonata a quella dei lavoratori cessati da un contratto a termine direttamente subordinato.

Infatti, nel periodo 2014-2020 decorsi 30 giorni dalla cessazione, il 76,4% di coloro che hanno terminato un contratto in somministrazione a termine ha attivato un nuovo rapporto di lavoro. Per i lavoratori a termine direttamente subordinati questa probabilità si riduce nettamente attestandosi su una percentuale del 46,7%.

Conclusivamente può affermarsi, anche grazie ai dati appena evidenziati, che le agenzie di somministrazione giocano un ruolo importante per il funzionamento del mercato del lavoro italiano, favorendo l'occupazione, la persistenza e l'eventuale rientro delle persone nel mercato del lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2015), *La nuova disciplina sul lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?* in DLRI, 2015, 148, 635.
- Alessi C. (2015), *Il sistema «acausale» di apposizione del termine e di ricorso alla somministrazione: come cambia il controllo sulla flessibilità*, in DLRI, 2015, 148, 601 ss.
- Calcaterra L. (2019), *La somministrazione di lavoro dal pacchetto Treu al Decreto Dignità*, in Calcaterra L. (a cura di), *La somministrazione di lavoro. Problemi e prospettive tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea dopo il Decreto Dignità*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Canavesi G. (2017), *Mercato del lavoro e operatori privati*, Torino, Giappichelli.
- Carinci M.T. (2011), *Agency Work in Italy*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 36/2011.
- Carinci M.T. (2013), *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento di azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Torino, Giappichelli.
- Ciucciovino S. (2024) *Il contributo delle agenzie di somministrazione al mercato del lavoro italiano: bilancio e prospettive* (Silvia Ciucciovino, Alessandro Toscano), in Ciucciovino S., Crespi F., Toscano A. (a cura di), *Il lavoro in somministrazione in Italia: quadro regolatorio, percorsi professionali e transizioni. Un'analisi attraverso i big data*, 9, Roma.
- Ciucciovino S. (2019), *I limiti al ricorso alla somministrazione dopo il Decreto Dignità*, in Calcaterra L. (a cura di), *La somministrazione di lavoro. Problemi e prospettive tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea dopo il Decreto Dignità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 83 ss.
- Ciucciovino S. (2015), *Il sistema sanzionatorio del contratto a termine e della somministrazione di lavoro*, in GDLRI, 148, 581 ss.
- Ciucciovino S. (2014), *Il rapporto di lavoro nel mercato: la frattura del rapporto binario lavoratore/datore di lavoro*, in (a cura di) L. Corazza, R. Romei, *Diritto del lavoro in trasformazione*. p. 159 ss., Bologna.
- Garofalo D. (2018), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in Aidlass, *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Cassino 18-19 maggio 2017*, Giuffrè, Milano.
- Lamberti F. (2024), *La somministrazione di lavoro come connubio tra flessibilità del mercato e tutela dei lavoratori*, in Ciucciovino S., Crespi F., Toscano A. (a cura di), *Il lavoro in somministrazione in Italia: quadro regolatorio, percorsi pro-*

- fessionali e transizioni. Un'analisi attraverso i big data*, p. 21 ss., Roma.
- Maio V. (2013), *La nuova disciplina della somministrazione e l'abrogazione del contratto di inserimento (tra pedagogismo e pragmatismo)*, in Persiani M., Liebman S. (a cura di), *Il nuovo diritto del mercato del lavoro. La legge n. 92 del 2012 (cd "riforma Fornero") dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, Torino, Utet.
- Maresca A. (2018), *Contratto di lavoro e somministrazione a termine: il regime transitorio nel decreto dignità*, in *ADL*, 4, 1, 1012.
- Passalacqua P. (2018), *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 380/2018.
- Riccio A. (2020), *La temporaneità del lavoro tramite agenzia*, in *DRI*, 3, 941, nota a Corte giustizia UE, 14 ottobre 2020, n. 681, sez. ii.
- Romei R. (2015), *La nuova disciplina del lavoro subordinato a termine*, in *GDLRI*, 144, 4, 675 ss.
- Scarpelli F. (2018) *Giustiziacivile.com - n. 9/2018*, 18.
- Tiraboschi M., Rosolen G. (2016), *La somministrazione di lavoro*, in m. Tiraboschi (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Milano, Giuffrè.
- Tiraboschi M. (1999), *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro temporaneo tramite agenzia*, Torino, Giappichelli.

Capitolo 21

La certificazione dei contratti di trasporto

Luisa Monterossi

SOMMARIO

1. Quadro normativo ed elementi costitutivi del contratto di trasporto – 2. I profili giuslavoristici rilevanti ai fini certificatori – 3. Il contratto di appalto di servizi di trasporto – 4. Il contratto di appalto avente ad oggetto servizi logistici: un crocevia tra appalto e trasporto

1. Quadro normativo ed elementi costitutivi del contratto di trasporto

Ai sensi dell'art. 1678 c.c., con il contratto di trasporto una parte si obbliga, verso un corrispettivo, a trasferire persone o cose da un luogo a un altro. La nozione codicistica è confermata dal d. lgs. n. 286 del 2005 che precisa altresì che l'attività di autotrasporto deve essere eseguita in modo professionale e non strumentale ad altre attività (art. 2, lett. a), elemento, quest'ultimo, utile per tracciare la differenza rispetto ad altre figure contrattuali ad esso affini.

Il menzionato decreto arricchisce inoltre il quadro definitorio descrivendo le figure coinvolte nel contratto di trasporto e, in particolare, quella del vettore, del committente e del sub-vettore¹ (rispettivamente regolate all'art. 2, lett. b), c) ed *e-bis*). Infatti, anche nell'ambito del trasporto, così come nell'appalto, è ammesso il ricorso al sub-contratto, benché nel rispetto di determinati limiti².

Sul piano formale, per il contratto di trasporto non sussistono specifici

¹ L'art. 2 contiene altresì la definizione di caricatore e proprietario della merce.

² La sub-vettura è subordinata al previo accordo tra le parti (in fase di stipulazione del contratto o nel corso dell'esecuzione dello stesso) ed è ammessa solo una volta (art. 6-*ter*), a differenza di quanto previsto per l'appalto che può generare una catena di subappalti sottratta a un predeterminato numero di passaggi.

vincoli³ sebbene la forma scritta sia «suggerita» (Riguzzi, 2008, 85) e incentivata dal legislatore attraverso la previsione una disciplina meno favorevole in caso di contratto non siglato per iscritto⁴.

Quanto ai requisiti sostanziali del contratto, si distingue tra elementi essenziali ed elementi eventuali. I primi sono indicati al comma 3 dell'art. 6 e, in loro assenza, il contratto si considera non stipulato per iscritto. Nello specifico, sono: il nome e la sede del vettore e del committente e, se diverso, del caricatore; il numero di iscrizione del vettore all'Albo nazionale degli autotrasportatori di cose per conto di terzi; la tipologia e la quantità della merce oggetto del trasporto, nel rispetto delle indicazioni contenute nella carta di circolazione dei veicoli adibiti al trasporto stesso; il corrispettivo del servizio di trasporto e le modalità di pagamento, nonché clausola di adeguamento di tale corrispettivo al costo del carburante; i luoghi di presa in consegna della merce da parte del vettore e di riconsegna della stessa al destinatario; i tempi massimi per il carico e lo scarico della merce trasportata.

Al successivo comma 4 sono invece elencati gli elementi eventuali, che consistono nei termini temporali per la riconsegna della merce e nelle istruzioni aggiuntive del committente o dei soggetti di cui alla lettera a) del comma 3 dell'art. 6.

2. I profili giuslavoristici rilevanti ai fini certificatori

Tracciati sinteticamente i contorni del contratto di trasporto, occorre stabilire il perimetro entro il quale può operare la certificazione. Trattandosi infatti di un contratto di natura commerciale nel quale sono dedotte prestazioni di lavoro, la Commissione è abilitata a intervenire *ex art.* 75, d. lgs. n. 276/2003 indagando però i soli profili giuslavoristici. Più precisamente, una volta appurata la sussistenza degli elementi essenziali indicati *ex lege*, si dovrà valutare la legittimità del contratto controllando che non possa ritenersi integrata un'ipotesi di somministrazione illecita di

³ L'art. 6, comma 1, stabilisce che «Il contratto di trasporto di merci su strada è stipulato, di regola, in forma scritta e, comunque, con data certa per favorire la correttezza e la trasparenza dei rapporti fra i contraenti».

⁴ Si consideri, ad esempio, la previsione dell'applicazione, in caso di controversia, di usi e consuetudini *ex art.* 9 oppure l'obbligo, stabilito dall'art. 7, comma 5, di acquisire specifica documentazione.

manodopera. A tale fine, analogamente a quanto si osserva per l'appalto, sarà dirimente accertare che titolare dei poteri datoriali sia esclusivamente il vettore e che il committente si possa ritenere completamente estraneo alla gestione ed organizzazione del servizio di trasferimento di cose o persone. Le informazioni in proposito potranno essere direttamente ricavate dal testo contrattuale, ma sarà utile anche acquisirne conferma dalle parti in fase istruttoria, secondo le modalità osservate da ciascuna Commissione di certificazione.

Inoltre, attesa la somiglianza tra i due tipi contrattuali, una corretta operazione di qualificazione impone di verificare che la fattispecie concreta integri effettivamente un contratto di trasporto e non possa invece collocarsi nella confinante categoria dell'appalto di servizi.

Invero, il contratto di trasporto, al pari dell'appalto, appartiene al *genus* della *locatio operis*, benché ne rappresenti una *species* autonoma, caratterizzata da una propria funzione economico-sociale (Casanova, Brignardello, 2007, 23).

In particolare, ambedue i contratti hanno ad oggetto un obbligo di *facere* (sull'appalto *amplius* Monterossi, 2024), ma nell'appalto esso presenta carattere generico mentre nel trasporto l'obbligazione assunta dal vettore assume i tratti di un fare "qualificato" (Romanelli⁵, 1959, 26 ss.), coincidente con il trasferimento di cose o persone da un luogo ad un altro, che deve costituire l'unica attività dedotta nel contratto. La distinzione tra appalto e trasporto si fonda dunque essenzialmente sulla natura dell'obbligazione negoziale, sebbene parte della dottrina valorizzi anche altri elementi (Riguzzi, 1997, 46-47; Zunarelli, 2014, 21-22⁶).

Ne deriva che, se nel contratto sono dedotti servizi ulteriori rispetto a quelli di autotrasporto si dovrà invocare la disciplina dell'appalto, salvo che le altre attività siano meramente strumentali a quelle di trasferimento. In questo ultimo caso la previsione di servizi ulteriori, aventi natura prodromica e suvalente rispetto alle attività di autotrasporto, non incide

⁵ L'autore in particolare considera il contratto di trasporto una specie dell'appalto. Pur essendo un contratto nominato infatti conserva la struttura e la natura dell'appalto di servizi. Ne deriva che al trasporto sarebbero applicabili in via diretta le norme sull'appalto.

⁶ Secondo questo orientamento la distinzione risiede anche nel mezzo attraverso cui trova attuazione la causa del contratto: nel contratto di trasporto le attività di trasferimento potrebbero essere svolte infatti anche al di fuori dell'organizzazione diretta dell'assuntore del servizio. In giurisprudenza si veda Cass. 17 ottobre 1992 n. 11430, in *MGC*, 1992, 10; Cass. 16 ottobre 1979 n. 5397, in *MGC*, 1979, 10; Trib. Milano 30 gennaio 2018, in *DeJure.it*; Trib. Padova 4 aprile 2005, in *DeJure.it*.

sulla qualificazione in termini di contratto di trasporto.

Questa tesi, accolta da maggior parte della dottrina (Tullio, 1993, 92-93) e della giurisprudenza⁷, è stata recepita anche dalla prassi amministrativa. In particolare, con la circolare dell'11 luglio 2012 n. 17 (commentata da Gamberini, Venturi, 2012, 859 ss.) il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha precisato che il personale ispettivo deve accertare la natura, la quantità e la prevalenza delle attività svolte in concreto dai lavoratori, ricollegando la fattispecie concreta al contratto di trasporto quando il vettore compia esclusivamente le operazioni tipiche del trasporto ed eventualmente quelle ancillari alla sua esecuzione, quali custodia, deposito, carico e scarico delle merci. In caso contrario si dovrà invocare la disciplina sull'appalto di servizi.

L'intervento chiarificatore è stato sollecitato dalla rilevanza che la distinzione tra i tipi contrattuali riveste ai fini dell'individuazione del regime di responsabilità solidale applicabile. Infatti, in caso di appalto opera l'art. 29, comma 2, d. lgs. n. 276/2003 che pone il committente in una posizione più gravosa sia in termini di estensione temporale dell'obbligazione solidale – che copre un periodo di due anni dalla cessazione dell'appalto, a fronte del termine di un anno previsto per il contratto di trasporto – sia con riferimento ad un eventuale esonero di responsabilità, conseguibile, nell'ipotesi del contratto di trasporto, mediante un mero adempimento documentale⁸.

⁷ In giurisprudenza si veda Cass. 10 giugno 1999, n. 5700, in *DeJure.it*; Cass. 19 giugno 1993 n. 6841, in *Dir. Mar.*, 1993, p. 1037.

⁸ La responsabilità solidale del committente in caso di contratto di trasporto è stata inserita dalla l. n. 190/2014 che ha modificato l'art. 83-*bis*. d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008. A seguito della novella, è stata prevista la possibilità per il committente di sottrarsi alla responsabilità solidale attraverso l'acquisizione – preliminare alla stipula del contratto – di un'attestazione rilasciata dagli enti previdenziali, di data non anteriore a tre mesi, dalla quale risulti che l'azienda è in regola ai fini del versamento dei contributi assicurativi e previdenziali.

3. Il contratto di appalto di servizi di trasporto

Accanto ad appalto e trasporto è emersa negli anni un'ulteriore figura, di fonte giurisprudenziale⁹, qualificata come “appalto di servizi di trasporto”. In questa ipotesi, il contratto ha ad oggetto il trasferimento di cose o persone da un luogo all'altro. A stretto rigore, quindi, alla stregua della distinzione sopra tracciata, si orbiterebbe nella tipologia del contratto di trasporto.

Tuttavia, nell'appalto di servizi di trasporto le prestazioni si caratterizzano per essere molteplici, sistematiche e predeterminate, e per essere eseguite mediante un'apposita organizzazione di mezzi, in vista di un risultato complessivo rispondente alle esigenze del committente¹⁰.

La presenza di simili caratteristiche ha indotto i giudici a collocare la

⁹ Cass. 19 agosto 2022, n. 24983, in *DeJure.it*; Cass. 6 marzo 2020, n. 6449, in *DeJure.it*; Cass. 14 luglio 2015, n. 14670, in *DeJure.it*; App. Milano, 7 aprile 2021, in *DeJure.it*; Trib. Roma 24 dicembre 2020, in *DeJure.it*. Più di recente si veda anche Trib. Bologna, 30 novembre 2023, inedita a quanto consta, che ha affermato la configurabilità di un appalto di servizi di trasporto, precisando che «(...) l'attività di soc. coop. è stata resa stabilmente funzionale alle esigenze di s.r.l., poiché si è realizzata l'esternalizzazione di fasi complesse del ciclo produttivo della committente, estranee al trasporto o sub-trasporto e a singoli sub-trasporti, attraverso un rapporto contrattuale unico e onnicomprensivo, caratterizzato da continuità e predeterminazione delle rispettive prestazioni e non limitato all'esecuzione di singole e sporadiche prestazioni di trasporto, con frammentazione del processo produttivo tale da consentire di ridurre i costi connessi alla realizzazione del servizio».

La figura dell'appalto di servizi di trasporto è richiamata anche nella circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali dell'11 luglio 2012, n. 17.

¹⁰ Più precisamente, secondo Cass. 29 luglio 2019, n. 20413, «(...) è configurabile un contratto di appalto di servizio di trasporto e non un semplice contratto di trasporto, allorché ci si trovi in presenza (...) di un'apposita organizzazione di mezzi apprestata dal trasportatore per l'esecuzione del contratto, in relazione all'importanza e alla durata dei trasporti da effettuare. Connotati rivelatori di detta organizzazione sono, normalmente, da individuarsi nella molteplicità e sistematicità dei trasporti, nella pattuizione di un corrispettivo unitario per le diverse prestazioni, nell'assunzione dell'organizzazione dei rischi da parte del trasportatore (Cass., Sez. 1, 21 marzo 1980, n. 1902; Cass., 29 aprile 1981, n. 2620). La presunzione di esistenza di un unitario contratto di appalto nel servizio di trasporto, anziché di una molteplicità di contratti di trasporto, può essere utilmente invocata qualora le modalità di esecuzione dei trasporti medesimi, e, in generale, il comportamento delle parti, siano tali da evidenziare, a prescindere dal contenuto formale dei negozi predisposti dalle parti, un rapporto contrattuale unico ed onnicomprensivo, caratterizzato da continuità e predeterminazione delle rispettive prestazioni (Cass., 11 maggio 1982, n. 2926)».

fattispecie al di fuori del perimetro contrattuale del trasporto, inserendola all'interno della più ampia categoria dell'appalto, con conseguente applicazione della relativa regolamentazione normativa anche sul piano della responsabilità solidale.

Lo schema dell'appalto di servizi di trasporto è stato applicato dalla prevalente giurisprudenza e ha ricevuto avallo anche in via amministrativa¹¹.

Al contrario è stato bersaglio di critiche in dottrina. In particolare, è stato condivisibilmente argomentato che la differenza tra contratto di appalto e contratto di trasporto non può che fondarsi sull'oggetto dedotto nel contratto: se esso attiene ad attività di trasferimento di cose o persone da un luogo a un altro (comprese le prestazioni accessorie) si graviterà nell'ambito del trasporto; si configurerà invece un appalto ove siano dedotte ulteriori attività (in dottrina, tra gli altri, Tullio, 1993, 92-93; Lopez De Gonzalo, 2016, 108). Pertanto, una serie ripetuta di servizi di trasporto darà luogo a più contratti di trasporto, non ad un appalto di servizi (condivisibilmente Lopez De Gonzalo, 2016, 109; Cassar, 2014, 55-56; Antonini, 2008, 130; Busti, 2007, 43 ss.; Riguzzi, 1999, 931-932; Tullio, 1993, 89 ss.; Brignardello, 2003, 269-270).

Seguendo tale impostazione, è stato peraltro osservato che, in presenza di più servizi (che si aggiungano a quelli tipici del trasporto), questi si porrebbero gli uni rispetto agli altri in una considerazione paritetica, senza poter riconoscere alle attività di trasporto carattere assorbente. La fattispecie, quindi, non potrebbe essere comunque qualificata quale "contratto di appalto di servizi di trasporto", ma dovrebbe essere ricondotta all'appalto di servizi *tout court*.

Ad ulteriore sostegno della tesi che nega la configurabilità dell'"appalto di servizi di trasporto" è stato sostenuto che i fattori ritenuti decisivi per ricondurre la fattispecie in esame al tipo dell'appalto sono, a ben vedere, compatibili anche con il contratto di trasporto; così, ad esempio, per quanto concerne l'assunzione del rischio di impresa, la predisposizione di un'organizzazione di mezzi o le modalità di determinazione del corrispettivo (Lopez De Gonzalo, 2016, 109-110).

Ancora, non è certo la durata del rapporto contrattuale a qualificare il contratto come trasporto ovvero come contratto d'appalto, quanto il contenuto del regolamento contrattuale e l'assetto di interessi concretamente realizzato dal contratto. Sicché, è ben possibile che il contratto di trasporto si sostanzi in una pluralità di trasporti che il vettore si obbliga a compiere

¹¹ Si veda la citata circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 17 del 2012.

per conto del mittente nel quadro di un rapporto di collaborazione commerciale di lunga durata, purché, come già osservato, l'oggetto del contratto non comprenda una molteplicità di obbligazioni ulteriori rispetto a quelle di trasferimento delle merci e a quelle accessorie a queste ultime (Lopez De Gonzalo, 2016, 109).

Alla luce della persuasiva ricostruzione dottrinale, si ritiene che, in presenza di un contratto che abbia ad oggetto prestazioni di trasporto, in sede di certificazione sarà necessario verificare se l'attività di auto-trasporto esaurisca o meno l'oggetto dell'obbligazione contrattuale assunta dal vettore (salvo i servizi strumentali) e, in caso di esito positivo, bisognerà invocare la categoria del contratto di trasporto, rimanendo irrilevante il carattere eventualmente molteplice e continuativo delle prestazioni di trasferimento. Viceversa, si configurerà un contratto di appalto di servizi (ma non un appalto di servizi di trasporto) ove alle operazioni di trasferimento si affianchino ulteriori (e non accessorie) prestazioni, idonee a mutare la causa del contratto.

4. Il contratto di appalto avente ad oggetto servizi logistici: un crocevia tra appalto e trasporto

Le operazioni di trasporto possono essere inserite in un assetto contrattuale più articolato che comprenda ulteriori servizi, funzionali alla gestione della catena del valore. In tal caso si integra la fattispecie del contratto di logistica che può avere ad oggetto «tutte quelle attività che vanno dall'approvvigionamento delle materie prime, al loro trasferimento nei magazzini, alla loro lavorazione fino alla distribuzione del prodotto finito sul mercato di vendita» (Brignardello, 2003, 262). La disciplina del contratto di appalto avente ad oggetto servizi logistici è attualmente contenuta nell'art. 1677-bis c.c., introdotto dalla l. n. 234 del 2021.

La novella, in particolare, ha stabilito che «se l'appalto ha per oggetto, congiuntamente, la prestazione di due o più servizi di logistica relativi alle attività di ricezione, trasformazione, deposito, custodia, spedizione, trasferimento e distribuzione di beni di un altro soggetto, alle attività di trasferimento di cose da un luogo a un altro si applicano le norme relative al contratto di trasporto, in quanto compatibili»¹² (per un commento si ve-

¹² Il testo attualmente in vigore è frutto di un intervento di modifica *ex art. 37-bis*, d.l. n. 36/2022, conv. in l. n. 79/2022.

dano Bonardi, 2022, 2 ss.; Villa, 2022, 2 ss.; Bozzao, Monterossi, 2022, 499 ss.; Calvo, 2022, 1109 ss.; Bernardo, 2024, 18 ss.).

Un intervento legislativo chiarificatore in questo settore era atteso da tempo¹³. L'assenza di un quadro regolatorio di riferimento e la mutevolezza degli indirizzi giurisprudenziali rendevano infatti insidioso il ricorso a tale strumento contrattuale. In particolare, la concentrazione nel contratto di logistica di una molteplicità di prestazioni tra loro differenti, ciascuna di esse singolarmente inquadrabile in un tipo contrattuale (trasporto, deposito, spedizione, mandato, appalto), non ha consentito di individuare un unico principio-guida ai fini della qualificazione del contratto e dell'individuazione della disciplina di riferimento.

Atteso il carattere complesso della figura negoziale in esame, essa si prestava ad essere regolata attingendo alle ricostruzioni dottrinali sui contratti misti (sul tema: De Nova, 2014; Del Prato, 2012, 10087 ss.; Bianca, 2000, 478 ss.; Roppo, 1989, 118 ss.; Costanza, 1981, 196 ss.; De Gennaro, 1934) che invocavano l'adozione di svariate tecniche: il c.d. criterio della combinazione, in base al quale ogni elemento della fattispecie dovrebbe seguire le norme dei singoli schemi negoziali tipici a cui è riconducibile; la c.d. teoria dell'assorbimento, che implica l'assoggettamento alla normativa della prestazione che può ritenersi prevalente; la c.d. tesi dell'integrazione, che rappresenta una soluzione intermedia, in base alla quale la disciplina di riferimento «va individuata in quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti (...), senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente»¹⁴.

Sebbene ognuna delle regole ermeneutiche descritte non potesse ritenersi pienamente soddisfacente (sull'inadeguatezza dei criteri descritti in relazione alla generale figura del contratto misto Messineo, 1992, 95 ss. e

¹³ Si veda la proposta presentata in data 27 luglio 2020 al Senato della Repubblica da Assologistica sul Contratto di Logistica in <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/179/001/Assologistica.pdf>. Una proposta di legge più articolata avente ad oggetto il contratto di prestazioni di servizi di logistica risale al 2008, in <http://leg15.camera.it/_dati/leg15/lavori/stampati/pdf/15PDL0038590.pdf>.

¹⁴ Cass. 12 dicembre 2012 n. 22828, in *DeJure.it* e Cass. SS.UU. 12 maggio 2008 n. 11656 e Cass. 22 giugno 2005 n. 13399, ivi richiamate.

dottrina ivi citata. Con specifico riferimento al contratto di logistica Briguardello, 2003, 271), quella della prevalenza aveva, secondo alcuni (Marongiu Buonaiuti, 2002, 305 ss.), il pregio di consentire l'inquadramento della fattispecie nell'ambito dell'appalto e, in virtù dell'art. 1677 c.c., di considerare applicabili, in quanto compatibili, anche le norme relative al contratto di somministrazione nonché, in forza del sistema di rinvii innescato dall'art. 1570 c.c.¹⁵, le disposizioni tipiche riferibili alle singole prestazioni (trasporto, deposito, spedizione etc.)¹⁶.

La riforma del 2021 ha inserito la fattispecie in esame all'interno del tipo legale dell'appalto, semplificando dunque l'operazione di qualificazione contrattuale, pur preservando la rilevanza delle norme sul contratto di trasporto per la disciplina delle attività di trasferimento di cose o persone¹⁷.

Da ultimo, si evidenzia che l'introduzione dell'appalto di servizi logistici sembra favorire il superamento della figura dell'appalto di servizi di trasporto. Invero, ai sensi dell'art. 1677-bis c.c. la disciplina sul trasporto trova applicazione alle attività di trasferimento di cose che siano dedotte nell'ambito di un contratto di appalto che, oltre al trasferimento, comprende altri servizi logistici. Ne discende che, *a fortiori*, le stesse norme sul trasporto dovrebbero essere invocabili quando l'oggetto contrattuale si esaurisca esclusivamente in attività di trasferimento, ancorché predeterminate e continuative (Villa, 2022, 12-23; Bozzao, Monterossi, 2022, pp. 513-514).

¹⁵ Ai sensi del quale: «Si applicano alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni».

¹⁶ In giurisprudenza applicano il criterio della prevalenza Trib. Napoli 7 maggio 2021, in *DeJure.it*; Trib. Parma 3 luglio 2013, in *DeJure.it*, che colloca espressamente la fattispecie nell'ambito dell'appalto avente ad oggetto prestazioni continuative o periodiche *ex art.* 1677 c.c.

¹⁷ Tuttavia, con l'Interpello del 17 ottobre 2022, n. 1, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha ritenuto che alle attività di trasferimento si applichi la normativa sulla responsabilità solidale di cui all'art. 29, comma 2, d. lgs. n. 276/2003 in luogo dell'apposito regime regolato dall'art. 83-bis, d.l. n. 112/2008 (conv. in l. n. 133/2008), secondo argomentazioni non del tutto persuasive.

Riferimenti bibliografici

- Antonini, A. (2008), *Corso di diritto dei trasporti*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 130.
- Bernardo, P. (2024), *Appalti, trasporti e logistica. Spunti di riflessione in materia di responsabilità solidale*, in *MGL*, 1, pp. 18 ss.
- Bianca, C.M. (2000), *Il Contratto. Diritto civile. Vol. 3*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 478 ss.
- Bonardi, O. (2022), *Il contratto di logistica e la responsabilità solidale negli appalti dopo il nuovo art. 1677 bis c.c.*, in *LDE*, 3, pp. 2 ss.
- Bozzao, P. e Monterossi, L. (2022), *La difficile convivenza tra i contratti di appalto e trasporto nei servizi di logistica: esigenze di certezza vs chiaroscuri interpretativi*, in *DLM*, 3, pp. 499 ss.
- Brignardello, M. (2003), *Contratto di Logistica, Voce, Agg., Dig. Disc. Prin.- Sez. Comm.*, pp. 269-270.
- Busti, S. (2007), *Contratto di trasporto terrestre*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 43 ss.
- Calvo, R. (2022), *Il contratto di logistica*, in *NLCC*, 5, pp. 1109 ss.
- Casanova, M., Brignardello (2007), *Diritto dei trasporti. La disciplina contrattuale*, Giuffrè, Milano, p. 23.
- Cassar, S. (2014), *Il sistema delle tutele del lavoro nell'appalto*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 55-56.
- Costanza, M. (1981), *Il contratto atipico*, Giuffrè, Milano, pp. 196 ss.
- De Gennaro, G. (1934) *I contratti misti*, Cedam, Padova.
- De Nova, G. (2014), *Il tipo contrattuale*, Edizioni scientifiche italiane.
- Del Prato, E. (2012), *Contratti misti: variazioni sul tema*, in *RDC*, 1, pp. 10087 ss.
- Gamberini, G. e Venturi, D. (2012), *La responsabilità solidale nel settore dei trasporti: commento alla circolare del Ministero del lavoro n. 17/2012*, in *DRI*, 3, pp. 859 ss.
- Lopez De Gonzalo, M. (2016), *Spunti di riflessione in tema di appalto di servizi di trasporto*, in *Dir. Mar.*, p. 108 ss.
- Marongiu Buonaiuti, F. (2002), *La disciplina giuridica dei contratti di fornitura di servizi di logistica integrata*, in *Dir. Comm. Int.*, 2002, 2, pp. 305 ss.
- Messineo, F. (1962) *Contratto innominato (atipico)*, *ED*, X, pp. 95 ss.
- Monterossi, L. (2024), *Contratto di appalto*, in questo volume.
- Riguzzi, M. (1997), *La nozione del contratto di trasporto, suoi sottotipi e figure affini*, in Silingardi G. (a cura di), *Il contratto di trasporto*, Giuffrè, Milano, pp. 46-47.

- Riguzzi, M. (1999), *Appalto di servizi di trasporto e termine di prescrizione*, in *DT*, 3, pp. 931-932.
- Riguzzi, M. (2008), *Il trasporto stradale di cose*, in Riguzzi M., A. Antonini (a cura di), *Trasporti e turismo*, Giappichelli, Torino, p. 85.
- Romanelli, G. (1959), *Il trasporto aereo di persone*, Cedam, Padova, pp. 26 ss.
- Roppo, V. (1989), *Contratto*, in *Dig. Disc. Priv.- Sez. Comm.*, 1989, pp. 118 ss.
- Tullio, L. (1993), *Una fattispecie improponibile: l'appalto di servizi di trasporto*, in *Dir. Trasp.*, 1, pp. 89 ss.
- Villa, E. (2022), *Quando l'“appalto” ha ad oggetto servizi di logistica, quale regime di solidarietà per i crediti dei lavoratori?*, in *LDE*, 3, pp. 2 ss.
- Zunarelli, S. (2014), *Commento all'art. 1678 c.c.*, in Zunarelli S., Alvisi C., *Trasporto*, in Scajola A., Branca G., Galgano F. (a cura di) *Commentario del codice civile e dei codici collegati*, Zanichelli, pp. 21-22.

Capitolo 22

La certificazione dei contratti di rete

Ilario Alvino

SOMMARIO

1. Fenomeno delle reti di imprese, definizione di contratto di rete e disciplina dei rapporti di lavoro – 2. Codatorialità e assunzioni congiunte – 3. Le regole applicabili al contratto di lavoro pluri-datoriale – 4. Il distacco del lavoratore fra le imprese della rete – 5. Condizioni per la certificazione del contratto di rete

1. Fenomeno delle reti di imprese, definizione di contratto di rete e disciplina dei rapporti di lavoro

Il contratto di rete, disciplinato dall'art. 3, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5 (convertito in l. 9 aprile 2009, n. 33), è stato introdotto con l'obiettivo di favorire l'aggregazione fra le imprese medie, piccole e piccolissime – costituenti una parte importante del tessuto produttivo italiano – offrendo alle stesse uno strumento negoziale flessibile, idoneo a disciplinare rapporti di collaborazione duraturi, salvaguardando l'autonomia giuridica, economica ed organizzativa delle imprese partecipanti (Cafaggi, Iamiceli, Mosco, 2012).

Tra gli interventi volti ad incentivare l'impiego del contratto di rete, assumono una grande importanza le disposizioni, varate nel 2013, destinate ad offrire alle imprese retiste strumenti per realizzare una gestione flessibile ed eventualmente «condivisa» della prestazione dei lavoratori impiegati nella rete (artt. 30, c. 4-ter, e 31, c. 3-bis ss., d. lgs. n. 276/2003, come modificati dal d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 99).

La prima innovazione introdotta nel 2013 riguarda la possibilità aperta alle imprese che abbiano stipulato il contratto di rete di ricorrere al distacco senza essere tenute a dimostrare la sussistenza di un interesse dell'imprenditore distaccante, altrimenti richiesto dall'art. 30, c. 1, d. lgs. n. 276/2003. Nel caso in cui il distacco avvenga tra imprese della rete, infatti, il requisito dell'interesse «sorge automaticamente in forza dell'operare della rete» (art. 30, c. 4-ter, d. lgs. n. 276/2003).

La seconda novità, di portata dirompente rispetto alla tradizionale impostazione binaria del rapporto di lavoro nel nostro ordinamento, riguarda la possibilità riconosciuta alle imprese retiste di istituire fra le stesse una relazione di «codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete stesso» (art. 30, c. 4-ter, ultimo periodo, d. lgs. n. 276/2003). Analogamente, l'art. 31, c. 3-ter, d. lgs. n. 276/2003 consente alle imprese legate da un contratto di rete di “assumere congiuntamente” lavoratori dipendenti quando almeno il 40% sono imprese agricole.

Tramite le regole appena richiamate l'ordinamento persegue l'obiettivo di conferire alle imprese strumenti utili a consentire una “mobilità” dei lavoratori all'interno della rete, laddove funzionale a facilitare la realizzazione del programma della rete.

Il legislatore mostra, così, di identificare nel lavoro un fattore della collaborazione imprenditoriale realizzata tramite il contratto di rete e fornisce strumenti finalizzati a permettere un più semplice ed efficace coordinamento dell'attività dei lavoratori in rapporto alle esigenze dell'organizzazione reticolare.

La prospettiva regolativa sposata dal legislatore trova la propria giustificazione nella particolare natura del fenomeno reticolare e nelle caratteristiche proprie dell'organizzazione strutturata in forma reticolare.

Il fenomeno imprenditoriale al quale il legislatore destina il contratto di rete è infatti quello nel quale due o più imprese, economicamente e giuridicamente autonome, decidono di instaurare stabili rapporti di collaborazione in vista del perseguimento di obiettivi condivisi.

Nell'ambito di tali forme di collaborazione, suscettibili di dar luogo a modalità di coordinamento fra le rispettive organizzazioni più o meno intense, la prestazione resa dal singolo lavoratore può costituire un fattore importante per realizzare tale coordinamento. Si pensi, per esempio, all'ipotesi in cui il coordinamento fra le imprese comporti la necessità di condividere un macchinario o la rete sia creata per sviluppare una nuova tecnologia e sia necessario che il lavoratore in possesso delle necessarie competenze sia impiegato presso i vari imprenditori.

In contesti analoghi a quelli appena evocati, la creazione di relazioni di tipo reticolare può costituire una fonte di vantaggi anche per i lavoratori che siano impiegati presso le imprese della rete (Alvino, 2014). Ciò poiché, ad esempio, la creazione di un'organizzazione di tipo reticolare può comportare un incremento delle attività produttive della singola impresa coinvolta e, quindi, indirettamente dell'occupazione. Così come la creazione di una relazione di collaborazione tramite il contratto di rete può in concreto

assumere le caratteristiche di un «mercato interno del lavoro», nel quale il lavoratore può trovare occasione di formazione o di ricollocazione in caso di perdita del posto di lavoro.

2. Codatorialità e assunzioni congiunte

Come anticipato, l'art. 30, c. 4-ter, d. lgs. n. 276/2003 ammette «la codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete».

Tale norma deve essere letta insieme con quanto stabilito dall'art. 31, c. 3-ter, d. lgs. n. 276/2003, il quale prescrive che «l'assunzione congiunta di cui al precedente comma 3-bis può essere effettuata anche da imprese legate da un contratto di rete, quando almeno il 40% di esse sono imprese agricole».

Il testo delle regole richiamate è invero piuttosto scarno e pone non pochi problemi interpretativi.

Si tratta, in ogni caso, di disposizioni la cui portata è sicuramente dirimente, essendo, quelle in esame, le uniche norme del nostro ordinamento nelle quali sono utilizzati i termini «codatorialità» (di cui si trova un riscontro solo in una parte della giurisprudenza lavoristica in materia di gruppi di impresa: Greco, 2017, 137 ss.) e «assunzione congiunta».

Alla luce di tale constatazione, la prima questione che deve essere affrontata è se le disposizioni richiamate intendano conferire alle imprese legate da un contratto di rete la possibilità di assumere un lavoratore nell'ambito di un contratto di lavoro subordinato con pluralità di datori di lavoro oppure se le stesse vadano interpretate in modo diverso. Inoltre, è necessario capire se i termini «codatorialità» ed «assunzione congiunta» vadano intesi come sinonimi oppure vadano letti come riferiti a concetti diversi.

Per rispondere a tale quesito è necessario partire dalla constatazione che la funzione delle disposizioni citate è quella di incentivare l'impiego del contratto di rete, fornendo alle imprese stipulanti uno strumento idoneo a consentire una gestione del personale più efficace in vista della realizzazione del programma di rete. Programma di rete che, come già evidenziato, può richiedere alle imprese di attuare forme di collaborazione più o meno intensa fra le rispettive organizzazioni.

Se si leggono le disposizioni in esame muovendo da tale prospettiva risulta chiaro che la «assunzione congiunta» e la «codatorialità» servono a

conferire alle imprese stipulanti il contratto di rete la titolarità di tutti i poteri tipici del datore di lavoro; ciò allo scopo di consentire una condivisione effettiva della prestazione di lavoro in vista dalla realizzazione degli obiettivi condivisi all'interno del programma di rete.

Ciò premesso, bisogna chiedersi se “codatorialità” e “assunzione congiunta” siano o meno sinonimi e, in caso di risposta negativa, quale sia il significato normativo da attribuire al termine codatorialità.

La formulazione dei commi che contengono il riferimento alla “codatorialità” e alla “assunzione congiunta” fanno ritenere che le due fattispecie debbano essere considerate solo in parte coincidenti.

In tal senso depone innanzitutto la scelta del legislatore di riferire la fattispecie della assunzione congiunta solo all'ipotesi, prevista dall'art. 31, c. 3-bis e 3-ter, d. lgs. n. 276/2003.

Il riferimento puntuale all'assunzione congiunta e la limitazione della possibilità di “assumere congiuntamente” solo nei casi esattamente delimitati dalle norme riportate induce ad interpretare le stesse come norme “autorizzatorie” che, in deroga alla regola generale, consentono solo ai soggetti e nelle ipotesi previste di assumere congiuntamente il lavoratore.

In questa ipotesi tutte le imprese della rete assumono anche formalmente la veste di datore di lavoro del lavoratore che deve dunque considerarsi inserito nelle organizzazioni di tutte le parti del contratto di rete.

Il termine “codatorialità”, utilizzato nel comma 4-ter dell'art. 30, d. lgs. n. 276/2003, assume, conseguentemente, un significato più ampio, includendo al suo interno sia l'ipotesi dell'assunzione congiunta, sia quella, parzialmente diversa, nella quale il lavoratore sia assunto dall'organo comune della rete o da una delle imprese della rete, ma riconoscendo la qualifica di datore di lavoro (con i relativi poteri ed obblighi) in capo a tutte le imprese della rete. In quest'ultima ipotesi, a differenza di quanto si verifica nel caso dell'assunzione congiunta, il rapporto rimane strutturalmente binario e quindi intercorrente fra il lavoratore e l'organo comune (o l'impresa della rete), ma i poteri e le responsabilità del datore di lavoro vengono poste in capo anche alle imprese parti del contratto di rete.

In entrambe i casi, il datore di lavoro assume dunque i caratteri di una parte complessa nella quale andranno incluse tutte le imprese della rete (o solo alcune, secondo quanto previsto dal contratto di rete), alle quali saranno conferiti i poteri e le responsabilità del datore di lavoro. Nel senso di ritenere inclusa nel concetto di codatorialità anche la fattispecie dell'assunzione congiunta si è espressa in un *obiter dictum* la Suprema Corte (Cass. 21 aprile 2016 n. 8068, De Jure e Cass. 22 gennaio 2015 n. 1168, De Jure).

Diversi sono gli argomenti che confermano tale impostazione. Si deve infatti evidenziare che lo stesso termine “codatorialità”, collocato nell’ambito della disposizione dedicata al distacco, appare destinato ad identificare una fattispecie diversa dal distacco medesimo. L’art. 30, d. lgs. n. 276/2003, invero, dopo aver detto che l’interesse del distaccante «sorge automaticamente in forza dell’operare della rete», afferma che è “inoltre” ammessa la codatorialità dei «dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete stesso». La “codatorialità” costituisce, allora, una fattispecie diversa dal distacco che non può che essere quella nella quale la posizione di datore di lavoro di lavoro venga posta congiuntamente in capo a più imprese.

D’altronde il fatto che il legislatore abbia utilizzato il termine “codatore” depone a conferma del fatto che lo stesso non ha inteso porre in capo a più soggetti solo la titolarità del potere direttivo, quanto piuttosto la posizione di datore di lavoro nel suo complesso. Sarebbe altrimenti stato effettivamente sufficiente valorizzare il solo distacco, espressamente aggiungendo la possibilità di condividere la posizione di distaccatario che, com’è noto, non può essere considerato un datore di lavoro in senso tecnico; veste quest’ultima che rimane in capo al distaccante. Inoltre, la disposizione, anche sul piano letterale, configura la fattispecie della codatorialità come un’eccezione alla regola generale della natura necessariamente bilaterale del contratto di lavoro (Ciucciovino, 2014, 172 ss.).

Prima di passare ad approfondire i complessi problemi di disciplina di tale rapporto pluridatoriale, vale la pena di sottolineare che l’utilizzo di questo particolare strumento può consentire di risolvere molti dei problemi che deriverebbero dall’impiego di altre tipologie contrattuali per la realizzazione del fine del coordinamento della prestazione lavorativa alla realizzazione degli obiettivi della rete.

La scelta di assumere congiuntamente il lavoratore consente di scongiurare *ab origine* l’eventualità che si configurino fenomeni interpositori, sia rispetto alla posizione del lavoratore assunto congiuntamente, sia nei confronti dei lavoratori che siano eventualmente diretti dal lavoratore condiviso. Da quest’ultimo punto di vista, infatti, se il lavoratore condiviso assume il potere di impartire direttive alle strutture dei diversi datori di lavoro, tali direttive potranno essere sempre considerate espressione del potere direttivo del titolare di quella struttura evitando che si possa realizzare una confusione delle rispettive organizzazioni.

D’altro canto, il rapporto di lavoro codatoriale consente di valorizzare appieno le potenzialità della prestazione lavorativa, sia come fattore di co-

ordinamento della rete, sia come risorsa che può essere utilizzata dalle imprese della rete per realizzare il relativo programma

3. Le regole applicabili al contratto di lavoro pluri-datoriale

Ricostruito nei termini che precedono il significato normativo dei termini “codatorialità” e “assunzione congiunta”, non v’è dubbio che uno dei maggiori ostacoli all’impiego del contratto di lavoro subordinato con pluralità di datori di lavoro può essere costituito dalla difficoltà di definire quale sia la disciplina da applicare a tale rapporto.

Lo sforzo che è necessario compiere è, infatti, quello di capire in che modo le regole del rapporto di lavoro subordinato debbano essere adeguate all’eventualità in cui il creditore della prestazione lavorativa non sia un unico soggetto, ma siano due o più.

Problema che riguarda non solo l’esercizio dei poteri datoriali e la speculare delimitazione del contenuto delle obbligazioni gravanti sul lavoratore, ma anche i diritti del lavoratore e la ripartizione delle responsabilità datoriali fra i soggetti codatori.

Prima di addentrarci brevemente nell’analisi di tali regole appare necessario chiedersi se il rapporto di lavoro codatoriale possa essere costituito solo con un lavoratore specificamente assunto dopo la stipulazione del contratto di rete, ovvero se possa essere impiegato in regime di codatorialità un lavoratore già dipendente di una delle imprese della rete.

Laddove si opti per questa seconda soluzione ci si dovrà poi chiedere se sia necessario acquisire il consenso del lavoratore.

La norma non fornisce indicazioni chiare per risolvere tale quesito, ma può essere di aiuto la scelta di impiegare il verbo “ingaggiare”, a prima vista improprio. Si può infatti ritenere che la scelta del verbo ingaggiare non sia casuale o frutto di una scarsa perizia tecnica del legislatore, ma piuttosto sia stata motivata proprio dalla volontà di ammettere che l’impiego in regime di codatorialità possa riguardare un lavoratore che sia già dipendente da una delle imprese della rete. In questa prospettiva, il corollario necessario è però che tale “ingaggio” possa verificarsi solo acquisendo il consenso del lavoratore in considerazione del fatto che in virtù di tale mutamento viene modificata la posizione di debito del lavoratore, in capo al quale sorge l’obbligazione di adempiere la prestazione lavorativa anche nei confronti di uno o più soggetti diversi dal datore di lavoro con il quale il contratto era stato inizialmente stipulato.

Venendo all'esame delle regole del rapporto di lavoro, deve essere subito osservato che le norme dedicate alla codatorialità e all'assunzione congiunta fra le imprese stipulanti il contratto di rete contengono previsioni scarse e non uniformi.

In particolare, l'art. 30, d. lgs. n. 276/2003 rinvia, per la definizione delle regole del rapporto di lavoro codatoriale, alle previsioni contenute nel contratto di rete.

Una regola diversa è invece dettata dall'art. 31 del medesimo decreto che, si ricorda, trova applicazione all'assunzione congiunta del lavoratore da parte di imprese legate da un contratto di rete, i cui aderenti siano per almeno il 40% imprese agricole. La disposizione citata, diversamente da quanto stabilito dall'art. 30, non opera alcun rinvio al contratto di rete, ma sancisce esplicitamente la responsabilità solidale dei datori di lavoro per l'adempimento delle obbligazioni contrattuali, previdenziali e legali connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa (cfr. c. 3-quinquies).

Dal confronto delle due norme sembra potersi desumere che la solidarietà costituisca un effetto inevitabile dell'assunzione congiunta operata ai sensi dell'art. 31, d. lgs. n. 276/2003, mentre può essere esclusa nell'ipotesi in cui la condivisione del lavoratore avvenga in forza dell'art. 30, d. lgs. n. 276/2003, laddove il contratto di rete in questa seconda ipotesi disciplini in maniera diversa e peculiare la ripartizione degli obblighi in capo ai datori di lavoro (questa interpretazione, inizialmente sposata dal Ministero del lavoro con la circolare n. 35/2013, è stata corretta con la circolare n. 7/2018, nella quale la responsabilità solidale è ritenuto essere un effetto inevitabile della codatorialità).

Le norme che hanno istituito la fattispecie del rapporto di lavoro codatoriale non forniscono dunque indicazioni chiare sulla disciplina del rapporto di lavoro, che deve essere ricostruita ragionando innanzitutto sui principi generali.

Per avviare tale riflessione si deve partire dalla constatazione che la nuova disposizione sembra conferire alla funzione organizzativa propria del contratto di lavoro un significato specifico, derivante dal fatto che l'organizzazione nella quale la prestazione lavorativa viene inserita non è quella riferibile ad uno specifico imprenditore, trattandosi piuttosto di una struttura che deriva dal coordinamento dell'attività di organizzazioni distinte e reciprocamente autonome ed è costituita per la realizzazione di un obiettivo specifico individuato all'interno del programma di rete.

Tale constatazione deve indurre innanzitutto a riflettere se il collegamento che si instaura al momento dell'assunzione fra contratto di lavoro e

programma di rete comporti una funzionalizzazione del primo alla realizzazione degli obiettivi produttivi indicati dal secondo.

La soluzione di questo primo quesito appare necessaria per capire, ad esempio, se il lavoratore assunto congiuntamente possa essere impiegato solo in attività funzionali alla realizzazione del programma di rete, ovvero per definire in che modo le obbligazioni tipiche del rapporto di lavoro reagiscano al fatto che il lavoratore si impegna con la stipulazione del contratto a rendere la propria prestazione alle dipendenze di più datori di lavoro.

Ebbene, non sembra possibile configurare una funzionalizzazione del rapporto di lavoro, e dunque dei diritti e degli obblighi assunti dalle parti con la sua costituzione, al perseguimento degli obiettivi individuati dal programma di rete. Questa possibilità appare preclusa dal fatto che il nostro ordinamento non consente di funzionalizzare l'assunzione a tempo indeterminato alla realizzazione di uno specifico obiettivo produttivo.

Con la stipulazione del contratto di lavoro il lavoratore assume, invero, l'obbligo di porre la propria prestazione a disposizione del datore di lavoro, il quale la dirigerà conformemente alle proprie esigenze organizzative e produttive, che però non possono assumere alcuna rilevanza nella definizione dei contenuti della posizione obbligatoria del lavoratore, il quale non diviene in alcun modo responsabile della effettiva realizzazione di quegli obiettivi.

Non possono dunque assumere rilievo nella disciplina del rapporto la finalità produttiva per la quale quella prestazione venga impiegata. Il contesto produttivo nel quale la prestazione è inserita assume infatti una rilevanza giuridica esterna alla prestazione lavorativa condizionando l'esercizio dei poteri datoriali in funzione della protezione di beni fondamentali della persona del lavoratore come la tutela dell'occupazione, della dignità o della professionalità del lavoratore. Essa, però, non consente di collegare la sussistenza del rapporto e i contenuti dello stesso agli obiettivi produttivi perseguiti dall'imprenditore.

Il corollario di tali ragionamenti è che, nelle ipotesi in cui è consentita l'assunzione congiunta, il lavoratore sarà inserito nelle rispettive organizzazioni delle imprese della rete, cosicché la risoluzione del rapporto di lavoro potrà avvenire solo a seguito di un licenziamento congiunto, o di separati provvedimenti di licenziamento, che, nel caso in cui siano fondati su di una motivazione oggettiva, dovranno dar conto della non impiegabilità del lavoratore in mansioni equivalenti o inferiori presso le organizzazioni di ciascuno dei datori di lavoro.

Nell'ipotesi in cui il lavoratore sia stato assunto dall'organo comune

della rete (o da una delle sue imprese), sarà quest'ultimo a dover licenziare il lavoratore, mentre qualche perplessità desta la delimitazione dell'ambito entro il quale deve essere valutata la possibilità di collocare il lavoratore in mansioni equivalenti o in mancanza inferiori. Nell'assenza di una espressa previsione normativa, la soluzione da preferire appare quella di operare il *repêchage* su tutte le imprese della rete, atteso il vantaggio, almeno indiretto, che le stesse traggono dalla destinazione della prestazione lavorativa alla realizzazione del programma di rete al quale sono tutte interessate.

La seconda questione che deve essere affrontata riguarda il contenuto dell'obbligo di obbedienza del lavoratore nel caso in cui sia destinatario di direttive tra di loro contrastanti provenienti dai diversi datori di lavoro. La disciplina non offre strumenti per rispondere a tale quesito. Poiché il lavoratore non assume la responsabilità della realizzazione del risultato produttivo dell'organizzazione nella quale è inserito, si può affermare che, essendo obbligato esclusivamente ad adempiere diligentemente e correttamente alla propria prestazione, questi sarà adempiente agli obblighi contrattuali laddove abbia eseguito una delle direttive impartite da uno dei suoi datori di lavoro, anche se in tale ipotesi abbia in concreto disatteso il contrastante comando proveniente da uno degli altri.

La natura inderogabile delle disposizioni dettate dal nostro ordinamento a tutela del lavoratore subordinato non consente in conclusione di ammettere che il contratto di lavoro possa essere funzionalizzato alla realizzazione degli obiettivi produttivi della rete e, conseguentemente, limita molto gli ambiti entro i quali il contratto di rete, nell'ipotesi del rapporto di lavoro codatoriale, ha la possibilità di dettare regole relative alla disciplina del rapporto di lavoro. Questa, con i dovuti temperamenti resi necessari dal fatto che il datore di lavoro non è unico, rimarrà la disciplina generale propria dei rapporti di lavoro subordinato attesa la natura inderogabile della stessa.

Tra le aree di intervento sembrerebbe esservi il regime delle responsabilità dei co-datori nei confronti del lavoratore condiviso. Il confronto sopra svolto fra le previsioni contenute negli artt. 30 e 31, d. lgs. 276/2003 sembrerebbe infatti indicare che le imprese coinvolte in un rapporto codatoriale possano escludere la loro responsabilità solidale per i crediti del lavoratore (Tale soluzione appare compatibile con quanto affermato da C. cost. 6 dicembre 2017 n. 254, RIDL 2018, II, 237, nt. I. Alvino, con quale la Consulta ha esteso, tramite il criterio analogico, l'ambito di applicazione della responsabilità solidale prevista dall'art. 29, c. 2, d. lgs. n. 276/2003 alla subfornitura, sulla base del presupposto che la mancanza di una norma che preveda l'applicazione del medesimo regime alla subfornitura creerebbe

una disparità di trattamento per situazioni assimilabili in quanto caratterizzate da una utilizzazione indiretta del lavoro. Nel caso del contratto di rete, il principio espresso dalla Corte Costituzionale non dovrebbe trovare applicazione in considerazione dell'esistenza di una regola espressa, che esclude la possibilità di ricorrere al criterio interpretativo dell'analogia che presuppone invece un vuoto normativo), mentre ciò non sarebbe consentito nell'ipotesi dell'assunzione congiunta.

Anche tale conclusione non sembra però condivisibile laddove si consideri l'eventualità, verosimile, che non sia possibile valutare caso per caso quale tra le imprese della rete sia quella che si avvantaggia direttamente della prestazione resa dal lavoratore. Piuttosto in ogni caso in cui la prestazione resa sia funzionale alla attuazione del programma di rete non potrà che concludersi che essa risponda all'interesse organizzativo per cui il contratto di lavoro è stato stipulato, fondando così una responsabilità diretta di ciascuna delle imprese della rete nei confronti del lavoratore che le stesse hanno scelto di condividere e della cui prestazione in ultima analisi si avvantaggiano.

Il rinvio al contratto di rete per la definizione della disciplina del rapporto di lavoro appare allora una previsione dai limitati effetti pratici, che al più potrà risultare utile per definire alcuni problemi gestionali complicati proprio dall'esistenza di una pluralità di datori di lavoro, come ad esempio quello della identificazione del contratto collettivo di categoria applicabile al rapporto di lavoro nel caso in cui le imprese retiste applichino contratti diversi.

Da quanto precede, emerge che, in conclusione, la portata fortemente innovativa delle norme poc'anzi esaminate avrebbe richiesto ben altro sforzo regolatorio da parte del legislatore. Di fronte ad uno strumento assolutamente inedito come quello di un contratto di lavoro, nel quale la qualità e i poteri del datore di lavoro sono posti in capo a più soggetti contemporaneamente, sarebbe stato opportuno fornire una disciplina più analitica. Non può ritenersi, invero, sufficiente il mero rinvio alla regolamentazione che può essere dettata dal contratto di rete, in assenza di una precisazione dei limiti che le imprese sono tenute a rispettare nella regolazione del nuovo tipo di rapporto. In assenza di regole esplicite al riguardo, si deve infatti ritenere che il contratto di rete non possa dettare regole che si pongano in contrasto con la normativa inderogabile di tutela del lavoratore subordinato.

Di recente, dando attuazione alla previsione dell'art. 3, co. 4-septies, d.l. n. 5/2009 (conv. in l. n. 33/2009), il Ministero del lavoro, con DM n.

205 del 29 ottobre 2021, ha finalmente definito le modalità operative per la comunicazione dei rapporti di lavoro in regime di codatorialità, fornendo altresì importanti indicazioni riguardanti il CCNL applicabile e l'inquadramento previdenziale e assicurativo dei lavoratori in codatorialità. Alle indicazioni fornite da tale DM hanno poi fatto seguito due note dell'INL (la n. 135 del 22 febbraio 2022 e la n. 1229 del 16 giugno 2022) e una circolare dell'INAIL (n. 31 del 3 agosto 2022), che hanno fornito ulteriori chiarimenti sulle regole da rispettare per l'attivazione di un rapporto in regime di codatorialità,

In particolare, il DM ha introdotto uno specifico modello c.d. "Unirete" destinato alle comunicazioni di inizio, trasformazione, proroga e cessazione dei rapporti di lavoro in regime di codatorialità, nonché alle comunicazioni riguardanti il distacco dei lavoratori all'interno della rete (al riguardo v. infra).

Il DM ha altresì previsto che le comunicazioni debbano essere eseguite da un soggetto individuato "nell'ambito del contratto di rete" (c.d. impresa referente).

Con riferimento al CCNL da applicare il rapporto di lavoro, il DM ha distinto a seconda che il lavoratore che viene posto in codatorialità sia o meno già dipendente da una delle imprese della rete.

Nel primo caso (lavoratore dipendente di una delle imprese, collocato in codatorialità dopo la stipulazione del contratto di rete), il DM prevede che al rapporto di lavoro continui a trovare applicazione il CCNL già applicato al rapporto, così come, anche ai fini dell'inquadramento previdenziale e assicurativo, continuerà a farsi riferimento all'impresa originaria datrice di lavoro.

Nel secondo caso (lavoratore assunto in codatorialità dalle imprese della rete), il DM demanda alle parti del contratto di rete la designazione del datore di lavoro referente, anche ai fini della individuazione del CCNL da applicare e dell'inquadramento previdenziale e assicurativo.

Con riferimento ad entrambe le ipotesi, il DM prevede però anche che, ai fini della determinazione della retribuzione imponibile, si faccia riferimento al CCNL applicato dall'impresa «presso la quale il lavoratore ha svolto nel mese prevalentemente la propria attività».

4. Il distacco del lavoratore fra le imprese della rete

Le rilevanti problematiche, poc'anzi esaminate, connesse alla stipulazione e regolamentazione di un contratto di lavoro con pluralità di datori di lavoro consentono di spiegare le ragioni della preferenza che nella pratica le imprese tendono a riporre nello strumento del distacco del lavoratore.

Con altri termini, di fronte alla difficoltà di individuare con certezza le regole del rapporto instaurato fra il singolo lavoratore e le imprese della rete, l'esperienza pratica evidenzia come le imprese preferiscano rispondere alle esigenze di mobilità del lavoratore nella rete ricorrendo allo strumento, ormai collaudato, del distacco del lavoratore.

Convenienza accresciuta peraltro dalla specifica disposizione che il legislatore ha dedicato all'ipotesi del distacco fra imprese legate dal contratto di rete ed in forza della quale, come anticipato in esordio, «l'interesse della parte distaccante sorge automaticamente in forza dell'operare della rete».

Com'è noto, unitamente alla somministrazione di lavoro, il distacco costituisce l'unico strumento, espressamente previsto dal nostro ordinamento, idoneo a rendere possibile una scissione, almeno parziale, tra titolarità formale del rapporto di lavoro ed esercizio del potere direttivo.

Avvalendosi di tale istituto, il datore di lavoro ha la facoltà di ordinare al lavoratore di rendere la propria prestazione lavorativa presso un altro imprenditore purché, al fine di limitare l'abuso di tale strumento, siano rispettate due condizioni espressamente menzionate dall'art. 30, d. lgs. n. 276/2003: sussistenza di un interesse del distaccante e temporaneità di tale interesse e, quindi, del relativo distacco (per approfondimenti sui requisiti del distacco si rinvia allo specifico contributo in materia).

Con la norma specifica in materia di distacco, il legislatore solleva, dunque, le imprese distaccante e distaccataria dall'onere di fornire la prova che la prestazione resa dal lavoratore presso quest'ultima risponda ad uno specifico interesse della prima, così semplificando l'utilizzo dell'istituto.

In particolare, con la disposizione in esame, il legislatore ha sancito una presunzione assoluta di sussistenza dell'interesse del distaccante idoneo a legittimare il distacco nel caso in cui questi e il distaccatario siano legati da un contratto di rete stipulato ai sensi del d.l. n. 5/2009.

La norma persegue così l'evidente obiettivo di incentivare l'impiego del contratto di rete consentendo alle imprese stipulanti di impiegare con minori vincoli uno strumento suscettibile di agevolare la gestione del personale nella rete.

La disposizione non elimina però, a ben vedere, il requisito dell'inte-

resse del distaccante. Essa piuttosto, tramite la presunzione assoluta, da un lato solleva il distaccante dall'onere di dimostrarne la sussistenza in concreto e, dall'altro, impedisce alla controparte di un eventuale giudizio o agli ispettori del Ministero del lavoro di fornire la prova contraria: ossia la prova che la realizzazione del programma della rete non rientri nella nozione di interesse del distaccante richiesto dall'art. 30, d. lgs. n. 276/2003 quale condizione di legittimità del distacco.

Ciò non significa, però, che il lavoratore possa essere liberamente impiegato alle dipendenze di tutte le imprese stipulanti il contratto di rete, poiché ai fini della legittimità del distacco rimane necessario che il lavoratore svolga la propria attività in mansioni funzionali alla realizzazione del programma della rete.

La disposizione, in altre parole, non rimuove il requisito dell'interesse del distaccante nel caso di distacco infra-rete, ma piuttosto stabilisce che il requisito dell'interesse del distaccante coincide con l'interesse che è alla base della stipulazione del contratto di rete. L'interesse della rete, in questa prospettiva, non può che essere individuato attraverso l'esame del programma della rete: requisito essenziale del contratto di rete. Alla luce di tale programma dovrà valutarsi se la prestazione resa dal lavoratore presso il distaccatario sia dunque funzionale alla sua realizzazione. Laddove tale coerenza non vi sia, sarà l'imprenditore convenuto in giudizio a dover dimostrare la sussistenza di uno specifico e diverso interesse al distacco (questa impostazione è stata sposata dal Tribunale di Trento, sezione lavoro, dott. Flaim, nelle sentenze nn. 31/2023 e 32/2023, entrambe del 21.2.2023).

Così ricostruito il senso delle norme esaminate, la presunzione di sussistenza dell'interesse del distaccante non solleva, dunque, le imprese convenute in un giudizio sull'irregolare uso del distacco infra-rete dall'onere di provare che la prestazione lavorativa, nella quale il lavoratore è stato impiegato presso il distaccatario, sia coerente e funzionale alla realizzazione del programma della rete.

La disposizione in esame lascia, invece, inalterati gli altri requisiti richiesti dall'art. 30, d. lgs. n. 276/2003 ai fini di un distacco legittimo (Perulli, 2014, 483). Cosicché, posto che l'interesse del distaccante coincide, per espressa previsione legislativa, con l'interesse della rete così come evincibile dal programma di rete, il datore di lavoro sarà comunque tenuto a provare il carattere temporaneo del distacco.

Inoltre sarà necessario il consenso del lavoratore nel caso in cui il distacco richieda l'adibizione del lavoratore a mansioni differenti, purché ovviamente siano almeno equivalenti, come anche confermato dal richiamo

contenuto nel comma 4-ter dell'art. 30, d. lgs. n. 276/2003, in verità pleonastico, al rispetto dei limiti posti dall'art. 2103 c.c.

5. Condizioni per la certificazione del contratto di rete

Ricostruita nei termini che precedono la disciplina del contratto di rete e degli istituti varati dal legislatore con lo scopo di favorire la condivisione delle prestazioni lavorative laddove questa sia funzionale alla realizzazione del programma di rete, ci si deve a questo punto chiedere se il contratto di rete possa essere sottoposto al procedimento di certificazione.

In caso di risposta affermativa a tale quesito, ci si dovrà interrogare su quali siano gli elementi oggetto di accertamento nel corso del procedimento di certificazione, considerate le specifiche competenze attribuite alla Commissione di certificazione dei contratti di lavoro.

Infine, ci si dovrà interrogare se possano essere sottoposti al procedimento di certificazione anche gli accordi di codatorialità o gli eventuali accordi di distacco attuati in forza delle disposizioni sopra richiamate.

Prendendo le mosse dal primo quesito posto, si può ritenere che lo stesso meriti risposta positiva, sicché il contratto di rete – al pari delle altre tipologie contrattuali di tipo commerciale nelle quali assumano rilevanza, almeno indirettamente, le prestazioni di lavoro – può essere sottoposto al procedimento di certificazione con l'obiettivo di accertare che l'accordo sottoscritto dalle parti sia riconducibile a tale tipologia.

Ed invero, dalla possibilità di qualificare l'accordo stipulato tra le parti come contratto di rete, dipende la possibilità per le imprese di avvalersi dell'istituto della codatorialità e del distacco semplificato più sopra esaminati.

Considerando il tema in questa prospettiva, si può dunque agevolmente concludere che la Commissione di certificazione investita di un'istanza avente ad oggetto un contratto di rete dovrà appurare che l'accordo concluso tra le parti presenti tutti i requisiti sostanziali e formali richiesti dalla definizione dettata dall'art. 3, comma 4-ter, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5 (convertito in l. 9 aprile 2009, n. 33).

Tra i requisiti richiesti da tale disposizione, riveste un ruolo sicuramente centrale l'individuazione del programma di rete, ossia la definizione del progetto imprenditoriale che le imprese intendono realizzare in quanto funzionale a realizzare l'obiettivo di "accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato".

L'accertamento della sussistenza di tale requisito deve essere condotto

in maniera particolarmente rigorosa, onde evitare che il contratto di rete sia utilizzato con l'esclusivo scopo di consentire la condivisione delle prestazioni lavorative, aggirando le disposizioni che limitano la possibilità di somministrare o distaccare i dipendenti.

Solo laddove il contratto di rete presenti una precisa individuazione di tale programma e lo stesso presenti i caratteri di un progetto imprenditoriale realmente volto a perseguire gli obiettivi appena ricordati, la Commissione di certificazione potrà successivamente procedere ad esaminare le clausole, eventualmente presenti nel contratto di rete, destinate a regolare l'impiego degli strumenti del distacco semplificato e della codatorialità.

Oltre al contratto di rete, possono certamente essere sottoposti ad autonomi procedimenti di certificazione gli accordi di codatorialità che due o più imprese abbiano stipulato con uno o più lavoratori. L'accordo di codatorialità può essere sottoposto al procedimento di certificazione anche laddove le imprese non abbiano richiesto la certificazione del contratto di rete. Poiché, però, come sopra detto, la stipulazione degli accordi di codatorialità presuppone che tale possibilità sia espressamente prevista nel contratto di rete, appare consigliabile richiedere la certificazione anche del contratto commerciale, che la Commissione non potrebbe comunque non acquisire e valutare nel momento in cui le venga richiesto di valutare la correttezza dell'accordo di codatorialità.

In sede di analisi dell'accordo di codatorialità, la Commissione di certificazione sarà chiamata a valutare che le clausole che lo compongono siano compatibili con la (scarna) disciplina legale e con le indicazioni fornite dal Ministero del lavoro, dall'Inail e dall'INL nei decreti, circolari e note più sopra brevemente illustrate.

Stesso discorso vale per gli accordi di distacco, sicuramente sottoponibili al procedimento di certificazione, rispetto ai quali l'indagine sulla predisposizione di un programma di rete avente i requisiti richiesti dalla definizione legale costituisce la condizione per poter dichiarare che nel caso specifico possa validamente operare la presunzione assoluta di sussistenza dell'interesse del distaccante. Come sopra illustrato, invero, tale presunzione non comporta un'eliminazione del requisito, quanto piuttosto la necessità che lo svolgimento della prestazione presso il distaccatario sia funzionale alla realizzazione del programma di rete (a cui sono interessate tutte le imprese della rete e dunque anche il distaccatario).

Laddove il programma di rete sia mancante o l'impiego in distacco del lavoratore non appaia funzionale alla sua piena realizzazione, il giudizio non potrà che portare al diniego della certificazione.

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2014), *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Milano, Giuffrè.
- Alvino I., C. La Rotonda (2022), *Contratto di rete e codatorialità: il lavoro come fattore di aggregazione e crescita delle medie, piccole e microimprese*, in *Sinapsi*, XII, n. 3/2022, pp. 50-65.
- Cafaggi F., Iamiceli P., Mosco G.D. (a cura di) (2012), *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, Giuffrè.
- Ciucciovino S. (2014), *Il rapporto di lavoro nel mercato: la frattura del rapporto binario lavoratore/datore di lavoro*, in L. Corazza, R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, Il Mulino, pp. 159-180.
- Greco M.G. (2017), *Il rapporto di lavoro nell'impresa multidatoriale*, Torino, Giappichelli.
- Perulli A. (2014), *Contratto di rete, distacco, codatorialità, assunzioni in agricoltura*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, Giappichelli, 463 ss.
- Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Contratto di rete e diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 2014, 163.

Sezione VII

L'AUTONOMIA INDIVIDUALE ASSISTITA E IL RUOLO DELLE COMMISSIONI DI CERTIFICAZIONE

Capitolo 23

Le clausole elastiche nel part-time

Matteo Verzaro

SOMMARIO

1. L'autonomia individuale assistita – 2. Il contenuto delle clausole elastiche –
3. Garanzie legali e garanzie negoziali

1. L'autonomia individuale assistita

Gli organi di certificazione *ex art. 76*, comma 1, d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, e tra questi la Commissione di certificazione della Università degli Studi Roma Tre¹, svolgono l'attività di assistenza alle parti non solo in relazione alla stipula del contratto di lavoro e del relativo programma negoziale ovvero alla modifica dello stesso in sede di attuazione del rapporto (art. 81, comma 1, d. lgs. n. 276/2003), bensì anche in relazione alla stipula di clausole elastiche nel contratto di lavoro a tempo parziale.

L'art. 6, comma 6, d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, infatti, dispone che nel caso in cui il contratto collettivo applicato al rapporto non disciplini le clausole elastiche, queste possono essere pattuite per iscritto dalle parti davanti alle commissioni di certificazione.

L'attività della Commissione, dunque, non è quella della certificazione dell'accordo poiché lo stesso deve concludersi, appunto, d'innanzi alla Commissione stessa. Di guisa che il ruolo che questa viene a svolgere è quello dell'assistenza all'autonomia negoziale delle parti (Ciucciovino, 2014, 5-6, e Id., 2016), che, come noto, sono in una posizione di squilibrio. Il lavoratore ha, così, facoltà di farsi assistere, d'innanzi alla Commissione, da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro.

L'assistenza del lavoratore è facoltativa poiché è la Commissione a verificare, in sede di negoziazione della clausola elastica, la genuina volontà dei contraenti.

L'autonomia negoziale degli stessi può esplicarsi solamente laddove

¹ Nel prosieguo "Commissione".

manchi una disciplina contrattual-collettiva, cosicché il legislatore ha inteso consentire la “supplenza” dell’autonomia individuale che deve esplicitarsi, però, di fronte ad un soggetto terzo quale la Commissione.

2. Il contenuto delle clausole elastiche

Le clausole elastiche pattuite d’innanzi alla Commissione devono avere un contenuto conforme al disposto dell’art. 6, comma 6, d. lgs. n. 81/2015, pena la nullità delle stesse.

La Commissione, nella sua veste di assistenza, accerta, quindi, che le parti indichino le condizioni e le modalità con le quali il datore di lavoro può modificare la collocazione temporale della prestazione lavorativa e la variazione in aumento della durata. In quest’ultimo caso, deve prevedersi anche la misura massima dell’aumento che non può eccedere il limite del 25% della normale prestazione annua a tempo parziale.

L’art. 6, comma 6, d. lgs. n. 81/2015 dispone, poi, un termine di preavviso per la modifica della collocazione ovvero della variazione in aumento della prestazione di due giorni lavorativi. Se tale termine appare derogabile, anche *in peius*, nell’ipotesi di disciplina delle clausole elastiche da parte dei contratti collettivi di cui all’art. 51, d. lgs. n. 81/2015 (art. 6, comma 5, d. lgs. n. 81/2015), qui il legislatore non ha previsto una diversa intesa tra le parti, che dunque non possono sicuramente disporre un arco temporale più breve. Può ritenersi, però, che le stesse possano ampliare tale termine in fase di negoziazione d’innanzi alla Commissione, vista la regola generale del *favor prestatoris*.

In presenza di modifica della collocazione temporale della prestazione ovvero di variazioni in aumento dell’orario di lavoro, secondo quanto pattuito dalle parti nelle clausole elastiche, è riconosciuto al lavoratore il diritto ad una maggiorazione del 15% della retribuzione oraria globale di fatto, comprensiva dell’incidenza della retribuzione sugli istituti retributivi indiretti e differiti. Tale incremento discende direttamente dalla legge e, dunque, può anche non essere contenuto all’interno delle clausole elastiche stipulate d’innanzi alla Commissione. Anche in questo caso, è, però, consentito alle parti prevedere un aumento della quota di maggiorazione prevista dalla legge².

² Maggiorazione che dovrebbe compensare anche la manifestata disponibilità del lavoratore secondo Bellomo S., *La riscrittura della disciplina in materia di contratto di lavoro a tempo*

3. Garanzie legali e garanzie negoziali

Il legislatore ha, così, inteso aprire un nuovo ambito di contrattazione per l'autonomia individuale, tenendo, però, presente la situazione di squilibrio che si genera nel contratto di lavoro e compensandola, da un lato, con dei contenuti minimi inderogabili e, dall'altro, con l'assistenza negoziale della Commissione.

Occorre rilevare che in assenza di disciplina da parte del contratto collettivo applicato al rapporto, l'unica via per l'introduzione di clausole elastiche nel contratto di lavoro è quella descritta, non potendo operare l'autonomia negoziale al di fuori della sede protetta, quale la Commissione. Si è visto, infatti, che la norma sancisce la nullità delle clausole se stipulate in mancanza del contenuto prescritto e, tanto più, è da ritenere norma imperativa (Voza, 2015, 1121), e così rilevante ai fini dell'art. 1418 c.c., la pattuizione d'innanzi alla Commissione.

L'assistenza facoltativa del lavoratore nella negoziazione non deve, a mio avviso, far dubitare³ della consapevole volontà dello stesso alla stipulazione poiché l'accertamento di tale consapevolezza è precipuo compito della Commissione.

parziale: semplificazione, unificazione e ricalibratura dell'equilibrio tra autonomia collettiva ed individuale, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Padova, Cedam, 2016, 511.

³ Critico, invece, Santucci R., *Il contratto di lavoro part-time tra Jobs Act (decreto legislativo n. 81/2015) e diritto giurisprudenziale*, in *DRI*, 2018, 32.

Riferimenti bibliografici

- Bellomo S. (2016), *La riscrittura della disciplina in materia di contratto di lavoro a tempo parziale: semplificazione, unificazione e ricalibratura dell'equilibrio tra autonomia collettiva ed individuale*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Padova, Cedam, 503 ss.
- Ciucciovino S. (2014), *La certificazione dei contratti di lavoro come mezzo di produzione di certezze nel mercato del lavoro*, in Ciucciovino S. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, Torino, Giappichelli, 3 ss.
- Ciucciovino S. (2016), *Certificazione dei contratti di lavoro*, in *Treccani online*.
- Santucci R. (2018), *Il contratto di lavoro part-time tra Jobs Act (decreto legislativo n. 81/2015) e diritto giurisprudenziale*, in *DRI*, 1 ss.
- Voza R. (2015), *Il "riordino" del contratto di lavoro a tempo parziale*, in *LG*, 1115 ss.

Capitolo 24

Gli accordi di demansionamento

Lucio Imberti

SOMMARIO

1. La legittimità degli accordi di demansionamento in sede protetta ai sensi del “nuovo” art. 2103 c.c., comma 6: un’ipotesi di volontà negoziale assistita – 2. Gli antifatti normativi e giurisprudenziali – 3. La preferenza dei datori di lavoro per gli accordi *ex* comma 6 rispetto alle ipotesi di demansionamento unilaterale previste dai commi 2 e 4: tenuta giuridica e costo del lavoro – 4. Le causali che legittimano il demansionamento su accordo delle parti – 5. Gli effetti del demansionamento su categoriale legale, inquadramento e relativa retribuzione – 6. Nel più sta il meno: anche il solo demansionamento (senza mutamento di categoria legale, inquadramento e retribuzione) giustifica un accordo *ex* comma 6 ... – 7. ... ma non la sola riduzione della retribuzione (senza demansionamento) – 8. I verbali “misti”: conciliazione e accordo di demansionamento

1. La legittimità degli accordi di demansionamento in sede protetta ai sensi del “nuovo” art. 2103 c.c., comma 6: un’ipotesi di volontà negoziale assistita

L’art. 2103, comma 6, c.c. – come riformulato dall’art. 3, comma 1, d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81 – dispone che «nelle sedi di cui all’art. 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell’interesse del lavoratore alla conservazione dell’occupazione, all’acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita. Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell’associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro».

Si tratta di un’ipotesi di volontà negoziale individuale assistita (Pisani, 2020, 87) ovvero di derogabilità assistita (Lamberti, 2020, 178) in sede pro-

tetta che abilita l'autonomia privata individuale a prevedere modifiche peggiorative rispetto a quanto previsto dall'art. 2103 c.c. al primo comma.

Al riguardo è stato opportunamente osservato che la previsione della sede protetta importa, ora, nullità, ai sensi dell'ultimo comma anche dell'attuale art. 2103, di modifiche *in peius* concordate *aliunde*, e quindi in sede non protetta (de Angelis, 2015, 9; Tampieri, 2016, 111).

2. Gli antefatti normativi e giurisprudenziali

Come noto, l'art. 2103, c.c. nella formulazione di cui all'art. 13, l. n. 300/1970 vietava in senso assoluto il demansionamento e sanciva la nullità di ogni patto contrario.

Ne derivava appunto che gli eventuali accordi individuali di demansionamento potevano essere dichiarati nulli (v. Maresca, 2009, 110, che ricorda come la stipulazione dei patti di demansionamento si riteneva, un tempo, assolutamente preclusa – anche all'autonomia collettiva e non solo a quella individuale – dalla disposizione contenuta nel c. 2 dell'art. 2103 c.c. per la quale «ogni patto contrario è nullo»), per quanto – come rilevato in altra parte di questo volume (v. Alvino, Cap. 15) – il divieto di demansionamento fosse stato derogato da alcune norme speciali, in funzione di tutela del posto di lavoro e/o della salute dei lavoratori (cfr.: art. 4, comma 11, l. 223/1991, in materia di licenziamenti collettivi; artt. 1, co. 7 e 4, co. 4, l. 68/1999 e 42 d. lgs. 81/2008, in materia di sopravvenuta disabilità o inabilità dovuta ad infortunio o malattia; art. 10, co. 3, l. 68/1999, in materia di aggravamento della condizione di disabilità; art. 7, d. lgs. 151/2001, a tutela delle lavoratrici in stato di gravidanza adibite a mansioni pregiudizievoli per la salute della donna; art. 229, co. 5, d. lgs. 81/2008, a tutela del lavoratore che svolga mansioni che richiedano esposizione ad un agente fisico, chimico o biologico). Tali disposizioni, peraltro, non sono state abrogate dalla riforma del 2015 e, quindi, devono essere considerate ancora oggi regole speciali rispetto alla disposizione codicistica (Brollo, 2015, 65; Sordi, 2016, 6-8).

Si era poi orientata, pur con alcune precisazioni, nella stessa direzione della derogabilità dell'art. 2103 c.c. anche la giurisprudenza in via interpretativa, laddove il demansionamento costituisse strumento utile ad evitare il licenziamento (v., in funzione ricognitiva degli orientamenti maturati, Cass., 26 febbraio 2019, n. 5621, secondo cui «da questa Corte di legittimità è stata riconosciuta la validità del cd. “patto di demansionamento”, sempre

che vi sia il consenso del lavoratore non affetto da vizi della volontà e sussistano le condizioni che avrebbero legittimato il licenziamento in mancanza di accordo (cfr. Cass. 10 settembre 2013, n. 20716; Cass. 22 agosto 2006, n. 18269; Cass. 7 febbraio 2005, n. 2375; Cass. 9 marzo 2004, n. 4790; Cass. 4 giugno 1992, n. 6822); prevale, infatti, l'interesse del lavoratore a mantenere il posto di lavoro su quello tutelato dall'art. 2103 c.c. e ciò non solo ove il demansionamento sia promosso dalla richiesta del lavoratore – il quale deve manifestare il suo consenso non affetto da vizi della volontà – ma anche allorché l'iniziativa sia stata presa dal datore di lavoro, sempreché vi sia il consenso del lavoratore e sussistano le condizioni che avrebbero legittimato il licenziamento in mancanza dell'accordo. (...); si è, in sostanza, tenuta distinta, nel vigenza del testo dell'art. 2103, precedente all'intervento legislativo di cui al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, l'ipotesi di un patto che disciplini l'esercizio del *ius variandi* rispetto a quella di un patto che regoli la modificazione delle mansioni: mentre nel primo caso il patto se contrario è nullo, perché lo spostamento peggiorativo finisce col soddisfare un interesse dell'imprenditore che così ottiene per altra via quello che la norma gli vieta attraverso l'esercizio del *ius variandi* (cioè si utilizza il patto in luogo del provvedimento unilaterale), nel secondo caso invece non si realizza tale situazione di contrarietà, dato che la pattuizione interviene per soddisfare un interesse del lavoratore (in termini, Cass. 20 maggio 1993, n. 5695; Cass. 8 agosto 2011, n. 17095); la derogabilità è lecita quando risulti che il consenso al demansionamento sia il frutto di una libera determinazione del lavoratore per soddisfare un suo interesse; tale consenso può anche essere espresso in modo tacito attraverso fatti univoci che attestino la volontà di aderire alla modificazione *in peius* delle mansioni»; Cass., 11 novembre 2019, n. 29100: «L'art. 2103 c.c. si deve, ..., interpretare alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, in coerenza con la *ratio* di numerosi interventi normativi, quali il d. lgs. n. 151 del 2001, art. 7, comma 5, la l. n. 68 del 1999, art. 1, comma 7, il d. lgs. n. 223 del 1991, art. 4, comma 11 anche come da ultimo riformulato dal d. lgs. n. 81 del 2015, art. 3, comma 2: senza necessità, ove il demansionamento rappresenti l'unica alternativa al recesso datoriale, di un patto di demansionamento o di una richiesta del lavoratore in tal senso anteriore o contemporanea al licenziamento (come invece per Cass. 18 marzo 2009, n. 6552), essendo onere del datore di lavoro, in attuazione del principio di correttezza e buona fede, prospettare al dipendente la possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori compatibili con il suo bagaglio pro-

fessionale (Cass. 19 novembre 2015, n. 23698)» (per un'approfondita e puntuale disamina delle evoluzioni interpretative dottrinali e giurisprudenziali, v. Gramano, 2022, 129-140).

Peraltro, già prima della riforma del 2015, autorevole dottrina rilevava in modo convincente e pienamente condivisibile che «non appare, ..., possibile che sia l'interprete a stabilire quali interessi del lavoratore siano meritevoli di tutela per far discendere da tale meritevolezza la validità del patto; Altrimenti l'interprete diventerebbe impropriamente arbitro del bilanciamento tra interessi diversi alla professionalità, all'occupazione, alla salute, alla vita personale, agli affetti familiari ecc. In altre parole il patto non potrà essere considerato valido solo se stipulato per evitare un licenziamento e non anche se finalizzato a soddisfare un interesse personale del lavoratore, ad esempio, a svolgere mansioni meno impegnative sul piano delle responsabilità o dell'impegno lavorativo (perché richiedono, in ipotesi, frequenti trasferte all'estero o ritmi intensi di lavoro) o, ancor più semplicemente, per la disponibilità a svolgere mansioni professionalmente meno qualificanti, ma in una sede di lavoro che consenta al dipendente di stare vicino alla sua famiglia e goderne gli affetti. In definitiva sembra possibile affermare che la verifica della sussistenza di un interesse del lavoratore alla stipulazione del patto può assumere rilievo nella segnalata necessità di accertare rigorosamente la genuinità della volontà del lavoratore e l'interesse effettivo e non simulato o creato artificialmente del lavoratore è un sicuro indicatore di essa, senza che rilevi il tipo o la qualità di tale interesse» (così Maresca, 2009, 112-113).

3. La preferenza dei datori di lavoro per gli accordi ex comma 6 rispetto alle ipotesi di demansionamento unilaterale previste dai commi 2 e 4: tenuta giuridica e costo del lavoro

L'ipotesi di demansionamento di cui al comma 6 dell'art. 2103 c.c. avviene in sede protetta e consente – come meglio si rileverà nel § 5 e a differenza dei demansionamenti unilaterali *ex* commi 2 e 4 – un mutamento della categoria legale, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione.

Questi due aspetti hanno orientato – a quanto consta allo scrivente – i datori di lavoro (*rectius*: i loro consulenti) verso una marcata preferenza per la sottoscrizione di accordi *ex* art. 6, anche nei casi in cui il medesimo risultato avrebbe potuto essere raggiunto avvalendosi delle previsioni di

cui ai commi 2 e 4 del medesimo art. 2103 (cfr. Garilli, 2016, 140, secondo cui il costo per l'impresa e le incognite del giudizio, in cui potrà giocare un ruolo predominante la precomprensione del giudice, indurranno il datore di lavoro a fare ricorso, piuttosto che allo *ius variandi* unilaterale, alle modificazioni consensuali peggiorative consentite dal comma 6; in senso contrario, erano le previsioni formulate da Corti, 2016, 50, secondo cui «non si comprende bene per quale ragione il datore dovrebbe prendersi il disturbo di ottenere il consenso del prestatore quando potrà semplicemente fare uso del proprio *jus variandi*»; sull'interpretazione delle diverse norme dell'art. 2103 c.c. che prevedono l'adibizione a mansioni inferiori – vale a dire i commi 2, 4 e 6 – e sui rapporti tra le stesse, v. Liso, 2015, 10-12).

In termini di concreta gestione dei rapporti di lavoro, sul fronte datoriale l'accordo sottoscritto in sede protetta viene ritenuto – non a torto – più “stabile” nel tempo e “sicuro” negli effetti rispetto ad un demansionamento effettuato unilateralmente in seguito a modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore (comma 2) ovvero nelle altre ipotesi previste nei contratti collettivi (comma 4).

La presenza di un soggetto terzo, che accerta la libera e consapevole volontà delle parti in ordine alla modifica della disciplina contrattuale, conferisce una maggiore “tenuta giuridica” quantomeno con riferimento al momento della novazione del contratto, fermo restando ovviamente che lo svolgimento del rapporto nel prosieguo deve poi corrispondere a quanto stabilito nell'accordo medesimo.

La modifica nell'assegnazione di mansioni ai sensi dei commi 2 e 4 si presta, invece, a possibili impugnazioni e contestazioni, anche a distanza di anni, ove la decisione unilaterale del datore di lavoro si presenti viziata per assenza dei presupposti ovvero, per esempio, per altri profili inerenti alla legittimità del nuovo inquadramento, alla formazione impartita (o non impartita) al lavoratore o ancora all'eventuale danno alla professionalità dello stesso. Ciò anche in ragione del dibattito dottrinale in merito alla necessità di porre – già in termini generali nell'applicazione delle previsioni del “nuovo” art. 2103 c.c. – limiti al potere datoriale di modificazione unilaterale delle mansioni (cfr. Gragnoli, 2016, 16-20; Ferluga, 2016, 86-89).

Inoltre, le ipotesi di assegnazione di nuove mansioni inferiori ai sensi dei commi 2 e 4 non determinano alcun sostanziale risparmio nel costo del lavoro per il datore di lavoro, dal momento che «il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa» (art.

2103, comma 5, c.c.). Tale previsione configura evidentemente una eccezione alla regola della corrispettività a garanzia del lavoratore e, quindi, determina un onere economico per il datore di lavoro (Romei, 2018, 266 e 270).

Ne risulta, in definitiva, che i demansionamenti *ex* commi 2 e 4 possono incidere solo sui profili organizzativi ma non sul conto economico, risultando quindi in molti casi poco utili, soprattutto allorquando il mutamento organizzativo risponda anche ad esigenze di razionalizzazione dei costi (v., in termini critici, Gargiulo, 2015, 15: «In buona sostanza il 6° comma è in grado di sterilizzare agevolmente il capoverso precedente, che assicura al lavoratore la conservazione del livello d'inquadramento e del trattamento retributivo»).

Si spiega, così, facilmente il motivo per cui – soprattutto nel caso in cui si tratti di ridefinire “al ribasso” le mansioni di figure dirigenziali o comunque con r.a.l. particolarmente significative – la via maestra seguita dagli operatori pratici del diritto sia quella degli accordi *ex* comma 6 anche nel caso in cui non vi sia mutamento della categoria legale e del livello di inquadramento (v., al riguardo, anche il § 6).

4. Le causali che legittimano il demansionamento su accordo delle parti

I presupposti causali che legittimano il demansionamento su accordo delle parti sono l'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, l'acquisizione di una diversa professionalità o il miglioramento delle condizioni di vita (Gramano, 2022, 148, parla a tale riguardo di limiti sostanziali, o di scopo, dell'accordo di demansionamento; Garofalo, 2022, 124 afferma che la norma sembra legificare i patti di demansionamento nell'interesse del lavoratore in tre tipizzazioni causali, accomunate dal fatto di rispondere ad un preciso interesse del lavoratore).

Almeno una di queste causali deve essere esplicitata nell'ambito dell'accordo, facendo riferimento alle circostanze tipiche e proprie del caso concreto nel modo più specifico possibile (e, quindi, non limitandosi a riportare semplicemente la causale come indicata nella norma): si pensi, a puro titolo esemplificativo, alla paventata soppressione di un posto di lavoro che viene evitata attraverso l'adibizione del lavoratore ad una specifica mansione diversa e di minor contenuto professionale rispetto a quella svolta in precedenza; alla richiesta del lavoratore o della lavoratrice di essere im-

piegati in una diversa mansione, di contenuto professionale inferiore, ma più confacente alle aspirazioni del dipendente o con prospettive di carriera ritenute migliori nel medio-lungo periodo (cfr. Cester, 2016, 182); o, ancora, alla necessità del lavoratore o della lavoratrice di dedicarsi alla cura di familiari e congiunti o semplicemente di avere maggiore tempo a disposizione e minori responsabilità per realizzare proprie aspirazioni extra-lavorative quali una carriera in ambito sportivo o musicale.

In tal senso, è stato osservato che il legislatore mostra consapevolezza della circostanza che tali interessi della persona che lavora possono, nelle dinamiche di vita, risultare prioritari rispetto all'interesse dello stesso soggetto alla tutela della professionalità e della posizione lavorativa (Brollo, 2015, 77).

Tuttavia, in termini pratici e nell'esperienza della Commissione, si rileva che – in ciascuna delle tre ipotesi indicate dalla norma – è spesso necessario vincere la ritrosia di entrambe le parti (nella maggior parte dei casi, diversamente da quanto avviene in sede conciliativa, non assistite da legali o altri consulenti) nel dichiarare a verbale il motivo per il quale si giunge all'accordo di demansionamento, quasi come se la Commissione di certificazione operasse un'indebita intromissione nel rapporto di lavoro e l'esplicitazione del motivo del demansionamento costituisse potenzialmente un elemento in grado di minare il sereno svolgimento di una collaborazione tra datore di lavoro e lavoratore destinata a proseguire o violare la *privacy* del lavoratore o della lavoratrice, laddove invece «la tipizzazione degli interessi, in una ottica preventiva, dovrebbe rafforzare i compiti di vigilanza del soggetto innanzi al quale tali accordi sono conclusi» (Amendola, 2016, 24).

Al riguardo, si deve quindi chiarire che proprio la formalizzazione e la esplicita indicazione ad opera delle parti della causale del demansionamento rappresentano elementi ineludibili del ruolo che la Commissione è chiamata a svolgere nell'ambito della definizione degli accordi *ex* comma 6 (Lamberti, 2020, 180), fermo restando che il vaglio effettuato nelle “sedi protette” delle finalità perseguite con l'accordo è limitato al profilo della compatibilità in astratto del contenuto di questo con il fine dichiarato, dal momento che i soggetti terzi in parola non dispongono di alcuna prerogativa che possa consentire una verifica circa l'effettiva sussistenza delle condizioni fattuali che giustificano l'accordo (così Gramano, 2022, 150; cfr. anche Gargiulo, 2015, 14, che – pur nell'ambito di una valutazione critica della norma – rileva come non si tratti di uno strumento d'integrazione del consenso del soggetto interessato, ma di un percorso di “irrobustimento” di quella volontà, della cui sussistenza andrà verificata la completezza sul

piano, si direbbe, “informativo” piuttosto che l’autenticità su quello di formazione del consenso stesso, che è profilo eccedente il ruolo dei soggetti chiamati ad affiancare il lavoratore e a registrarne l’atto volitivo).

In tal senso è stato osservato in modo condivisibile che, da un punto di vista eminentemente pratico, una volta che il lavoratore avrà sottoscritto il patto, indicando la ricorrenza di uno degli interessi specificati dalla norma, il tutto con l’avallo della sede protetta, sarà per lo stesso assai complicato impugnare l’accordo con qualche probabilità di successo eccependo che detto interesse non sussisteva (Amendola, 2016, 24 e poi Amendola, 2022, 1665; ancora più drastica Avondola, 2016, 384, secondo cui le sedi protette, essendo tenute a vigilare sull’integrità del consenso prestato dal lavoratore, possono verificare solo la effettiva sussistenza di uno dei vincoli finalistici (alternativamente disposti per legge), verifica a cui consegue che il patto di demansionamento non potrà però essere successivamente impugnato dal lavoratore per inesistenza del presupposto finalistico).

Operando, infine, una valutazione derivante dalla prassi degli accordi di demansionamento sottoscritti avanti alla Commissione dell’Università di Roma 3, si deve rilevare come non sia ipotesi eccezionale la compresenza di più presupposti causali tra quelli previsti dal comma 6 (soprattutto quando una richiesta del lavoratore o della lavoratrice inerente al miglioramento delle condizioni di vita comporta necessariamente, ai fini della conservazione del posto di lavoro, l’adibizione a mansioni di minori responsabilità e contenuto professionale).

5. Gli effetti del demansionamento su categoria legale, inquadramento e relativa retribuzione

Come già rilevato *supra* nel § 3, le modifiche del contratto consentite dalle ipotesi di demansionamento *ex* comma 6 possono essere particolarmente rilevanti, riguardando la categoria legale, il livello di inquadramento e la relativa retribuzione (Cester, 2016, 180, osserva che nessun dubbio può essere sollevato sulla non assoggettabilità delle modifiche in questione ai limiti “quantitativi” posti per le modifiche unilaterali).

Peraltro, il demansionamento ed il conseguente (eventuale, cfr. § 6) mutamento della categoria legale, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione possono avere decorrenza solo dalla data dell’incontro in “sede protetta” o in data successiva. È, infatti, proprio la formalizzazione e sottoscrizione dell’accordo avanti al soggetto terzo che consente la deroga

pattizia al divieto di demansionamento.

In altri termini l'efficacia dell'accordo *ex* 2103, comma 6, c.c. non potrà retroagire a data antecedente l'incontro avanti al soggetto legittimato dalla legge ad accertare il consenso libero e consapevole del lavoratore alla modifica delle mansioni, della categoria legale, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione.

Nulla dicendo la norma in merito alla definitività (relativa) del demansionamento concordato (Lamberti, 2020, 179), l'accordo può, peraltro, avere una valenza temporale circoscritta (in questo senso Voza, 2015, 12, secondo cui non possono ritenersi vietati accordi che limitino nel tempo l'efficacia dello spostamento; in senso contrario, Tampieri, 2016, 110-111), ferma restando la sussistenza dei presupposti causali sopra citati. Va da sé poi che il datore di lavoro potrà esercitare – anche dopo l'accordo *ex* comma 6 – tutte le ordinarie prerogative previste dall'art. 2103 c.c. in tema di *ius variandi*.

Va ancora precisato che – ferme restando le modifiche pattuite ai sensi dell'accordo *ex* art. 2103, comma 6, c.c. – il rapporto di lavoro si deve intendere per il resto continuo e non interrotto e il lavoratore conserva a tutti gli effetti l'anzianità maturata e gli altri trattamenti contrattuali già in essere prima dell'accordo medesimo.

6. Nel più sta il meno: anche il solo demansionamento (senza mutamento di categoria legale, inquadramento e retribuzione) giustifica un accordo *ex* comma 6 ...

Fermo restando quanto appena osservato nel § 5, si deve ritenere che – ferma la sussistenza di uno dei presupposti causali sopra citati – per poter stipulare un accordo *ex* comma 6 l'unico elemento assolutamente necessario sia il demansionamento, essendo invece una facoltà lasciata alle parti quelli di modificare categoria legale, livello di inquadramento e relativa retribuzione (cfr. Gargiulo, 2015, 15: «Quanto all'oggetto dell'accordo, esso può ricomprendere il (solo) mutamento di mansioni»).

Detto in altri termini, è ben possibile (e costituisce certamente condizione di miglior favore per il lavoratore) che – nell'ambito di un demansionamento che incide per esempio sul livello di responsabilità del dipendente o sulla quantità di risorse umane od economiche che esso è chiamato a coordinare o gestire – le parti possano convenzionalmente decidere di mantenere invariati categoria legale, livello di inquadramento e perfino

retribuzione, pur in presenza di una prestazione indubbiamente di contenuto professionale inferiore.

7. ... ma non la sola riduzione della retribuzione (senza demansionamento)

Quanto appena osservato nel § 6, non vale invece nell'ipotesi in cui le parti – in assenza di demansionamento – intendano “semplicemente” prevedere una riduzione della retribuzione (beninteso rispettando quantomeno i minimi previsti dal c.c.n.l. applicato).

Come già osservato in altra parte di questo volume (v. Alvino, Cap. 15), un simile accordo non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2113 c.c. e, per essere valido, non deve essere sottoscritto nelle forme previste dal quarto comma di tale disposizione, né è riconducibile alla categoria degli accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, previsti dall'art. 2103, comma 6 (Alvino, 2020, 833-839).

Non si tratta, quindi, di accordi che necessitano di una sede protetta ove non via sia mutamento di mansioni in senso peggiorativo, per quanto una giurisprudenza non condivisibile in tema di c.d. “irriducibilità della retribuzione” (Alvino, 2020, 831-833) induca negli operatori pratici del diritto non immotivate preoccupazioni di future impugnazioni giudiziali e conseguente messa in discussione di accordi di contenuto puramente economico non di rado rilevante e riguardanti una pluralità di lavoratori.

In queste ipotesi, può però risultare certamente utile fare ricorso alla procedura di certificazione del contratto con riferimento particolare alla modifica delle condizioni retributive (v. ancora Alvino, Cap. 15).

Diversa è naturalmente la questione se, nell'ambito di una conciliazione inerente a passate vicende del rapporto di lavoro che le parti intendono dirimere, viene pattuita dalle parti medesime – contestualmente alla soluzione della *res litigiosa* – una novazione delle condizioni retributive, che diviene elemento per così dire “accidentale” del verbale di conciliazione, potendo tutt'al più costituire una delle condizioni che consentono il superamento della controversia.

In tali casi è evidente che nulla osta all'inclusione delle nuove condizioni retributive tra le clausole della conciliazione.

8. I verbali “misti”: conciliazione e accordo di demansionamento

Nulla impedisce, infine, che nel medesimo verbale possano essere inclusi tanto un accordo di demansionamento, quanto una conciliazione inerente allo svolgimento del rapporto di lavoro sino alla data di sottoscrizione del verbale (Pisani, 2020, 87).

Ovviamente, dovranno sussistere contemporaneamente e separatamente i diversi presupposti che legittimano la sottoscrizione delle due diverse tipologie di accordo (Lamberti, 2020, 183-184).

In proposito, è però conclusivamente necessario precisare che laddove nell'accordo di demansionamento – combinato o meno ad un accordo conciliativo “sul passato” – fosse inserita una dichiarazione di rinuncia da parte del lavoratore ad impugnare l'accordo di demansionamento, tale ultima dichiarazione sarebbe assolutamente inutile in quanto totalmente priva di effetti, poiché attraverso il patto il lavoratore sta concordando con il datore di lavoro una diversa disciplina del proprio rapporto e non sta disponendo di un diritto che lo stesso abbia già maturato in applicazione di una norma inderogabile (Alvino, 2020, 839).

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2020), *Accordi di riduzione della retribuzione: natura giuridica e limiti dell'autonomia individuale*, in DRI, 827.
- Amendola F. (2016), *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. n. 81 del 2015*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 291/2016.
- Amendola F. (2022), *Prestazione del lavoro*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca (a cura di), *Il lavoro privato*, Giuffrè, Milano, 1637.
- Avondola A. (2016), *La riforma dell’art. 2103 c.c. dopo il Jobs Act*, in RIDL, I, 370.
- Brollo M. (2015), *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in F. Carinci (a cura di), *Commento al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt University Press, Modena, 29.
- Cester C. (2016), *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, in GDLRI, 149, 1, 167.
- Corti M. (2016), *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il “Jobs Act” (ovvero cosa resta dell’art. 13 dello Statuto dei lavoratori)*, in VTDL, 39.
- de Angelis L. (2015), *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la legge delega*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 263/2015.
- Ferluga L. (2016), *La dequalificazione unilaterale nella nuova disciplina delle mansioni*, in VTDL, 59.
- Gargiulo U. (2015), *Lo jus variandi nel “nuovo” art. 2103 cod. civ.*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 268/2015.
- Garofalo D. (2022), *Lo ius variandi tra categorie e livelli*, in MGL, n. 1, 107.
- A. Garilli (2016), *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in GDLRI, 149, 1, 129.
- Gragnoles E. (2016), *L’oggetto del contratto di lavoro privato e l’equivalenza delle mansioni*, in VTDL, 4.
- Gramano E. (2022), *Jus variandi: fondamento, disciplina e tutela collettiva della professionalità*, Franco Angeli, Milano.
- Lamberti F. (2020), *I limiti dell’autonomia individuale del lavoratore*, Jovene, Napoli, 2020.
- Liso F. (2015), *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 257/2015.
- Maresca A. (2009), *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (rileggendo «L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro»)*, in GDLRI, 121, 1, 97.

- Pisani C. (2020), *La conciliazione in sede di certificazione*, in Atti del Convegno AIDLASS per ricordare Gino Giugni a dieci anni dalla sua scomparsa, *La composizione extragiudiziale delle controversie individuali e collettive di lavoro*, La Tribuna, Piacenza, 81.
- Romei R. (2018), *La modifica unilaterale delle mansioni*, in RIDL, I, 233.
- Sordi P. (2016), *Il nuovo articolo 2103 c.c.: questioni di diritto transitorio e profili sistematici*, in *giustiziacivile.com*, n. 12/2016, approfondimento del 15 dicembre 2016.
- Tampieri A. (2016), *L'accordo individuale di dequalificazione*, in VTDL, 107.
- Voza R. (2015), *Autonomia privata e nuova disciplina del mutamento di mansioni*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 262/2015.

Capitolo 25

Le dimissioni e la risoluzione consensuale

Lorenzo Giasanti

SOMMARIO

1. Definizione ed evoluzione della disciplina – 2. Vincoli di forma – 3. Obbligo di preavviso e indennità di mancato preavviso – 4. Dimissioni per giusta causa – 5. Risoluzione consensuale e incentivo all'esodo

1. Definizione ed evoluzione della disciplina

Con l'utilizzo del termine "dimissioni" (su cui v. Rausei 2020, 3058; Proia 2017, 2; Fenoglio 2016, 253; Alvino 2015; Del Conte 2012; Mainardi 2007; Pera 1989, 336; Altavilla 1987) si intende usualmente definire l'atto unilaterale recettizio con cui il lavoratore esercita il proprio potere di recesso idoneo a risolvere il rapporto di lavoro subordinato «dal momento in cui l'atto venga a conoscenza del datore di lavoro e indipendentemente dalla volontà di quest'ultimo di accettarle»¹, con la conseguenza che l'eventuale successiva revoca delle dimissioni «è inidonea ad eliminare l'effetto risolutivo che si è già prodotto»².

Si tratta, come è noto, della facoltà prevista dall'art. 2118 del Codice civile che, riprendendo il contenuto dell'art. 9 della legge sull'impiego privato³, consente ad entrambe le parti del rapporto lavorativo di poter recedere unilateralmente dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nei termini stabiliti dalla contrattazione collettiva.

¹ Cass. 11.11.2021, n. 33632, in *GD* 2021, 47; Cass. 29.4.2011, n. 9575, in *MGC* 2011, 4, 676.

² E neppure se ciò avviene in costanza di preavviso, Cass. 29.4.2011, n. 9575, cit.; Cass. 12.5.2004 n. 9046, in *MGC* 2004, 3; Cass. 26.2.2007, n. 4391, in *DPL* 2007, 47, 2867, secondo cui, in virtù del generale principio di libertà negoziale, le parti sono comunque libere di annullare di comune accordo le dimissioni già rese ed arrivate a conoscenza del datore di lavoro, proseguendo così nel rapporto di lavoro in essere.

³ R.d.l. 13.11.1924 n. 1825.

Nonostante la formale disciplina unitaria dell'art. 2118 c.c. è comunque sempre stata diffusa l'impressione che il dettame codicistico fosse già connotato da una intrinseca diversità ontologica tra il recesso reso dal lavoratore e quello formalizzato dal datore di lavoro, visto che «il primo era considerato espressione di un principio di libertà personale, il secondo, non coinvolgendo la persona del datore, ma solo la sua sfera patrimoniale, espressione del principio di libertà di iniziativa economica» (Del Conte 2012, 7).

La legislazione speciale ha poi provveduto nel corso del tempo a confermare ed accrescere tale diversa concezione del recesso nelle due differenti visioni, conferendo al licenziamento quella prospettazione, anche costituzionale, di atto prettamente causale, che le dimissioni certamente non hanno, posto che l'effetto estintivo del rapporto prodotto *ex se* dalla dichiarazione di recesso del lavoratore rimane «nella disponibilità delle parti, a prescindere dai motivi che ebbero a determinare le dimissioni»⁴.

Nel caso delle dimissioni l'intervento eteronomo a tutela del contraente debole si è prodotto con modalità diverse nel corso del tempo, sempre attraverso l'introduzione di oneri di forma e con l'esplicito obiettivo di tutelare al meglio la piena libertà decisionale e la veridicità del consenso del lavoratore, o più spesso della lavoratrice, prendendo spunto da situazioni concrete in cui la pressione da parte del datore di lavoro poteva dare atto a concreti e più o meno celati abusi dell'istituto, come nel tipico caso delle c.d. dimissioni in bianco.

È infatti già da diverso tempo che, accanto alla protezione dei licenziamenti discriminatori per causa di matrimonio o ragioni di maternità, l'ordinamento ha inteso tutelare il consenso della lavoratrice nubenda⁵ o gestante⁶ anche nel caso di dimissioni durante il periodo in cui perdura il divieto di licenziamento, attraverso la necessità di una esplicita conferma della volontà della lavoratrice presso la Direzione territoriale del lavoro.

È, invece, più recente la decisione del legislatore di estendere la convalida del recesso alla generalità dei lavoratori, attraverso l'introduzione di un obbligo di forma disciplinato dalla legge, in aggiunta a quanto la con-

⁴ Cass. 12.7.2002, n. 10193, in *NGL* 2003, 97.

⁵ Art. 1, c. 4, l. 9.1.1963 n. 7, ora art. 35, c. 4, d.lgs 11.4.2006 n. 198.

⁶ Art. 12 l. 30.12.1971, n. 1204, ora art. 55, c. 4, dlgs 26.3.2001 n. 151, che ha esteso l'obbligo di convalida ad entrambi i genitori durante i primi tre anni di vita del bambino. L'art. 18, l. 2000 n. 53 aveva altresì previsto la necessità di convalida da parte del servizio ispettivo della direzione territoriale del lavoro anche nel caso del minore adottato o in affidamento.

trattazione collettiva già da tempo prevedeva⁷, con modalità che sono state modificate più volte negli ultimi anni.

È con la legge 17.10.2007 n. 188 che la validità delle dimissioni volontarie dei lavoratori, non soltanto subordinati, veniva assoggettata ad un obbligo di forma scritta, a pena di nullità, da formularsi su appositi moduli ministeriali⁸. Si è trattato di una novità che ha suscitato un ampio dibattito tra gli addetti ai lavori e nei cui confronti non sono mancate le critiche (Ballesstrero 2008, 511; Vallebona 2007, 862; Alvino 2015), con particolare riferimento alle possibili conseguenze di eventuali dimissioni non redatte secondo le modalità previste, che hanno portato ad una successiva quanto rapida abrogazione del provvedimento ad opera dell'art. 39, c. 10, d.l. 25.6.2008 n. 112, conv. in l. 6.8.2008 n. 133.

Ulteriore questione oggetto di discussione è stata la mancanza nella legge del 2007 di qualunque riferimento al caso della risoluzione del rapporto di lavoro per mutuo consenso, secondo i dettami di cui all'art. 1372 c.c., nonostante, anche secondo la giurisprudenza, si possano manifestare i medesimi rischi di abuso da parte del datore di lavoro⁹.

Con il successivo art. 4, c. 17 ss, della legge 28.6.2012 n. 92 veniva nuovamente approvato uno specifico obbligo formale correlato alle dimissioni, esteso questa volta anche alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, con modalità pensate per risolvere le distorsioni evidenziate nella precedente formulazione.

⁷ Cfr. sul punto D'Onghia 2008, che sottolinea come sia sempre stata particolarmente diffusa nella contrattazione collettiva la necessità di forma scritta in caso di dimissioni. Secondo la giurisprudenza in tali casi «la forma convenzionale si presume voluta per la validità delle dimissioni, ex art. 1352 c.c., applicabile anche agli atti unilaterali, e si estende alle modalità di comunicazione di tale volontà, quando per essa le parti abbiano previsto un mezzo particolare al fine di evitare, nell'interesse del lavoratore, manifestazioni di volontà non adeguatamente ponderate» (Cass. 22.3.2018, n. 7213, in *MGC* 2018).

⁸ Le specifiche indicazioni della modulistica necessaria erano contenute nel d.m. 21.1.2008, che prevedeva moduli particolari con data certa e specifici codici identificativi disponibili presso le Direzioni territoriali del lavoro, gli uffici comunali ed on line sul sito del Ministero del lavoro.

⁹ Secondo la Suprema Corte, infatti, «la procedura di convalida delle dimissioni della lavoratrice madre, anche nel contesto normativo precedente alle modifiche apportate dall'art. 4, comma 16, l. n. 92 del 2012, trova applicazione altresì rispetto alla risoluzione consensuale del rapporto, attesa l'identità dell'effetto dei due — pur diversi — atti, entrambi idonei a cagionare la risoluzione del rapporto» (Cass. 11.6.2015, n. 12128, in *RIDL* 2016, 1, II, 129).

Venivano infatti introdotte diverse possibilità alternative per formalizzare il recesso. Alla convalida delle dimissioni o della risoluzione consensuale da parte del lavoratore presso la Direzione Territoriale del lavoro, i centri per l'impiego o altre sedi individuate dalla contrattazione collettiva, considerata quale condizione sospensiva del recesso, era in alternativa prevista la sottoscrizione di apposita dichiarazione da parte del lavoratore della ricevuta di trasmissione relativa alla cessazione del rapporto agli enti competenti.

Per ovviare alle difficoltà evidenziate dalla dottrina derivanti da una eventuale inerzia del lavoratore, la normativa del 2012 aveva previsto una ulteriore possibilità, coinvolgendo nell'iter procedimentale il datore di lavoro. Quest'ultimo aveva la possibilità, entro 30 giorni dalla data delle dimissioni o della risoluzione consensuale, di inviare una formale comunicazione scritta al lavoratore con l'invito a procedere alla convalida delle dimissioni entro 7 giorni, durante i quali il lavoratore manteneva la possibilità di revocare le dimissioni stesse ed al termine dei quali il rapporto di lavoro si intendeva risolto.

La macchinosità di tale, ancorché eventuale, passaggio, e le critiche che ne erano derivate ha infine spinto il legislatore ad un ulteriore intervento semplificatore apportato dall'art. 26 del d.lgs 14.9.2015 n. 151¹⁰ che ha introdotto la procedura, da attuarsi esclusivamente con modalità telematica, attualmente in vigore, che continua però a far discutere e non mancano i disegni di legge depositati in parlamento finalizzati a risolvere alcune delle problematiche che continuano ad essere riscontrate nell'attuale normativa¹¹.

A prescindere dagli oneri formali previsti dalla legge, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che l'atto di dimissioni, in sé e per sé considerato, non sia soggetto alla disciplina dell'art. 2113 c.c., trattandosi di un diritto disponibile, non configurabile quale rinuncia al diritto alla conservazione del posto di lavoro (Tullini 2008, 455; Ballestrero 2008, 514;

¹⁰ La necessità di prevedere modalità semplificate per garantire data certa nonché la manifestazione di volontà della lavoratrice o del lavoratore in caso di dimissioni o risoluzione consensuale era già prevista nell'art. 1, c.6, lett. g, della legge delega n. 183 del 2014.

¹¹ A titolo esemplificativo si veda il disegno di legge S-672 depositato in Senato che propone l'inserimento all'art. 26 d.lgs 151/2015 di un comma 7bis del seguente tenore «i commi da 1 a 4 non sono applicabili alle dimissioni del rapporto di lavoro rassegnate, di fatto, dal lavoratore che resti assente ingiustificato dal posto di lavoro consecutivamente per un numero di giorni pari o superiori a venti».

Del Conte 2012, 16)¹².

Lo diventa, invece, qualora dimissioni o risoluzione consensuale avvengano in un contesto negoziale che si estenda anche ad altri diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili di legge o provenienti dalla contrattazione collettiva. Secondo la giurisprudenza, infatti, «nell'ipotesi in cui la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, o le dimissioni (riferibili ad un diritto disponibile del lavoratore e quindi sottratte alla disciplina dell'art. 2113 c.c.) siano poste in essere nell'ambito di un contesto negoziale complesso, il cui contenuto investa anche altri diritti del prestatore derivanti da disposizioni inderogabili di legge o dall'autonomia collettiva, il precetto posto dall'art. 2113 trova applicazione in relazione all'intero contenuto dell'atto»¹³, e quindi anche alle dimissioni o alla risoluzione consensuale.

2. Vincoli di forma

L'art. 26 d.lgs 151/2015 contempla la necessità che le dimissioni e la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro «siano fatte, a pena di inefficacia, esclusivamente con modalità telematiche su appositi moduli» con data certa ed apposito numero identificativo ed inviati telematicamente al datore di lavoro ed alla Direzione territoriale del lavoro competente, con facoltà di revoca da parte del lavoratore entro 7 giorni dalla data di trasmissione¹⁴, secondo quanto previsto da uno specifico decreto ministeriale¹⁵.

¹² La piena disponibilità della facoltà di recesso consente al lavoratore di poter pattuire una clausola di durata minima garantita del rapporto nell'interesse del datore di lavoro «purché la stessa sia limitata nel tempo e sia previsto un corrispettivo, a tutela del “minimo costituzionale” di cui all'art. 36 Cost.» (Cass. 9.6.2017, n. 14457, in *MGC* 2017; Cass. 15.9.2016, n. 18122, in *MGC* 2016; Cass. 25.7.2014, n. 17010, in *MGC* 2014; Cass. 11.2.1998, n. 1435, in *RIDL* 1998, II, 539).

¹³ Cass. 13.8.2009, n. 18285, in *MGC* 2009, 9, 1260; Cass. 8.1.2009, n. 171, in *RCDL* 2009, 1, 200; Cass. 21.8.2003, n. 12301, in *MGC* 2003, 7-8; Trib. Milano 30.7.2008, in *OGL* 2008, 794; Trib. Torino, 23.2.2005, in *Giur. piemontese* 2006, 1, 104.

¹⁴ Secondo la giurisprudenza «La revoca delle dimissioni esercitata dal lavoratore nei sette giorni previsti dall'art. 26, comma 2 del d. lgs. n. 151 del 2015 ha effetto retroattivo tale per cui il rapporto di lavoro deve considerarsi mai interrotto» (Trib. Perugia 5.6.2019, in *red. Giuffrè* 2020).

¹⁵ Il d.m. 15.12.2015 predispose l'apposito modulo, che deve essere inviato tramite specifici

Tale procedura non sarà invece necessaria nei casi contemplati dal comma 7 dell'art. 26, e cioè nel «lavoro domestico e nel caso in cui le dimissioni o la risoluzione consensuale intervengono nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, del Codice civile o avanti alle commissioni di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo n. 276 del 2003», nonché per i rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione (art. 26, c. 8bis), durante il periodo di prova e nell'ambito del lavoro marittimo¹⁶.

Rimangono altresì sottoposte alla necessaria convalida presso la Direzione territoriale del lavoro competente le dimissioni o la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro presentate dalla lavoratrice nel periodo di gravidanza o dalla lavoratrice o dal lavoratore durante i primi tre anni di vita del bambino, che dovranno sempre essere necessariamente convalidate presso la Direzione del lavoro, ai sensi dell'articolo 55, c. 4, d.lgs 151/2001¹⁷.

Non vi è unanime giudizio in dottrina in merito al significato della terminologia utilizzata dal legislatore – “inefficacia” invece del termine “nullità” come avvenuto nel vigore della legge 188/2007 – per designare le conseguenze di un atto di recesso reso senza la procedura prevista. Si pone, in particolare, il problema della configurabilità di un'eventuale risoluzione per fatti concludenti secondo quanto normalmente riconosciuto, prima delle indicazioni normative degli ultimi anni¹⁸, dalla giurisprudenza¹⁹.

link sul portale lavoro.gov.it il quale poggia sull'anagrafica delle utenze Cliclavoro e sull'autenticazione predisposta dal sito INPS, ovvero attraverso specifici soggetti abilitati a trasmettere per conto del lavoratore: patronati, organizzazioni sindacali, enti bilaterali e commissioni di certificazione.

¹⁶ In tal senso la circolare MinLav 4.3.2016, che evidentemente riconosce la specialità delle relative discipline.

¹⁷ Cass. 23.2.2023, n. 5598, in *DeG* 2023, 27 febbraio.

¹⁸ In relazione alla disciplina del 2012, infatti, era già stato chiarito come «la risoluzione per mutuo consenso di un rapporto di lavoro non può validamente avvenire senza le forme dell'art. 4, comma 17 atteso che si tratta proprio di una norma introdotta al fine di evitare licenziamenti dissimulati del rapporto tanto da prevedere la convalida della manifestazione di volontà spontaneamente risolutoria del rapporto quale condizione sospensiva delle dimissioni o della risoluzione consensuale le quali, pertanto, perdono di efficacia se non confermate nei termini previsti dall'art. 4, comma 22 della Legge Fornero» (App. Potenza 8.6.2017, n. 69, in *Iguslavorista* 30.11.2017).

¹⁹ App. Genova 28.5.2021, in *red. Giuffrè* 2021; Cass. 9.7.2019, n. 18402, in *GD* 2019, 44, 81; Cass. 4.6.2018, n. 14202, in *MGC* 2018; Cass. 3.4.2017, n. 8604, in *MGC* 2017; Cass.

Da un lato vi è chi, richiamando il medesimo termine di “inefficacia” utilizzato dagli articoli 2 e 6 della l. 604/66 per il licenziamento, non ritiene vi sia alcuna differenza significativa con il vizio di nullità dell’atto, con la conseguenza che «la scelta della sanzione dell’inefficacia sarebbe volta ad accentuare l’assoluta inidoneità dell’atto a produrre effetti» (Fenoglio 2016, 273) e la relativa impossibilità di un procedimento alternativo di risoluzione del rapporto.

Dall’altro, prendendo spunto dalla differenza semantica rispetto alla legge del 2007 volutamente utilizzata dal legislatore, si esclude che si possa parlare di inefficacia derivante da nullità, ritenendo che la nuova disciplina «non vieta che, prima ed al di fuori del procedimento telematico, vi sia uno spazio in cui possa essere espressa la volontà di dimettersi o di risolvere consensualmente il contratto di lavoro» (Proia 2017, 10). Tale seconda opzione interpretativa ritiene, quindi, che si possa ancora configurare un caso di risoluzione consensuale per fatti concludenti dettata da una inerzia prolungata del lavoratore.

Sarà ovviamente necessario attendere una lettura consolidata della giurisprudenza sul punto, anche se le attuali indicazioni normative, che qualificano come inefficaci le dimissioni prive della forma prevista senza specificare altro, sembrerebbero più realisticamente opporsi alla possibilità di conferire effetto giuridico ad un mero comportamento omissivo, ancorché protratto nel tempo.

E d’altra parte anche le indicazioni ministeriali, seppur giustamente inclini a privilegiare una lettura sostanziale e non formale del dato normativo, non dando ad esempio eccessivo peso ad eventuali errori di calcolo rispetto alla durata ed alla scadenza del preavviso, appaiono decisamente contrarie ad una tale possibilità, indicando chiaramente come, in caso di mancata formalizzazione della procedura di dimissioni, la risposta ad una eventuale inerzia da parte del lavoratore non possa che essere un atto formale di licenziamento ad opera del datore di lavoro²⁰, che pare così configurarsi come l’unica soluzione attualmente contemplata dall’ordinamento

11.2.2016, n. 2732, in *MGC* 2016; Cass. 20.5.2000, n. 6604, in *RIDL* 2001, II, 748; Cass. 10.6.1998, n. 5776, in *MGC* 1998, 1275. Secondo la classica impostazione giurisprudenziale, tuttavia, «in tema di mutuo consenso alla risoluzione del rapporto di lavoro, non è sufficiente il mero decorso del tempo fra il licenziamento e la relativa impugnazione giudiziale, essendo necessario il concorso di ulteriori e significative circostanze, della cui allegazione e prova è gravato il datore di lavoro» (Cass. 4.11.2016, n. 22489, in *MGC* 2016).

²⁰ Si vedano in particolare le Faq ministeriali richiamate dalla circ. Min. lav. 4.3.2016 n. 12.

in tali situazioni, nell'eventuale attesa che sia il legislatore stesso a porre rimedio a tale problematica.

Allo stato appare più coerente con l'attuale assetto normativo una lettura rigida dei requisiti formali previsti dall'art. 26 d.lgs 151/2015, ed un recente pronunciamento della Corte di Cassazione²¹ sembrerebbe avvalorare tale tesi.

Secondo la Suprema Corte, infatti, la normativa introdotta dall'art. 26 d.lgs 151/2015, che «non altera la natura dell'atto di dimissioni come negozio unilaterale recettizio, ma richiede – ai fini dell'efficacia dell'atto – il rispetto di determinate forme (di natura telematica), salvo che le dimissioni (e la risoluzione consensuale) intervengano in sede assistita o avanti alla Commissione di certificazione»²², ha un effetto chiaramente limitativo sulle modalità con cui è possibile addivenire alla formazione dell'atto di recesso unilaterale da parte del lavoratore o di risoluzione consensuale da ambo le parti del rapporto, con la conseguenza che «ai sensi dell'art. 26 del d.lgs 151 del 2015 il rapporto di lavoro subordinato può essere risolto per dimissioni o per accordo consensuale delle parti solamente previa adozione di specifiche modalità formali oppure presso le sedi assistite, a pena di inefficacia dell'atto»²³.

Le problematiche correlate al caso, non del tutto infrequente, di un lavoratore che pur non avendo correttamente adempiuto agli obblighi formali previsti dall'art. 26 si sia assentato per lungo tempo dal luogo di lavoro ha comportato, in realtà, l'emersione di un diverso orientamento della giurisprudenza di merito che sembrerebbe in linea con il secondo, e più pragmatico, approccio interpretativo sopra richiamato, ritenendo, anche nell'ambito della disciplina attualmente in vigore, che «il contratto di lavoro può cessare per dimissioni del lavoratore, anche in assenza della forma telematica, se il lavoratore manifesta – per fatti concludenti – la sua volontà in tal senso, e ciò nonostante la previsione legislativa di tale obbligo formale»²⁴.

²¹ Cass. 26.9.2023 n. 27331, in *MGC* 2023.

²² Cass. 27331/2023, cit.

²³ Cass. 27331/2023, cit.

²⁴ Trib. Udine, 31.1.2022, in *RIDL* 2022, 4, II, 563. Secondo il giudice di Udine, in particolare, «l'art. 26 del d. lgs. n. 151/2015, invero, non può che disciplinare, per logica coerenza, la sola eventualità in cui la volontà del lavoratore si concretizzi in una manifestazione istantanea, ove vi è l'esigenza di incardinare la stessa in un atto formale al fine di prevenire ogni tipo di abuso e, in particolare, il fenomeno delle c.d. “dimissioni in bianco”, al quale

Spetterà semmai al legislatore il compito di modificare tale aspetto, con la forte consapevolezza, però, che fino a quel momento in caso di inerzia da parte del lavoratore sarà opportuno che il datore di lavoro, seguendo le indicazioni ministeriali, dia il via ad una procedura formale di licenziamento.

3. Obbligo di preavviso ed indennità di mancato preavviso

La disciplina codicistica, come è noto, prevede l'onere della parte recedente di dare un preavviso al fine di concedere all'altra parte un certo periodo di tempo prima della completa risoluzione del rapporto, nei termini o nei modi stabiliti dagli usi o dall'equità, ma normalmente secondo quanto previsto dalla contrattazione collettiva. In mancanza di preavviso il recedente è tenuto a versare all'altra parte un'indennità equivalente all'importo che sarebbe spettata per il periodo di preavviso, calcolata secondo quanto previsto dall'art. 2121 del codice civile.

Nella tradizionale e maggioritaria impostazione dottrinale (Mancini 1962, 307), condivisa per lungo tempo dalla giurisprudenza²⁵, era riconosciuta l'efficacia reale del preavviso, considerato quale termine sospensivo con la conseguente prosecuzione del rapporto fino alla scadenza del termine di preavviso a tutti gli effetti legali.

La giurisprudenza della Suprema Corte degli ultimi anni sembrerebbe, in realtà, più propensa a far propria l'impostazione di quella che era la dottrina minoritaria (Ardu 1972, 1219), optando per l'efficacia meramente obbligatoria del preavviso, con la conseguente cessazione immediata del rapporto e la facoltà alternativa di sostituire il periodo di preavviso con l'indennità di mancato preavviso.

Secondo tale approccio interpretativo, infatti, «alla stregua di una interpretazione letterale e logico-sistematica dell'art. 2118 c.c., nel contratto

la novella aveva inteso porre rimedio». Al contrario, secondo tale impostazione, non sarebbe applicabile tale requisito formale al «diverso caso in cui la volontà risolutiva del lavoratore dipendente si sia sostanziata in un contegno protrattosi nel tempo e palesatosi in una serie di comportamenti idonei ad assicurare un'agevole verifica della sua genuinità».

²⁵ Cass. 21.2.2013, n. 4305, in *MGC* 2013; Cass. 30.8.2004, n. 17334, in *DPL* 2005, 717; Cass. 23.7.2004, n. 13883, in *MGC* 2004, 7-8; Cass. 26.7.2002, n. 11118, in *GI* 2003, 1376; Cass. 21.11.2001, n. 14646, in *NGL* 2002, 198; Cass. 29.7.1999 n. 8256, in *NGL* 1999, 640; Cass. 6.8.1987 n. 6769, in *RIDL* 1987, II, 276.

di lavoro a tempo indeterminato il preavviso non ha efficacia reale – che comporta, in mancanza di accordo tra le parti circa la cessazione immediata del rapporto, il diritto alla prosecuzione del rapporto stesso e di tutte le connesse obbligazioni fino alla scadenza del termine – ma obbligatoria. Ne consegue che, ove una delle parti eserciti la facoltà di recedere con effetto immediato, il rapporto si risolve altrettanto immediatamente, con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva del preavviso e senza che da tale momento possano avere influenza eventuali avvenimenti sopravvenuti»²⁶.

La sensazione, però, è che, più che la questione teorica, in giurisprudenza ancor più che in dottrina sia sempre prevalso un approccio sostanzialmente pragmatico dell'istituto, con specifico riferimento alla risoluzione di singoli casi concreti.

Così, è risalente nel tempo l'orientamento giurisprudenziale che ha riconosciuto la facoltà delle parti di pattuire, in sede individuale o collettiva, l'esonero immediato dai vicendevoli obblighi sussistenti durante il periodo di preavviso, anche in virtù di un accordo per fatti concludenti²⁷. È altresì stata ammessa la proroga del periodo di preavviso rispetto ai termini contrattualmente stabiliti (Mainardi 2007, 377), ma con un vaglio dei giudici circa le specifiche esigenze del caso concreto²⁸.

In mancanza di accordo fra le parti, è stato sottolineato come sia prevalso in giurisprudenza un orientamento asimmetrico in merito alla derogabilità dell'efficacia reale del preavviso, con un approccio tendente a riconoscere il necessario consenso della parte non recedente in caso di licenziamento ma non in caso di dimissioni, restando in tal caso possibile

²⁶ Cass. 6.6.2017, n. 13988, in *MGC* 2017; Cass. 26.10.2018, n. 27294, in *MGC* 2018; Cass. 17.1.2017, n. 985, in *MGC* 2017; Cass. 30.9.2013, n. 22322, in *DGonline* 2013, 30.9; Cass. 3.7.2012, n. 11086, in *DGonline* 2012, 4.7; Cass. 30.9.2011, n. 20099, in *DPL* 2011, 45, 2702; Cass. 4.11.2010 n. 22443, in *MGC* 2010, 11, 1405.

²⁷ Cass. 15.9.2016, n. 18122, in *MGC* 2016; Cass. 12.3.2015, n. 4991, in *FI* 2015, 6, I, 1974; Cass. 22.7.1987, n. 6397, in *OGI* 1987, 1080.

²⁸ In tal senso è stata ritenuta valida la clausola del contratto individuale che preveda un termine di preavviso per le dimissioni più lungo rispetto a quello stabilito per il licenziamento in deroga al Ccnl (Cass. 12.3.2015, n. 4991, cit.), ma nullo perché in frode alla legge il patto di prolungamento del preavviso sorretto da un minimo incremento retributivo e non in rapporto di corrispettività con una preordinata progressione in carriera e finalizzato a perseguire l'interesse tipico del patto di non concorrenza (Cass. 10.11.2015, n. 22933, in *MGC* 2015).

per il lavoratore dimissionario optare per la cessazione immediata del rapporto e la corresponsione dell'indennità sostitutiva anche senza il consenso del datore di lavoro (Rosano 2006, 99).

Si tratta di questioni che risulterebbero in gran parte superate nell'ottica dell'orientamento che riconosce la natura meramente obbligatoria del preavviso.

In realtà, anche nelle decisioni più recenti la questione continua ad essere trattata con qualche ambiguità. Così, pur ribadendo l'attuale orientamento improntato sulla natura obbligatoria, è stata tuttavia riconosciuta l'efficacia reale del preavviso, con tutte le conseguenze del caso, quando è la contrattazione collettiva a considerarla tale²⁹.

Ed è ancora più recente l'approccio della Suprema Corte tendente a riconoscere la necessità di computare il periodo di preavviso nel calcolo per i due anni di iscrizione necessari per riconoscere l'indennità ordinaria di disoccupazione, anche nel caso di periodo di preavviso non lavorato³⁰. Sebbene nelle motivazioni della decisione si continui a sostenere la natura obbligatoria del preavviso, soffermandosi piuttosto sull'autonomia della materia previdenziale, emerge il dubbio che sia più coerente con tale conclusione un approccio che riconosca la natura reale del preavviso.

Se la funzione del preavviso è sempre stata, per la dottrina dominante, quella di limitare gli effetti del recesso per la parte non recedente, vi è chi ha ritenuto che nel caso di dimissioni il preavviso operi anche a favore del lavoratore (Altavilla 1987, 74).

Non vi è pieno accordo in merito alla natura giuridica dell'indennità. In giurisprudenza un primo orientamento ritiene che l'indennità sostitutiva abbia natura retributiva in quanto finalizzata a sostituire gli emolumenti che sarebbero stati corrisposti se il lavoratore fosse rimasto in servizio³¹. Un ulteriore orientamento preferisce invece optare per la natura risarcitoria, in relazione all'inadempimento della parte recedente³².

²⁹ Cass. 26.10.2018, n. 27294, cit., in un caso in cui la disposizione del contratto collettivo riteneva valide durante il periodo di preavviso "tutte le disposizioni economiche e normative e le norme previdenziali e assistenziali previste dalle leggi e dai contratti" anche nel caso in cui il lavoratore fosse stato dispensato dalla prestazione durante tale periodo.

³⁰ Cass. 21.6.2021, n. 17606, in *MGC* 2021.

³¹ In dottrina Del Conte 2012, che ne rimarca l'impronta maggioritaria. In giurisprudenza Cass. 30.9.2013, n. 22322, cit.; Cass. 20.2.2013, n. 4192, in *Guid, dir.* 2013, 19, 64; Cass. 14.6.2006, n. 13732, in *RIDL* 2007, 1, II, 156.

³² In dottrina Mainardi 2007, 379. In giurisprudenza Cass. 12.9.1995, n. 9638, in *RGL*

È opinione comune che nel caso di risoluzione consensuale del rapporto, come in qualunque altra fattispecie estintiva del rapporto diversa dal recesso unilaterale senza preavviso e non sorretto da giusta causa, l'indennità di mancato preavviso non spetti a nessuna delle parti del rapporto³³.

Quale specifica e diretta conseguenza della natura obbligatoria dell'indennità di preavviso è stato recentemente affermato che «la rinuncia del datore di lavoro al periodo di preavviso, a fronte delle dimissioni del lavoratore, non fa sorgere il diritto di quest'ultimo al conseguimento dell'indennità sostitutiva»³⁴.

4. Dimissioni per giusta causa

Anche per le dimissioni non sussiste la necessità del preavviso qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto ai sensi dell'art. 2119 del codice civile.

La sussistenza di una giusta causa di dimissioni non modifica la natura acausale dell'atto di recesso da parte del lavoratore, non essendo equiparato al licenziamento³⁵, ma costituendo la giusta causa soltanto un presupposto di fatto che esonera dal preavviso³⁶ e che comporta il diritto a percepire l'indennità sostitutiva del preavviso quale specifico compenso per il pregiudizio subito³⁷.

La sussistenza della giusta causa di dimissioni è strettamente legata a comportamenti del datore di lavoro che configurino un inadempimento grave dei suoi obblighi contrattuali, la cui valutazione è rimessa al sindacato del giudice del merito, censurabile in sede di legittimità unicamente per vizi di motivazione³⁸.

1996, II, 201; Cass. 28.5.1992, in *FI* 1993, I, 1957.

³³ Cass. 5.2.1993, n. 1431, in *RIDL* 1994, II, 531; Cass. 5.5.1987, n. 4163, in *OGI* 1987, 690.

³⁴ Cass. 14.3.2024, n. 6782, in *GD* 2024, 21; Cass. 13.10.2021 n. 27934, in *MGC* 2021.

³⁵ Cass. 22.3.2010, n. 7519, in *MGC* 2010, 3, 451; Cass. 22.2.2006, n. 3866, in *MGC* 2006, 2.

³⁶ Cass. SU 18.5.1994, n. 4844, in *OGI* 1994, 586, nt. Tiraboschi.

³⁷ Cass. 7.11.2001, n. 13782, in *RIDL* 2002, II, 591, che esclude la possibilità di richiedere un risarcimento ulteriore. È stato sottolineato come in altri casi sia stata riconosciuta la risarcibilità del danno ulteriore subito dal lavoratore per essere stato costretto alle dimissioni dal comportamento del datore (Alvino 2015, 20).

³⁸ Cass. 19.1.2021, n. 811, in *DG* 2021, 19.1; Cass. 18.10.2002, n. 14829, in *MGC* 2002,

La casistica è ampia e variegata, con un controllo attento da parte dei giudici di merito³⁹. Costituisce giusta causa di dimissioni la mancata corresponsione della retribuzione per un periodo significativo⁴⁰, così come una sua riduzione in violazione del principio di irriducibilità di cui all'art. 2103 del codice⁴¹. Può ravvisarsi una giusta causa di dimissioni nel demansionamento del lavoratore⁴², così come nella dequalificazione di un dirigente apicale ad un dirigente di medio o basso livello⁴³. È stata altresì identificata una giusta causa di dimissioni a fronte di un comportamento aziendale gravemente lesivo dei principi di correttezza e buona fede, nel caso di una querela sollevata nei confronti di un dipendente per un rimborso spese, senza previa contestazione disciplinare⁴⁴. Così come è stato configurato quale giusta causa di dimissioni il rifiuto del lavoratore di accettare una modifica dell'orario di lavoro unilateralmente imposta dal datore di lavoro⁴⁵.

Anche in merito alle dimissioni per giusta causa è generalmente riconosciuto un principio di immediatezza, che condiziona la validità e tempestività delle dimissioni del lavoratore per giusta causa, da intendere in senso relativo⁴⁶.

1824; Cass. 17.12.1997, n. 12768, in *RIDL* 1998, II, 551.

³⁹ Non è stata ad esempio configurata quale giusta causa di dimissioni l'eventuale disputa sulla natura subordinata o autonoma del rapporto lavorativo (Cass. 14.5.1983, n. 3354, in *GC* 1984, I, 482), ovvero il comportamento datoriale che, a fronte di un'improvvisa comunicazione del lavoratore di porre fine al suo impegno lavorativo, abbia preso alcune decisioni che non hanno consentito allo stesso dipendente di svolgere nel modo ordinario la sua attività lavorativa, per pochi giorni e comunque con avvertimento di garantire la sua reperibilità (App. Genova 6.4.2021, in *red. Giuffrè* 2021).

⁴⁰ Cass. 20.3.2019, n. 7711, in *DG* 2019, 21.3; Cass. 8.8.1987, n. 6830, in *OGI* 1988, 191. Non può, invece, configurare giusta causa di dimissioni il mero «ritardo del datore di lavoro nel pagamento della retribuzione, allorché il dipendente abbia tenuto un comportamento incompatibile con la volontà di risolverlo immediatamente e si sia invece avvalso di rimedi alternativi, non risolutori, per sollecitare il pagamento delle retribuzioni scadute» (Cass. 8.8.2022, n. 24432 in *MGC* 2022).

⁴¹ Cass. 8.5.2008, n. 11362, in *DGonline* 2008.

⁴² App. Roma 18.1.2018, in *red. Giuffrè* 2018.

⁴³ Cass. 8.11.2005, n. 21673, in *MGC* 2005, 7/8.

⁴⁴ Cass. 28.10.2008, n. 25886, in *DGonline* 2008.

⁴⁵ App Milano 1.3.2023, in *red. Giuffrè* 2023.

⁴⁶ Cass. 6.3.2020, n. 6437, in *DG* 2020, 9 marzo. Nel caso di dimissioni il principio è normalmente applicato in maniera meno rigorosa rispetto al licenziamento (Del Conte 2012,

Il particolare pregiudizio nei confronti del lavoratore, in qualche modo coartato nella sua libera determinazione da comportamenti altrui, emerge chiaramente nella posizione del giudice delle leggi⁴⁷ che ha ritenuto che dall'atto di dimissioni per giusta causa si configuri uno stato di vera e propria disoccupazione involontaria del lavoratore, con il conseguente riconoscimento dell'indennità ordinaria di disoccupazione di cui all'art. 34 c. 5 l. 23.12.1998 n. 448, generalmente esclusa nel caso di dimissioni semplici⁴⁸.

Il principio espresso dalla Corte costituzionale è stato recentemente recepito in sede interpretativa dalla giurisprudenza di merito che ha accolto la domanda di Naspi avanzata da una lavoratrice dimessasi per giusta causa a fronte di un trasferimento a più di 50 Km dalla propria residenza e raggiungibile con più di 80 minuti con i mezzi pubblici, che l'Inps aveva invece respinto sulla base del proprio approccio interpretativo⁴⁹ per cui tale possibilità era prevista soltanto in caso di risoluzione consensuale del rapporto intervenuta durante la procedura di cui all'art. 7 l. 604/1966⁵⁰.

77) e in alcuni casi ignorato dai giudici (cfr. Trib. Milano 19.11.2014, in *red. Giuffrè* 2014).

⁴⁷ Corte cost. 24.6.2002, n. 269, in *Giur. cost.* 2002, 1955..

⁴⁸ Sull'utilizzo "alternativo" della Naspi cfr. Maresca, 2021, 235.

⁴⁹ La Naspi, prevista specificamente per i lavoratori che abbiano perduto "involontariamente" la propria occupazione secondo l'indicazione contenuta nell'art. 38 Cost., è oggi espressamente riconosciuta dall'art. 3, c. 2, d.lgs 4.3.2015, n. 22 anche nel caso di dimissioni per giusta causa e di risoluzione consensuale nell'ambito della procedura di cui all'art. 7 l. 15.7.1966 n. 604. Da tale espressa previsione normativa è emerso un ampio approccio interpretativo in merito allo stato di disoccupazione "involontaria" nonché la prassi applicativa da parte dell'Inps di riconoscere il diritto al trattamento di disoccupazione anche nel caso di "risoluzione consensuale" in seguito al rifiuto da parte del lavoratore al proprio trasferimento ad altra sede della stessa azienda distante oltre 50 chilometri dalla propria residenza o raggiungibile in più di 80 minuti con trasporto pubblico (Circolari Inps 12.5.2015 n. 94 e 29.7.2015 n. 142; Messaggi Inps 26.1.2018 n. 369 e 26.11.2020 n. 4464). Il riferimento ai 50 chilometri dalla propria residenza era inizialmente previsto dall'art. 4 d.lgs 141/2000, successivamente abrogato, quale distanza al cui interno non era possibile rifiutare un'offerta di lavoro, pena la perdita dello stato di disoccupazione. Oggi è l'art. 25, co. 1, lett. b), d.lgs 150/2015 a prevedere fra i requisiti per ritenere congrua un'offerta di lavoro anche la «distanza dal domicilio e tempi di trasferimento mediante mezzi di trasporto pubblico», che le circolari ed i messaggi Inps, a partire da Circ. 29.7.2015 n. 142, hanno sempre tradotto nei già riportati 50 chilometri dalla propria residenza e 80 minuti di tempo con i mezzi pubblici.

⁵⁰ Trib. Torino 27.4.2023, inedita a quanto consta. L'orientamento del Tribunale torinese si fonda sulla consolidata lettura giurisprudenziale per cui «la risoluzione consensuale del

5. Risoluzione consensuale e incentivo all'esodo

Se dimissioni o risoluzione consensuale non rientrano, in sé e per sé considerati, nell'ambito applicativo dell'art. 2113⁵¹, sono tuttavia numerosi i casi di rinunce, parziali o tombali, o accordi transattivi di diritti inderogabili del prestatore di lavoro previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva che rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 2113 c.c. anche qualora siano trattati nell'ambito di un atto di dimissioni o di risoluzione consensuale, e non è possibile farne una rassegna completa.

In questa sede ci si limiterà a qualche riflessione in merito ad uno degli istituti più utilizzati nella prassi nell'ambito di un atto di risoluzione consensuale, anche innanzi alle commissioni di certificazione, l'incentivo all'esodo, e cioè quella somma che viene corrisposta al lavoratore a seguito di un accordo tra datore di lavoro e lavoratore per la risoluzione anticipata del rapporto di lavoro.

Secondo la consolidata giurisprudenza della Suprema Corte «le somme corrisposte dal datore di lavoro, in aggiunta alle spettanze di fine rapporto, come incentivo alle dimissioni anticipate del dipendente (c.d. incentivi all'esodo) non hanno natura liberale, né eccezionale, ma costituiscono reddito di lavoro dipendente essendo predeterminate al fine di sollecitare e remunerare, mediante una vera e propria controprestazione, il consenso del lavoratore alla risoluzione anticipata del rapporto. La causa di siffatte prestazioni, pertanto, presupponendo una pattuizione, esclude che dette somme possano essere esentate dall'imposta, per cui le stesse saranno assoggettate alla tassazione separata»⁵².

rapporto di lavoro è sostanzialmente equiparabile alle dimissioni, non essendoci alcuna differenza concettuale tra la dichiarazione di volontà con cui il lavoratore pone unilateralmente termine al rapporto di lavoro e la dichiarazione di volontà che confluisce, unitamente ad analogia dichiarazione del datore di lavoro, nell'accordo oggetto di risoluzione consensuale» e arriva alla conclusione per cui «sarebbe pertanto ingiustificato riservare un diverso trattamento ad ipotesi del tutto analoghe», posto che «le dimissioni rassegnate dall'odierna ricorrente devono ritenersi involontarie perché determinate da una condotta datoriale che ha reso obbligata la scelta della dipendente, di qui la ricorrenza nella fattispecie in esame del requisito della "perdita involontaria" dell'occupazione». Nello stesso senso Trib. Udine 7.3.2023, in *red. Giuffrè* 2023.

⁵¹ Cass. 13.8.2009, n. 18285, cit.

⁵² Cass. 4.6.2020, n. 10602, in *leggiditalia.it*; Cass. 24.7.2013, n. 17986, in *MGC* 2013; Cass. 27.6.2007 n. 14821, in *MGC* 2007, 6; Cass. 22.1.2001, n. 864, in *MGC* 2001, 136. Tale impostazione definitoria comporta la conseguente deducibilità per l'impresa anche di tale

Dal punto di vista fiscale, quindi, l'incentivo all'esodo rientra tra le somme «percepita una volta tanto in dipendenza della cessazione» del rapporto di lavoro, di cui all'articolo 17 del Tuir, che soggiacciono alla tassazione separata con la medesima aliquota applicata al TFR secondo quanto previsto dall'art. 19, co. 2, del Tuir⁵³, anche nell'eventuale caso in cui il datore di lavoro abbia erogato in corso di rapporto un'anticipazione dell'incentivo⁵⁴.

L'incentivo all'esodo gode, invece, di piena esenzione dal calcolo della base imponibile a fini contributivi⁵⁵. Qualche difficoltà interpretativa era sorta in merito al riferimento normativo contenuto nell'art. 12 della legge n. 153/1969 che inizialmente riferiva l'esenzione all'«indennità di anzianità»⁵⁶, a cui il legislatore ha tentato di porre rimedio in un primo momento attraverso un intervento normativo di interpretazione autentica⁵⁷, e, suc-

somma quale spesa per prestazioni di lavoro dipendente ai sensi dell'art. 95 Tuir, da contabilizzarsi nel momento in cui «il costo per incentivazione all'esodo diviene certo (e quindi deducibile secondo il principio di competenza)», e quindi «quando il singolo lavoratore sottoscrive con l'azienda l'accordo personale per la cessazione anticipata del rapporto di lavoro», solitamente coincidente con l'anno fiscale di effettiva erogazione (Cass. 24.1.2018, n. 1706, in *leggiditalia.it*).

⁵³ Secondo la dottrina tributarista «le somme erogate a titolo di incentivo all'esodo sono disciplinate dalla norma generale di cui al comma 2 dell'art. 19 del TUIR» (Leo 2018, 451). Peraltro l'ormai abrogato comma 4-bis dell'art. 19 Tuir, introdotto dall'art. 5, co. 1 d.lgs 314/1997, aveva previsto una specifica riduzione dell'imposta in relazione a somme corrisposte in occasione della cessazione del rapporto di lavoro al fine di incentivare l'esodo di lavoratori che avessero superato i 50 anni di età se donne ed i 55 anni se uomini. La Corte di Giustizia UE (C. giust. 21.7.2005, in causa C-207/04) ha successivamente ritenuto in contrasto col principio di parità di trattamento fra uomini e donne di cui alla direttiva 76/207/CEE tale norma, che è stata quindi abrogata con d.l. 223/2006 conv. in l. 248/2006.

⁵⁴ In tal senso la risposta dell'Agenzia delle Entrate n. 177/2021.

⁵⁵ Secondo la dottrina la non coincidenza della nozione di «base imponibile» con quella di retribuzione è ricavata dalle voci escluse quali tassativamente indicate dalla legge (Cinelli, 2010, 230).

⁵⁶ In particolare l'interpretazione della Cassazione era giunta ad escludere dalla nozione di «indennità di anzianità» quelle somme che non avessero tutte le caratteristiche previste dall'art. 2020 dopo le modifiche di cui alla l. n. 297/1982.

⁵⁷ Ai sensi del comma 2bis d.l. 30.5.1988 n. 173, conv. in l. 26.7.1988 n. 291 il riferimento alla «indennità di anzianità» andava interpretato nel senso che «dalla retribuzione imponibile sono escluse anche le somme corrisposte in occasione della cessazione del rapporto

cessivamente, con la completa modifica dell'articolo in questione ad opera dell'art. 6 d. lgs. n. 314/97 e la esplicita previsione di esenzione da contribuzione anche per «le somme corrisposte in occasione della cessazione del rapporto di lavoro al fine di incentivare l'esodo dei lavoratori, nonché quelle la cui erogazione trae origine dalla predetta cessazione» (art. 12, co. 4 lett. b) l. n. 153/1969).

La lettura interpretativa dell'istituto previdenziale, successivamente all'approvazione dei predetti interventi normativi, si è dimostrata tendenzialmente flessibile, riconoscendo l'esenzione di «tutte quelle somme erogate in occasione della cessazione del rapporto di lavoro in eccedenza alle normali competenze comunque spettanti ed aventi lo scopo di indurre il lavoratore ad anticipare la risoluzione del rapporto di lavoro, rispetto alla sua naturale scadenza»⁵⁸ ed incline a ricomprendere nell'ambito delle somme che traggono origine dalla cessazione «tutte quelle forme di erogazione prive di uno specifico titolo retributivo, corrisposte in sede di risoluzione di rapporto di lavoro – anche se non sottoposto a limitazioni sotto il profilo della libera recedibilità da parte del datore di lavoro – e la cui funzione desumibile dalla volontà contrattuale o dall'atteggiarsi delle parti sia riconducibile a quella di agevolare lo scioglimento del rapporto»⁵⁹.

Qualche differenza interpretativa si è invece intravista nella lettura della giurisprudenza, spesso correlata alle specifiche caratteristiche del singolo caso di specie.

Se un primo contrasto tra una visione che interpretava il concetto di esodo quale fatto esclusivamente collettivo⁶⁰ ed una che invece ne ha riconosciuto la valenza anche individuale⁶¹ ha visto prevalere nettamente la se-

di lavoro, al fine di incentivare l'esodo dei lavoratori».

⁵⁸ Circ. Inps 19.7.1990 n. 170, in cui sono ricomprese a titolo esemplificativo: le somme corrisposte nei casi di prepensionamento; quelle erogate in caso di cessazione anticipata del rapporto di lavoro a tempo indeterminato laddove la disciplina contrattuale o legale ponga al datore di lavoro limitazioni al potere di recesso individuale dal rapporto di lavoro e, quindi, segnatamente nelle ipotesi di rapporti di lavoro assistiti dal regime di stabilità; le somme erogate per cessazione del rapporto di lavoro a termine prima della scadenza di questo; le somme corrisposte allo scopo di attuare riduzioni di personale attraverso licenziamenti collettivi.

⁵⁹ Circ. Inps 24.12.1997 n. 263.

⁶⁰ Cass. 9.5.2002, n. 6663, in *OGL* 2002, I, 357.

⁶¹ Cass. 31.10.2018, n. 27949, in *MGC* 2018; Cass. 15.5.2015, n. 10046, in *MGC* 2015; Cass. 3.4.2004, n. 6607, in *MGC* 2004, 4; Cass. 18.5.1999 n. 4811, in *MGC* 1999, 1098.

conda, altre differenti opzioni interpretative non hanno ancora trovato un loro definitivo equilibrio.

Non sembrano in realtà emergere dubbi sulla configurabilità dell'esenzione dagli obblighi contributivi per l'incentivo erogato sulla base di una decisione presa in costanza di rapporto e con la risoluzione consensuale quale naturale modalità di cessazione del rapporto stesso, così come è pacifico che l'esclusione dagli oneri contributivi non possa estendersi a premi⁶² o specifici elementi retributivi⁶³ come l'indennità sostitutiva del preavviso⁶⁴.

Qualche dubbio continua invece a porsi quando l'erogazione patrimoniale, che tragga origine dalla cessazione e sia erogata con l'esplicito intento di agevolare lo scioglimento del rapporto, sia successiva alla conclusione del rapporto stesso.

Se da un lato vi sono state prese di posizione che hanno negato l'esenzione contributiva della somma pattuita «poiché non era comprensibile come potesse giustificarsi un incentivo per un rapporto di lavoro cessato anteriormente al momento della pattuizione»⁶⁵, in altri casi è stata riconosciuta l'esenzione contributiva della somma «anche se erogata dopo il licenziamento»⁶⁶.

Secondo tale più elastico orientamento, infatti, se pure la giurisprudenza è ferma nel ritenere l'obbligazione contributiva insensibile agli effetti della transazione⁶⁷, è comunque rilevante l'effetto giuridico di una transazione specificamente "novativa", la quale, ponendosi quale fondamentale riferimento normativo per le somme pagate a titolo transattivo, rafforza la

⁶² Cass. 12.3.2018, n. 5948, in *Guid. dir.* 2018, 15, 87, con riferimento ad un premio fedeltà corrisposto in prossimità della pensione.

⁶³ Cass. 29.5.2018, n. 13473, in *MGC* 2018, in materia di indennità sostitutiva di ferie non godute; App. Roma 12.10.2020, in *red. Giuffrè* 2020, in materia di mensilità aggiuntive.

⁶⁴ Cass. 21.6.2021, n. 17606, cit.; Cass. 13.5.2021, n. 12932, in *Ilginslavorista.it* 2021, in un caso in cui il lavoratore aveva rinunciato all'indennità sostitutiva del preavviso.

⁶⁵ Cass. 14.3.2014, n. 6037, in *Guid. dir.* 2014, 15, 82, in cui, però, la disciplina applicabile era quella dell'art. 12 l. 153/1969 nella versione precedente alla novella di cui al d.lgs 314/1997.

⁶⁶ Cass. 20.7.2020, n. 15411, in *MGC* 2020.

⁶⁷ Cass. 28.7.2009, n. 17495, in *MGC* 2009, 7-8, 1146; Cass. 23.9.2010, n. 20146, in *DRI* 2011, 4, 1118. Sussiste sempre, quindi, la possibilità per l'Inps di azionare il credito contributivo provando, con qualsiasi mezzo ed anche in via presuntiva dallo stesso contratto di transazione, quali siano le somme assoggettabili a contribuzione spettanti al lavoratore.

necessità di distinguere all'interno dell'accordo stesso le poste che sono di sicura natura retributiva e di collegamento intrinseco con il sottostante rapporto di lavoro, sottoposte all'onere contributivo, da quelle somme che, invece, se ne distaccano del tutto, ed evidenziando «l'assenza tra le parti di questioni ulteriori e diverse rispetto a quelle della cessazione del rapporto»⁶⁸ possono, quindi, considerarsi esenti dall'obbligo contributivo ai sensi dell'art. 12 l. 153/1969.

⁶⁸ Cass. 20.7.2020 n. 15411, cit.; Cass. 23.11.2017, n. 27933, in *MGC* 2018; App Roma 19.2.2021, in *red. Giuffrè* 2021.

Riferimenti bibliografici

- Altavilla R. (1987), *Le dimissioni del lavoratore*, Milano, Giuffrè.
- Alvino I. (2015), *Dimissioni*, Enc. Treccani online.
- Ardau G. (1972), *Manuale di diritto del lavoro*, II, Milano, Giuffrè.
- Ballestrero M.V. (2008), *Recesso on line ovvero la nuova disciplina delle dimissioni volontarie*, in *LD* 2008, 3, 511.
- Cinelli M. (2010), *Diritto della previdenza sociale*, Torino, Giappichelli.
- D'Onghia M. (2008), *Dal formalismo convenzionale al formalismo legale per le dimissioni del lavoratore*, in *Aa.Vv. Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Bari, Cacucci, 2008, 337.
- Del Conte M. (2012), *Le dimissioni e la risoluzione consensuale nel contratto di lavoro*, Milano, Egea.
- Fenoglio A. (2016), *Le dimissioni dal lavoro: corsi e ricorsi storici sotto la lente dell'analisi empirica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2016, 253.
- Leo M. (2018), *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, Giuffrè.
- Mainardi S. (2007), *Dimissioni e risoluzione consensuale*, in F. Carinci (diretta da), *Diritto del lavoro*, vol. III, Torino, Utet, 2007, 365.
- Mancini F. (1962), *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Milano, Giuffrè.
- Maresca A. (2021), *Licenziamento provocato dal lavoratore e diritto alla Naspi: su chi grava il costo del c.d. ticket licenziamento?*, in *DRI* 1, 2021, 235.
- Pera G. (1989), *Sulle dimissioni del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, 3, 336;
- Proia G. (2017), *La nuova disciplina delle dimissioni e della risoluzione consensuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2017, 2.
- Rausei P. (2020), *Dimissioni volontarie e risoluzione consensuale*, in R. Del Punta, F. Scarpelli, *Codice commentato del Lavoro*, Walters Kluwer, 2020, 3058.
- Rosano M. (2006), *Ancora sulla questione dell'efficacia reale del preavviso*, in *RIDL* 2006, I, 99.
- Tullini P. (2008), *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *GDLRI* 119, 2008, 455.
- Vallebona A. (2007), *Le dimissioni e il nuovo vincolo di forma*, in *MGL* 2007, 862.

Sezione VIII

LA CONCILIAZIONE DELLE CONTROVERSIE DI LAVORO

Capitolo 26

Rinunzie e transazioni: differenze e requisiti, tra reciproche concessioni e quietanze a saldo

Fabiola Lamberti

SOMMARIO

1. Il ruolo delle Commissioni di certificazione nell'ambito degli atti dismissivi dei lavoratori – 2. L'atto di rinuncia – 3. L'accordo transattivo – 3.1. *La res dubia o litigiosa* – 3.2. Le reciproche concessioni – 4. La dismissione di diritti futuri – 5. Le quietanze liberatorie

1. Il ruolo delle Commissioni di certificazione nell'ambito degli atti dismissivi dei lavoratori

Le Commissioni di certificazione di cui all'art. 76 d.lgs. 276/2003 possono essere investite, nell'ambito degli atti dismissivi del lavoratore, di un duplice ruolo: da un lato possono essere chiamate a effettuare un'attività di certificazione delle rinunce e delle transazioni già esperite, ai sensi dell'art. 82 d.lgs. 276/2003; dall'altro – a norma dell'art. 31, co. 13, l. 183/2010 – possono fungere da sede per l'espletamento del tentativo di conciliazione *ex* art. 410 c.p.c. ai fini dell'inoppugnabilità di cui all'art. 2113, co. 4, c.c. relativamente a qualunque controversia inerente i rapporti di cui all'art. 409 c.p.c.¹.

Recentemente, poi, per effetto dell'art. 9, co. 1, d.lgs. 149/2022, che ha esteso alle controversie di lavoro la procedura della cd. «negoziazione assistita» da effettuarsi con l'assistenza di almeno un avvocato per parte, è stato previsto un ulteriore ruolo, tendenzialmente passivo e/o recettizio, in virtù del quale «l'accordo è trasmesso a cura di una delle due parti, entro dieci giorni ad uno degli organismi di cui all'art. 76 d.lgs. 276/2003». La norma non richiama il citato art. 82 d.lgs. 276/2003, ragion per cui sembra

¹ La piena equiparazione delle Commissioni alle altre sedi cd. protette di conciliazione è ribadita, peraltro, da altre norme quali, ad esempio, l'art. 6 d.lgs. 23/2015 e l'art. 54 d.lgs. 81/2015.

escludere una verifica della validità dell'accordo da parte delle Commissioni che dovranno, quindi, limitarsi a fungere da mere depositarie/custodi di un accordo privato².

In attesa che il perimetro normativo di questa nuova funzione venga meglio chiarito, occorre fin da subito precisare, per quanto qui ci occupa, che mentre il ruolo certificatorio delle rinunce e delle transazioni ha avuto, nella prassi, una funzione del tutto residuale, se non inesistente, il ruolo di sede cd. «protetta» della Commissione di certificazione ha progressivamente acquisito prevalenza anche a discapito di altre sedi tradizionali per le quali sono via via emerse criticità rilevanti inerenti, ad esempio, l'effettività dell'assistenza o vizi formali di costituzione dell'organo conciliativo (Albi 2016, 39; Lamberti 2020, 283).

Nelle ipotesi di cui al quarto comma dell'art. 2113 c.c., come noto, le conciliazioni sono sottratte al regime di impugnabilità altrimenti stabilito; in poche parole, il lavoratore non gode di alcun diritto di ripensamento che gli consenta di revocare il consenso prestato al momento della sottoscrizione dell'accordo (Pera 1990, 87; Aranguren 1981, 73).

Resta tuttavia aperta la possibilità di agire con i normali mezzi di impugnazione previsti per i contratti e per gli atti unilaterali ai sensi degli artt. 1224, 1418 e 1441 c.c., ossia per la dichiarazione di nullità o per l'annullamento del negozio a seguito, ad esempio, di un comportamento volto a coartare la volontà negoziale della parte tale da incidere sulla libertà di autodeterminazione del soggetto. Si tratta naturalmente di elementi e/o situazioni che devono essere provati da chi intende far valere l'invalidità dell'atto (Cass. n. 11107/2002). Invero, il possibile configurarsi di una violenza morale nelle transazioni in materia di lavoro dovrebbe potersi scongiurare proprio grazie alle particolari "protezioni" assicurate dall'art. 2113 c.c. (Cass. n. 20913/2020).

Ad ogni buon conto, il coinvolgimento della Commissione di certificazione nel perimetro degli atti dismissivi impone un'indagine rigorosa sui requisiti formali e sostanziali di tali atti e determina un ruolo significativo in capo al conciliatore incaricato che, alla stregua del regolamento di cui la singola Commissione si è dotata, può agire anche in funzione monocratica.

L'ampia formulazione dell'art. 2113 c.c. legittima una lettura estensiva (Alvino 2016) volta ad includere nella nozione codicistica qualunque negozio che determini la dismissione dei diritti del lavoratore senza circoscri-

² Per considerazioni più estese sul tema v. il Cap. 31 del presente volume.

vere la fattispecie a quelle derivanti dal dato letterale, così includendo nell'endiadi «rinunce e transazioni» (Novella 2007, 598; Cester 1989, 987) non solo le rinunce e transazioni in senso proprio, ma tutte le manifestazioni di volontà del lavoratore che in concreto comportino un atto dismissivo dei propri diritti (De Luca Tamajo 1976, 82; Magnani, Ferraresi 2013, 636; Cester 2016; Garofalo 2014, 476).

Ciò che rileva, ai nostri fini, è che dal documento sottoscritto emerga l'inequivocabile manifestazione di volontà del lavoratore di rinunciare o transigere, anche solo parzialmente, a propri diritti altrimenti rivendicabili (Apa 2021).

In tale ottica, acquistano rilievo sostanziale anche gli elementi formali ricavabili dal testo dell'accordo raggiunto tra le parti alla presenza della Commissione, elementi che devono essere tali da far ritenere – anche dal tenore letterale della conciliazione – che il lavoratore sia stato anche più volte edotto degli effetti della conciliazione e sia stato quindi posto in condizione di sapere a quale diritto si riferisca la rinuncia (Ciucciiovino 2016, 1543), in modo che la sua posizione risulti adeguatamente protetta (Lamberti 2024, 103) nei confronti del datore di lavoro proprio per effetto dell'intervento in funzione garantista della Commissione. In altri termini si deve trattare di un intervento diretto al superamento della presunzione di condizionamento della libertà d'espressione del consenso da parte del lavoratore³.

2. L'atto di rinuncia

Diversamente dall'accordo transattivo, che necessita di una controparte contrattuale, la rinuncia si pone come una dichiarazione unilaterale di volontà portata a conoscenza dell'altra parte, con la quale un soggetto decide di non esercitare più un suo diritto certo, determinato o determinabile (Ferraro 1991, 6; Costantini 2007, 703).

Nei negozi di rinuncia il *proprium* è rappresentato dagli effetti puramente abdicativi della dichiarazione negoziale (Vallebona 2023, 576).

Non è, infatti, superfluo chiarire che, nell'accezione civilistica, la rinuncia è un negozio istituzionalmente abdicativo di tipo unilaterale in base al quale il titolare del diritto se ne priva; in ciò si può affermare che il ne-

³ Cfr. Tribunale Roma, 26 febbraio 2021, n.1951, su una fattispecie di conciliazione raggiunta innanzi alla Commissione costituita ai sensi dell'art. 76, d. lgs. n. 276/2003.

gozio di rinuncia trova causa in se stesso, nel senso che rinunciare a un diritto è un modo legittimo di disporne, per cui non è dato indagare sulla ragione intima della rinuncia.

In linea generale, quindi, la rinuncia è quel negozio giuridico unilaterale, a carattere meramente abdicativo, con il quale un soggetto dismette un diritto che fa parte del suo patrimonio (Ferraro 1991, 14; Prosperetti 1955, 81).

Sarà quindi il lavoratore, titolare del diritto cui la rinuncia si riferisce, l'unico soggetto legittimato a compiere il negozio abdicativo, trattandosi, in specie, di una legittimazione esclusiva non sostituibile, sicché lo stesso atto non potrà essere compiuto da altri soggetti, ivi compresi i rappresentanti sindacali.

La volontà di rinunciare rappresenta quindi un atto unilaterale, al quale non è possibile estendere lo schema causale del contratto di transazione previsto dall'art. 1965 c.c.

La validità o meno dell'atto deve perciò essere valutata dalla Commissione dinanzi la quale viene compiuto in ragione della sola disponibilità o meno del diritto (Cass. 28448/2018).

Affinché il negozio dismissivo sia posto validamente in essere dal lavoratore occorre che la volontà abdicativa sia effettiva, e cioè che il lavoratore abbia la piena consapevolezza di privarsi della titolarità di diritti specifici «che siano quindi determinati o, almeno, obiettivamente determinabili» (De Luca Tamajo 2016, 159); sicché si impone, nel caso di rinuncia, un'indagine tesa ad accertare l'effettività della rinuncia stessa, cioè l'esistenza dell'*animus rinunciandi* del lavoratore (Voza 2019, 630), inteso come piena consapevolezza da parte del prestatore di lavoro dei diritti che dovrebbero costituire l'oggetto della rinuncia (Cass. 11 ottobre 1989 n. 4064).

La volontà dismissiva del lavoratore, quindi, non deve e non può risultare da una semplice dichiarazione di stile – come avviene nella quietanza a saldo, che difatti non costituisce rinuncia – ma deve consistere nell'indicazione puntuale del diritto pretermesso e nella dichiarazione di ritenerlo comunque soddisfatto e non più suscettibile di pretesa (M. Magnani 1990, 13).

Quanto al requisito formale, a norma dell'art. 2113 c.c., che – come noto – non prevede alcun requisito di forma per il compimento del negozio di rinuncia, si deve ritenere che la rinuncia sia un atto a forma libera (Macioce 1989, 943). Tuttavia, nel contesto giuslavoristico, l'eventuale ammissibilità teorica della rinuncia tacita o per *facta concludentia* finirebbe per esaltare la posizione di debolezza del lavoratore tanto che per atti o fatti di astensione o di inerzia si potrebbe impropriamente far ritenere sussistente una volontà abdicativa (Costantini 2019).

Si è generato da ciò un atteggiamento molto prudentiale, cui la Commissione deve necessariamente attenersi (Maresca 2009, 101; Romei 1994, 11).

Si sostiene, infatti, che l'efficacia dispositiva sia ammessa soltanto quando le rinunce siano univocamente e specificamente riferite a concreti diritti o pretese del lavoratore, oggettivamente determinati o determinabili, in modo che la volontà abdicativa di questi risulti chiaramente espressa e formalmente identificabile in uno scritto datato, in ragione del termine di impugnazione previsto dall'art. 2113, co. 2, c.c. (Ichino 1990, 79).

Così graniticamente si conviene, condivisibilmente, che la dichiarazione del lavoratore, oltre che contenere la precisa indicazione del diritto di cui si sta disponendo, deve poggiare sulla chiara volontà di rinunciare a tale diritto (Cass. 10218/2008), mentre la volontà abdicativa è da escludere quando il lavoratore rinunci a diritti pur esistenti, ma ancora ignoti o incerti e quindi non consapevolmente suscettibili di disposizione, essendo requisito essenziale dell'atto dismissivo proprio l'esatta determinazione o determinabilità dell'oggetto dello stesso (Novella 2009, 37).

3. L'accordo transattivo

A differenza della rinuncia, la transazione costituisce un atto bilaterale, presuppone l'incertezza riguardo alla spettanza o meno dei diritti oggetto della contesa e prevede reciproche concessioni tra le parti.

Si tratta, quindi, di un contratto a titolo oneroso, bilaterale, a prestazioni corrispettive (Del Prato 2002, 368).

Ai sensi dell'art. 1965 c.c., infatti, la transazione è un contratto con cui le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già insorta o prevengono una lite che stia per sorgere tra loro.

Nell'ambito degli strumenti che l'ordinamento offre all'autonomia privata per la regolazione di diritti e interessi, la transazione s'impone all'attenzione dei giuristi sotto molteplici profili (Santoro-Passarelli 1956, 23). Essa costituisce, infatti, il principale strumento contrattuale che è offerto all'autonomia privata per l'auto-composizione di una controversia, anche non ancora sfociata in una lite in sede giudiziaria, ed esalta, attraverso la sua funzione, il potere dispositivo delle parti.

Il conflitto giuridico, anche solo potenziale è superato attraverso il mezzo contrattuale.

Sicché, da un lato, sotto il profilo funzionale, la transazione costituisce l'istituto di elezione per conseguire il superamento del conflitto sfociato (o

sfociabile) in una lite attraverso reciproche concessioni che danno vita ad una nuova regolazione del rapporto intersoggettivo non più conflittuale; dall'altro, sotto il profilo strutturale, essa non è limitata alla mera regolazione del rapporto conflittuale, potendo le reciproche concessioni creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello in contestazione (Galletto 2013, 1379).

Le coordinate ermeneutiche sono tracciate dal citato art. 1965 c.c. e dall'art. 1966 c.c., in base a cui per procedere alla transazione le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite. La norma, ripetendo quanto già previsto dall'art. 2113 c.c., precisa altresì che la transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti (Giugni 1970, 4). Da ultimo, poi, la transazione deve avere la forma scritta ai fini della prova ai sensi dell'art. 1967 c.c.

Ai fini classificatori, la transazione raggiunta tra le parti può essere generale o speciale, propria o novativa.

Si può parlare di transazione generale – o transazione «tombale» – quando le parti intendono risolvere con un solo atto più rapporti e situazioni tra di loro intercorrenti: con la transazione generale le parti chiudono definitivamente ogni contestazione su tutti i pregressi rapporti, costituendo concordemente una nuova situazione.

In tale caso, l'accertamento imprescindibile da parte della Commissione è che il negozio transattivo non sia sostanzialmente generico e integri effettivamente un oggetto determinato o determinabile, poiché in mancanza la transazione sarebbe nulla per genericità delle pattuizioni. Le parti, quindi, non possono limitarsi ad affermare di voler porre termine ad una generica lite tra loro intercorrente, magari apponendo clausole di stile, ma nella redazione del documento transattivo, per la tenuta stessa dell'atto, devono fare specifico riferimento alla situazione e alle controversie che in esso si deducono. Diversamente, nella transazione speciale l'accordo ha ad oggetto un affare determinato e, naturalmente, in quest'ultimo caso essa produce l'effetto preclusivo della lite solo ed esclusivamente limitatamente all'affare transatto.

Più frequentemente, nelle transazioni lavoristiche la transazione ha la forma ed il contenuto di un accordo con carattere novativo in base al quale le parti, eliminando ogni pregresso rapporto, stabiliscono che l'una effettui a favore dell'altra una certa prestazione, oppure che si addivenga alla stipulazione di un nuovo contratto sostitutivo del preesistente, che dovrà quindi considerarsi venuto meno in quanto novato dall'accordo (Santoro-

Passarelli 1956, 28).

Rispetto a quella propria, le obbligazioni nascenti dalla transazione novativa, costituiscono nuove e autonome statuizioni, in sostituzione di quelle precedenti: tali obbligazioni hanno il loro fatto causativo e la fonte concorrente e complementare sempre nel contratto di transazione (Costantini 2007).

In sostanza, in tema di accordo transattivo, per esserci transazione novativa è necessario che, sul piano oggettivo, l'accordo raggiunto dalle parti disciplini per intero il nuovo rapporto negoziale e che, sul piano soggettivo, si rappresenti la specifica volontà delle parti di far sorgere un diverso rapporto obbligatorio in sostituzione di quello precedente così estinto (Raimondi 2021, 52). Ne deriva che di tale contratto sono elementi essenziali *l'aliquid novi*, inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione ovvero del titolo del rapporto, e *l'animus novandi* ovvero l'intenzione di entrambe le parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova (C. Appello Venezia n. 158/2022).

Ai fini della sua validità è perciò necessario che emerga la comune intenzione delle parti di estinguere le originarie obbligazioni per sostituirle con una nuova regolamentazione degli interessi, caratterizzata da un mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione ovvero del titolo del rapporto. La novazione, infatti, rappresenta una modalità di estinzione delle obbligazioni differente dall'adempimento e i contraenti, per mezzo di essa, decidono di risolvere il vincolo originario determinando contestualmente la liberazione del debitore e l'assunzione di nuovi obblighi reciproci.

Con riferimento al rapporto di lavoro, tuttavia, la novazione oggettiva non può avere l'ampiezza riconosciuta in generale dell'ordinamento, in considerazione della compressione dell'autonomia privata che caratterizza la relazione contrattuale. In tale ottica, l'indagine sulla reale volontà delle parti deve essere rigorosa, dal momento che potrebbe nascondere un intento fraudolento a danno del lavoratore (T. Catania 27 febbraio 2019, n. 866; Cass. 14 dicembre 2009, n. 26165).

3.1. La *res dubia* o *litigiosa*

Ulteriore elemento essenziale del negozio transattivo, la cui presenza – come detto – deve risultare dall'atto scritto contenente l'accordo, è poi la cosiddetta *res dubia*, ossia la questione rispetto alla quale sussistono diverse e opposte posizioni delle parti (Cass. 9006/2019).

È essenziale, infatti, perché si possa integrare lo schema del negozio transattivo, che sussista una pretesa che venga altrimenti contrastata, cioè

la *res litigiosa*, o, quantomeno, una pretesa sulla quale le parti abbiano posizioni controverse, la *res dubia* (Ruggieri 2019).

Si richiede quindi – da un lato – l’esistenza di uno stato di incertezza soggettiva, e cioè un rapporto giuridico avente, almeno nell’opinione delle parti, carattere d’incertezza, e – sotto altro profilo – che, nell’intento di far cessare la situazione di incertezza venutasi a creare tra loro, i contraenti si facciano delle concessioni reciproche, nel senso che l’uno sacrifichi qualcuna delle sue pretese in favore dell’altro, indipendentemente da qualsiasi rapporto di equivalenza fra *datum* e *retentum* (Cass. 6861/2003).

Con la transazione, pertanto, non solo si può definire una controversia pendente, ma può anche configurarsi un apposito regolamento in relazione ad un mero pericolo di lite (Cass. 23385/2020; Cass. 8917/2016). Rispetto a tale condizione è quindi centrale la chiara ed inequivocabile espressione di volontà delle parti, piuttosto che l’attualità di una *res litigiosa*, ben potendo quest’ultima rimanere solo allo stato *dubia* cioè potenziale.

Ciò che tuttavia rileva e deve necessariamente essere attuale, al momento dell’accordo, è l’incertezza sul rapporto giuridico intercorrente tra le parti e sui rispettivi diritti o pretese, nonché la comune volontà delle parti di comporre la *res dubia*, vale a dire la materia oggetto delle contrastanti pretese giuridiche con un nuovo regolamento di interessi, identificandosi l’oggetto della transazione stessa «non in relazione alle espressioni letterali usate dalle parti, non essendo necessaria una puntuale specificazione delle contrapposte pretese, bensì in relazione all’oggettiva situazione di contrasto che le parti stesse hanno inteso comporre attraverso reciproche concessioni» (Cass. 23482/2017; Cass. 8917/2016).

L’incertezza nasce così dalla contrapposizione delle due “visioni”, le quali vengono a costituire la base di partenza ed anche il metro di valutazione di quelle “reciproche concessioni” destinate infine a costituire il nuovo terreno di relazione tra le parti.

In riferimento, quindi, all’interpretazione del contratto di transazione, occorre indagare innanzitutto se le parti, mediante l’accordo, abbiano perseguito la finalità di porre fine all’*incertus litis eventus*, esprimendo la volontà di porre fine ad ogni ulteriore contesa o dissenso potenziale ancora da definire nei più precisi termini di una lite, giacché funzione della transazione è anche quella di porsi quale «strumento negoziale di prevenzione di una lite» (Cass. 16154/2021; Cass. 23482/2017).

L’oggetto della transazione, peraltro, non è il rapporto o la situazione giuridica cui si riferisce la discorde valutazione delle parti, ma la lite cui questa ha dato luogo o può dar luogo (Cass. 23385/20220) e che le parti

stesse intendono eliminare mediante reciproche concessioni, che possono consistere anche in una bilaterale e congrua riduzione delle opposte pretese, in modo da realizzare un regolamento di interessi sulla base di un *quid medium* tra le prospettazioni iniziali (Cass. ord. 25600/2022).

Peraltro, nessuna incidenza sulla validità e sulla efficacia del negozio può attribuirsi all'accertamento *ex post* dell'assoluta infondatezza di una delle contrapposte pretese (Cass. n. 6861/2003) e ciò in quanto la causa contrattuale, e lo scopo funzionale, è «la prevenzione della lite o il suo superamento e non quindi un astratto accertamento del contenuto esatto ed effettivo della *res dubia*» (Cass. n. 2784/2019).

3.2. Le reciproche concessioni

L'accordo conciliativo dovrà dunque possedere i requisiti richiesti dall'art. 1965 c.c. e in esso – oltre ad essere identificata la controversia insorta, o che potrebbe insorgere, fra le parti con riferimento ai diritti derivanti dal rapporto di lavoro – devono essere individuati i termini dello scambio (*i.e.* le reciproche concessioni) fra le parti (Novella 2009, 76; Lamberti 2020, 139).

Invero, laddove manchi l'elemento dell'*aliquid datum, aliquid retentum*, essenziale a integrare lo schema della transazione, questa non è configurabile come ormai graniticamente statuito, poiché alla dichiarazione con la quale il lavoratore rinuncia a qualsiasi ulteriore pretesa derivante dal pregresso rapporto di lavoro può essere riconosciuto valore di transazione solo ove l'accordo tra lavoratore e datore contenga lo scambio di reciproche concessioni, essenziale a integrare il relativo schema negoziale (Cass. 22213/2020; Cass. 28448/2018).

In ragione del fatto che le reciproche concessioni rappresentano elemento essenziale dello schema negoziale transattivo, la Commissione è tenuta a verificare che le parti sopportino reciproci sacrifici, fermo restando che non deve assolutamente verificare l'eventuale sussistenza di un principio di equivalenza economica tra le concessioni, essendo sufficiente la valutazione soggettiva delle parti in relazione a ciò a cui rinunciano in ragione delle utilità corrispettive che acquisiscono, non essendo invece richiesta la verifica puntuale di un ipotetico quanto sfuggente equilibrio economico tra le reciproche concessioni (Cass. 15874/2015; Cass. 8191/2014).

Ne consegue che, come accennato, è privo di rilievo l'eventuale squilibrio tra il *datum* ed il *retentum*, sul quale deve ritenersi esclusa ogni possibile valutazione della Commissione (e finanche giudiziale), anche alla luce di quanto previsto dall'art. 1970 c.c. (Cass. 9006/2019).

A questo proposito è stato altresì affermato che il giudice di merito non può sostituirsi alle parti nell'apprezzamento delle congruità delle reciproche concessioni (Cass. 1980/2000; Cass. 23385/2020; Cass. 7548/2003) ben potendo le parti anche limitarsi ad apportare modifiche solo quantitative ad una situazione già in atto (Cass. ord. 25600/2022). Anche in dottrina risulta pacifica la constatazione dell'irrilevanza della proporzionalità tra le reciproche concessioni in cui si sostanzia l'accordo transattivo, sottolineandosi che l'apprezzamento soggettivo della corrispettività delle prestazioni è rimesso alla autonomia privata (Del Prato 2002, 369).

In sostanza, ciò che conta, ai nostri fini, è che il verbale sia sorretto dal principio della reciprocità e della proporzionalità tra rinuncia e corrispettivo. Qualora, infatti, vi fosse la carenza della reciprocità o corrispettività verrebbe meno uno dei caratteri essenziali della transazione (Cass. 28448/2018; Cass. 20590/2017) tanto che a parere della giurisprudenza, specialmente di merito, la mancanza di tali presupposti – soprattutto laddove i corrispettivi pattuiti siano solo simbolici – può determinare la nullità del verbale di conciliazione (Trib. Milano, 577/2015; Tribunale di Monza n. 358/2015).

La medesima sanzione della nullità colpisce anche la fattispecie in cui il datore di lavoro si limiti a corrispondere esattamente quanto già spettante al lavoratore (Cass. 20780/2007).

Nulla quaestio, da ultimo, sulla risolvibilità della lite connessa al licenziamento sotto forma di transazione, atteso che alla dichiarazione del lavoratore di non aver più null'altro a pretendere dal datore di lavoro accompagnata dall'accettazione del licenziamento deve senz'altro riconoscersi valore di transazione con riferimento ai diritti del lavoratore derivanti dall'illegittimo licenziamento, in quanto l'accettazione dello stesso comporta il riconoscimento della legittimità del recesso da parte del datore di lavoro con la conseguente volontà di rinunciare alla tutela prevista per il caso di licenziamento illegittimo (Cass. 22158/2022).

Peraltro, con riferimento alle procedure *ex art. 7 l. 604/1966*, il verbale che dà atto del fallimento del tentativo di conciliazione può contenere anche la comunicazione formale del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Infatti, secondo la Suprema Corte, l'art. 7 l. 604/1966 laddove prevede che «Se fallisce il tentativo di conciliazione e, comunque, decorso il termine di cui al comma 3, il datore di lavoro può comunicare il licenziamento al lavoratore» delinea una condizione legale (sospensiva) e un termine (dilatatorio): motivo per cui, una volta che si avvera la prima o è scaduto il secondo, il datore di lavoro può comunicare il licenziamento al lavoratore

(Cass. 10734/2024).

Si consideri altresì che recentemente la Suprema Corte, con riferimento alla conciliazione giudiziale, ossia quella conclusa con l'intervento del giudice *ex* artt. 185 e 420 c.p.c., ha sottolineato come, l'intervento di un organo pubblico consente di includere qualunque oggetto nella conciliazione giudiziale. La “indisponibilità” del diritto, ossia l'impossibilità per il titolare del diritto di disporne mediante atti negoziali di autonomia privata, nella conciliazione giudiziale viene (verrebbe) meno poiché la conciliazione giudiziale è un atto che consente anche la definizione di diritti indisponibili con atti negoziali di autonomia privata (Cass. 8898/2024).

4. La dismissione di diritti futuri

Un ulteriore parametro di valutazione della Commissione si fonda sul consolidato principio *nemo trasferre potest plus iuris quam habet*.

Come noto, la rinuncia al diritto futuro è una rinuncia radicalmente nulla e priva di effetti, poiché il rinunziante – stante il difetto di attualità del diritto – non è legittimato alla disposizione dello stesso (Macioce 1989, 952).

Con espresso riferimento al diritto del lavoro, infatti, rinunciare a un diritto futuro significa, in realtà, stipulare un patto modificativo del contratto di lavoro e, se vi è una norma inderogabile in ordine al diritto rinunciato, si arriva a stipulare un patto contrario alla norma inderogabile da qualificarsi nullo ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c. (Alvino 2020, 827).

Il lavoratore potrà dunque porre in essere un valido atto dispositivo ai sensi dell'art. 2113 c.c. soltanto in quanto lo stesso abbia ad oggetto un diritto già maturato (Cass. 18405/2011).

Quando si parla di rinuncia a diritti futuri ci si riferisce, invero, a quell'atto abdicativo che ha ad oggetto diritti di cui il rinunciante non sia divenuto ancora titolare; si tratta cioè di diritti privi del requisito della attualità e, come tali, inidonei a costituire oggetto di abdicazione. Affinché, quindi, il lavoratore possa rinunciare a un proprio diritto è condizione necessaria e indispensabile che tale diritto sia già nato e sia presente nella sua sfera giuridica.

Diversamente opinando, infatti, l'accordo siglato dal lavoratore sarebbe radicalmente e inevitabilmente nullo, poiché avrebbe ad oggetto non un diritto, ma l'applicazione di una regola che, in quanto inderogabile, non può essere modificata dalle parti del rapporto in senso peggiorativo per il

lavoratore (Cass. 12561/2006).

Nel contesto giuslavoristico la rinuncia a diritti futuri si configura perciò come una regolamentazione preventiva ed elusiva della disciplina inderogabile, con la conseguenza che gli atti dismissivi aventi ad oggetto rinunce a diritti futuri vanno considerati soggetti alla radicale nullità codicistica (Voza 2006, 229).

Ne consegue che gli atti dispositivi del lavoratore aventi ad oggetto diritti non ancora entrati a far parte del proprio patrimonio giuridico sono radicalmente nulli poiché contrari alle norme imperative di legge di cui agli artt. 1418, secondo comma, e 1325 c.c., anche nell'ipotesi in cui tali rinunzie siano state sottoscritte nelle sedi protette di cui all'articolo 2113 c.c. posto che in tali sedi non si può mai addivenire ad atti regolativi contrastanti con norme imperative (Occhino, 2008, 183)⁴.

La questione, che potrebbe *prima facie* apparire scontata e, concretamente poco rilevante ai nostri fini, ha invece trovato conferme in casistiche correlate a conciliazioni raggiunte, anche in sede giudiziale, in relazione all'apposizione del termine ad un contratto di lavoro (Cass. 6664/2022) e alla rinuncia del lavoratore a rivendicare l'incidenza dell'anzianità maturata su diritti futuri (Cass. 25315/2018; Cass. 10131/2018; Maffei 2023, 514).

Più tradizionalmente questa problematica ha riguardato nella prassi il diritto alla liquidazione del trattamento di fine rapporto del lavoratore ed è stata risolta chiarendo che il trattamento di fine rapporto per il lavoratore ancora in servizio è un diritto futuro, sicché la rinuncia effettuata dal lavoratore è radicalmente nulla per mancanza dell'oggetto, non essendo ancora il diritto entrato nel patrimonio del lavoratore e non essendo sufficiente ad integrare il diritto *de quo* l'accantonamento delle somme già effettuato (Cass. 14519/2019).

Invero nonostante l'avvenuto accantonamento delle somme, il trattamento di fine rapporto non può ritenersi ancora parte del patrimonio del lavoratore prima della cessazione del rapporto, sicché per il dipendente ancora in servizio costituisce un diritto futuro, la cui rinuncia è radicalmente nulla, per mancanza dell'oggetto, ai sensi dell'art. 1418, co. 2, c.c. e dell'art. 1325 c.c. (Cass. 23087/2015).

⁴ Si intende la "sede protetta" non come luogo *formale* nell'accezione fisico-topografica, ma come luogo *istituzionale* nell'accezione garantistica della protezione affidata alla sede prescelta (Cass. 1975/2024 *contra* Cass. 10065/2024).

5. Le quietanze liberatorie

Rimane da accennare alla problematica della natura e del valore delle quietanze a saldo o liberatorie, ossia quei documenti, di regola sottoscritti a fine rapporto, con cui il lavoratore dichiara di aver percepito una determinata somma a totale soddisfacimento di ogni sua pretesa e di non aver più nulla a pretendere dal proprio datore di lavoro.

La quietanza a saldo o liberatoria, in verità, tecnicamente consiste in un mero atto ricognitivo che, se da una parte ha l'effetto di certificare l'avvenuto pagamento di una determinata somma di denaro, dall'altra costituisce una mera dichiarazione del convincimento del prestatore di lavoro di essere stato soddisfatto nei suoi diritti. In tal senso, essa non integra una volontà di auto-regolamento di interessi privati, bensì soltanto l'attestazione, contraria all'interesse di chi la rende, che è stato pagato un debito (Dessi 2019, 659).

Piuttosto, affinché la dichiarazione di quietanza possa produrre una efficacia diversa dal mero riconoscimento del pagamento, dovrà contenere una serie di elementi che dimostrino la volontà negoziale del lavoratore di dismettere un proprio diritto e che permettano, in sostanza, di individuare i requisiti strutturali dell'atto abdicativo consapevolmente sottoscritto dal lavoratore, sia esso atto di rinuncia, ovvero contratto di transazione (Smuraglia 1963, 116; Gambacciani 2010).

In difetto di tale volontà negoziale la quietanza a saldo costituisce niente più che una mera valutazione non impegnativa per il lavoratore, cioè in sostanza una mera clausola di stile al più utilizzabile ai soli fini probatori delle somme ricevute.

In sostanza, per quanto qui ci occupa, una mera quietanza non integra – al di là delle formule di stile utilizzate – un'effettiva volontà dismissoria ed abdicativa del lavoratore, tale da causare un assorbimento di tali atti nell'alveo dell'art. 2113 c.c. Infatti, la dichiarazione del lavoratore di “non aver nulla a pretendere” può assumere valore effettivo di rinuncia o di transazione solo laddove risulti accertato, sulla base dell'interpretazione del documento, eventualmente anche per il concorso di particolari ulteriori elementi di interpretazione contenuti nella stessa dichiarazione o desumibili *aliunde*, che la stessa sia stata sottoscritta dal lavoratore medesimo con la consapevolezza di disporre così di diritti determinati ovvero obiettivamente determinabili e con il cosciente intento di abdicarvi o di transigere sui medesimi (Cass. 4420/2017).

Non è dunque sufficiente a integrare l'azione dismissiva invocata dal-

l'art. 2113 c.c. una mera quietanza liberatoria rilasciata a saldo di ogni pretesa, poiché questa costituisce, di regola, una semplice manifestazione del convincimento soggettivo dell'interessato di essere stato soddisfatto di tutti i suoi diritti e pertanto concreta una dichiarazione di scienza, priva di qualsiasi efficacia negoziale (Cass. 2146/2011; Cass. 11536/2006).

Conclusivamente, quindi, ai fini della qualificazione di una dichiarazione liberatoria sottoscritta dalla parte come quietanza o piuttosto come transazione, occorre accertare se nella dichiarazione liberatoria siano ravvisabili invece gli estremi di un negozio di rinuncia o transazione in senso stretto sì che, anche per il concorso di particolari elementi di interpretazione contenuti nella stessa dichiarazione, o desumibili *aliunde*, risulti che la parte l'abbia resa con la chiara e piena consapevolezza di abdicare o transigere su propri diritti (Cass. 4042/2022).

In altri termini, la Commissione non potrà ritenere sufficiente, ai fini della validità dell'atto dismissivo, la dichiarazione con la quale il lavoratore afferma semplicemente «di non aver più nulla a pretendere» oppure di «rinunziare a qualunque diritto derivante dal rapporto di lavoro», proprio sulla scorta degli insegnamenti dottrinali sin qui citati e del consolidato orientamento giurisprudenziale che ha ritenuto trattarsi di «espressioni troppo vaghe e generiche per poter assurgere alla categoria degli atti dismissivi» (Cass. 4420/2017).

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2016), *La dismissal dei diritti del lavoratore. Art. 2113*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger P., diretto da Busnelli F.D., Milano.
- Apa S. (2021), *La conciliazione conclusa in sede protetta*, Ilgiuslavorista.it, 13 settembre 2021, nota a Tribunale Roma, 26 febbraio 2021, n. 1951.
- I. Alvino (2020), *Accordi di riduzione della retribuzione: natura giuridica e limiti dell'autonomia individuale* (nota a App. Milano 15 gennaio 2020, n. 1974), in *DRI*, 3, 827 ss.
- Alvino I. (2016), *Conciliazione*, (voce), in *EGT, Diritto-on-line*.
- A. Aranguren (1981), *La tutela dei lavoratori*, EGL, diretta da Mazzoni G., VII, Cedam, Padova, 70.
- Cester C. (2016), *Inderogabilità*, (Voce), in *EGT, Diritto-on-line*.
- Cester C. (1989), *Rinunce e transazioni* (Voce), in *Enc. Dir.*, Milano, 987.
- Ciucciovino S. (2016), *Rinunce e transazioni*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico, Commentario*, a cura di Santoro-Passarelli G., UTET, 1541 ss.
- Costantini L.A. (2007), *Rinunzie e transazioni*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da Carinci F., III, Utet, Torino, 701 e ss.
- Costantini S. (2019), *I vizi nelle rinunce e transazioni dei diritti dei lavoratori*, Ilgiuslavorista.it, 24 giugno 2019, nota a Cass., 01 aprile 2019, n. 9006.
- De Luca Tamajo R. (2016), *La (in)derogabilità della normativa lavoristica ai tempi del Jobs act*, in *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, a cura di Mazzotta O., Giappichelli, Torino, 2016.
- De Luca Tamajo R. (1976), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 159.
- Del Prato E. (2002), *Superamento della lite e transazione*, in *Riv. arb.*, 2, p. 366 ss., spec. p. 368.
- Dessi O. (2019), *Brevi riflessioni in tema di quietanze a saldo miste a rinunzie ai diritti del lavoratore*, in *Labor*, 6, 657 ss.
- Ferraro G. (1991), *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *EGT, Roma*, 1991, XXVII, 6.
- Galletto T. (2013), *La transazione: complessità dell'istituto ed attualità della funzione*, in *RTDPC*, 4, 1379 ss.
- Garofalo D. (2014), *La transazione in sede sindacale: i limiti sostanziali e processuali alla impugnabilità*, *LG*, 5, 475 ss.
- Giugni G. (1970), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore: riesame critico*, in *DL*, 1, I, 3 ss.

- Ichino P. (1990), *Norma inderogabile e valorizzazione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro*, in RGL, 1-2, I, 77 ss.
- Lamberti F. (2024), *Nuovi perimetri regolativi degli atti dispositivi del lavoratore: una metamorfose della'art. 2113 c.c.?*, in RIDL, 1, I, 97 ss.
- Lamberti F. (2020), *I limiti dell'autonomia individuale del lavoratore. Percorsi e prospettive tra inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Jovene, Napoli
- Macioce F. (1989), *Rinuncia*, (voce), in Enc. Dir., Milano, 940 e ss.
- Maffei F. (2023), *Sull'inderogabilità dell'anzianità di servizio quale mero presupposto di fatto di autonomi diritti*, in RIDL, 3, II, 514 ss.
- Magnani M. (1990), *Disposizione dei diritti*, Dig. Disc. Priv., Sez. Comm. Vol. V, Torino, Utet, 6.
- Magnani M., Ferraresi M. (2013), *Art. 2113. Rinunzie e transazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Cagnasso O. e Vallebona A., diretto da Gabrielli E., Torino, Utet, 2013, 635 ss.
- Maresca A. (2009), *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (rileggendo «L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro»)*, in DLRI, 121, 97 ss.
- Novella M. (2009), *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano.
- Novella M. (2007), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. XXIV, *Il lavoro subordinato*, a cura di Carinci F., tomo III, *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, Giappichelli, Torino, 595 e ss.
- Occhino A. (2008), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in RGL, 2, I, 183 ss.
- Pera G. (1990), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore. Art. 2113 c.c.*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger P., diretto da Busnelli F.D., Milano, Giuffrè.
- Prosperetti U. (1955), *Le rinunce e transazioni del lavoratore*, Milano, 81 e ss.
- Raimondi E. (2021), *La transazione novativa nel rapporto di lavoro*, in RIDL, 1, II, 48 ss.
- Romei R. (1994), *La prescrizione e la decadenza*, in *La disciplina dei crediti del lavoratore subordinato*, a cura di Angelini L., Renna L., Romei R., Utet, 11 ss.
- Santoro-Passarelli F. (1956), *L'accertamento negoziale e la transazione*, in RTDPC, 2, 20 ss.
- Smuraglia C. (1963), *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, 116 ss.
- Vallebona A. (2023), *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, in MGL, 3, 575 ss.
- Voza R. (2019), *Sui presupposti di validità delle rinunzie e transazioni concluse in*

sede di conciliazione sindacale, in DLM, 3, 626 ss.

Voza R. (2006), *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in RGL, 2006, 2, I, 229 ss.

I possibili titoli di imputazione delle erogazioni in denaro a favore del lavoratore

Flavia Schiavetti

SOMMARIO

1. Profili introduttivi: la natura dei diritti oggetto di conciliazione ed i possibili titoli di imputazione delle somme corrisposte al lavoratore – 2. Le somme erogate a titolo transattivo – 3. Incentivo all'esodo e somme connesse alla cessazione del rapporto di lavoro – 4. L'offerta conciliativa ex art. 6 d. lgs. n. 23 del 2015 – 5. Il risarcimento del danno – 6. Le somme conferite a fronte dell'assunzione di un obbligo di fare, non fare o permettere

1. Profili introduttivi: la natura dei diritti oggetto di conciliazione ed i possibili titoli di imputazione delle somme corrisposte al lavoratore

Nell'ambito del diritto del lavoro il primo strumento di risoluzione alternativa delle controversie è il procedimento di conciliazione attraverso il quale il lavoratore, nelle sedi di cui all'art. 2113 c.c., può disporre validamente dei propri diritti, anche derivanti da norma inderogabile, sia attraverso rinunce, sia ponendo in essere accordi transattivi ai sensi dell'art. 1965 e ss. del codice civile.

In particolare, come noto, affinché una transazione possa considerarsi genuina deve avere ad oggetto una *res litigiosa*, o quantomeno una *res dubia*, e deve prevedere, al fine di dirimere la controversia insorta od insorgenda, concessioni reciproche¹; queste ultime, generalmente, si sostanziano nella

¹ Non è possibile, nel presente contributo andare ad approfondire nel dettaglio il tema dei negozi transattivi, di cui ci si limiterà ad accennare per i profili rilevanti nel ragionamento qui seguito, per un approfondimento si rinvia a Alvino I., (Voce) *Conciliazione, Trecani on-line*, 2015; Ciucciovino S., Maresca A., *La conciliazione delle controversie di lavoro dopo il d. lgs. n. 387/1998*, *Dir. Prat. Lav.*, 1998; Ciucciovino S., *Rinunce e transazioni*, in Santoro-

rinuncia da parte del lavoratore a rivendicare l'accertamento della sussistenza di uno o più diritti a fronte del pagamento di una somma da parte del datore di lavoro, con conseguente estinzione della lite.

Con il presente contributo, quindi, ci si soffermerà ad approfondire, in *primis*, quali siano i possibili titoli da attribuire alle somme corrisposte, da prescegliere anche in conseguenza della natura dei diritti oggetto di rinuncia da parte del prestatore, per poi appurarne l'assoggettabilità a contribuzione².

Invero, seppure si arrivasse ad affermare che le parti possono liberamente decidere quale sia il titolo da utilizzare nell'ambito di una transazione, non è, invece, possibile postulare la legittimità di scelte che comportino effetti elusivi rispetto agli oneri fiscali e contributivi, prevedendo titoli contrastanti con la natura dell'oggetto dell'accordo.

La retribuzione imponibile a fini previdenziali e fiscali, infatti, deve essere intesa in senso ampio e ricomprende, ai sensi degli artt. 49 e 51 del TUIR, «tutte le somme e i valori in genere, a qualunque titolo percepiti nel periodo d'imposta, anche sotto forma di erogazioni liberali, in relazione al rapporto di lavoro».

Questa definizione è stata interpretata, da dottrina e giurisprudenza³, nel senso di includere tutte quelle erogazioni che, pur non rappresentando un diretto corrispettivo dell'attività lavorativa prestata, rinvengono in quest'ultima la causa per la corresponsione (Ferraresi, 2011, 1118) e, come si vedrà nel prosieguo, si espande fino a ricomprendere, non solo quanto percepito dal lavoratore, bensì anche tutte quelle somme che gli sarebbero dovute esser corrisposte ma non sono state effettivamente pagate, seppure

Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, 2020, 1771 ss.; Pandolfo A., (Voce) *La conciliazione e l'arbitrato nella l. n. 183/2010*, *Treccani on-line*; Pera G., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Giuffrè, 1990; Lamberti F., *I limiti dell'autonomia individuale del lavoratore*, Jovene, Napoli, 2020; Ead., *Rinunzie e transazioni: differenze e requisiti, tra reciproche concessioni e quietanze a saldo*, in questo volume, Cap. 26.

² Per quanto concerne la fiscalità delle somme erogate a diverso titolo nell'ambito delle conciliazioni si rinvia a Mastroiacovo V., *Rassegna di giurisprudenza e prassi. La rilevanza fiscale delle somme percepite in ragione di transazioni di lavoro*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2002; Tandoi D., *L'imposizione delle transazioni novative in materia di lavoro*, in *Boll. Trib.*, 1999; Ficari V., *Tassazione delle somme corrisposte a titolo transattivo e risarcimento del lucro cessante*, in *Rass. Trib.*, 1998.

³ *Ex pluribus*, C. Cost. 7 novembre 2001, n. 354 secondo la quale con la riforma del 1997 si è realizzato «il passaggio ad una più ampia accezione di base contributiva imponibile, tale da ricomprendere non solo il corrispettivo dell'attività di lavoro, ma anche altre attribuzioni economiche che nell'attività stessa rinvengono soltanto mera occasione».

nell'ambito di una transazione o di una rinuncia.

Come meglio si dirà in seguito, le voci escluse da tale computo, infatti, sono state determinate in via tassativa dal legislatore con l'art. 12 della legge n. 153 del 30.4.1969, come modificato dall'art. 6 d. lgs n. 314 del 2 settembre 1997, e, per quanto di interesse nell'analisi qui proposta, ricomprendono le somme erogate in occasione della cessazione del rapporto di lavoro e quelle finalizzate a risarcire i danni non patrimoniali; in conseguenza vengono esclusi dall'imponibilità contributiva unicamente quegli importi conferiti per un titolo specifico espressamente non riconducibile al rapporto di lavoro, anche se erogati in mera connessione di occasionalità con quest'ultimo.

Il titolo di imputazione delle erogazioni in denaro a favore del lavoratore, quindi, non può che essere individuato in funzione del diritto posto ad oggetto dell'atto di transazione, la cui natura determina anche quali siano gli effetti contributivi e fiscali applicabili, a nulla rilevando il fatto che il conferimento avvenga, o meno, nell'ambito di una più ampia transazione.

2. Le somme erogate a titolo transattivo

Il dibattito sulla natura, e quindi sull'assoggettabilità a contribuzione previdenziale delle somme erogate a titolo di transazione, è stato negli anni assai fervido e si è concentrato in un primo momento sulla distinzione tra transazioni semplici e novative, negando che le seconde potessero essere considerate come accordi direttamente derivanti dal rapporto di lavoro, con conseguente esclusione dei relativi importi dall'imponibile contributivo⁴.

Negli anni la giurisprudenza si è poi concentrata sulla definizione dell'*animus novandi* delle parti, sancendo il principio secondo il quale il carattere novativo dell'accordo può sussistere solo laddove vi sia un'oggettiva incompatibilità tra il rapporto preesistente e quello originato dall'accordo transattivo, in modo che le reciproche obbligazioni sorte con l'atto possano essere considerate oggettivamente diverse da quelle originali, non essendo

⁴ Nel messaggio n. 7585 del 2006, l'INPS sottolinea come l'esclusione dalla base imponibile delle somme erogate in seguito a transazioni stipulate nel corso oppure non sia automatica ma dipenda dalla loro riferibilità o meno ad una obbligazione aventi natura retributiva, per la cui valutazione si deve procedere ad una attenta disamina dei contenuti della specifica transazione, nonché delle originarie pretese oggetto della controversia.

sufficiente una modifica che non preveda l'elisione del collegamento con il contratto precedente⁵.

Pertanto, al di fuori dell'ipotesi di un'espressa manifestazione di volontà delle parti in tal senso, il giudice di merito deve accertare se le parti, nel comporre l'originario rapporto litigioso, abbiano inteso o meno addivenire alla conclusione di un nuovo rapporto, costitutivo di autonome obbligazioni, ovvero se esse si siano limitate ad apportare modifiche alle obbligazioni preesistenti senza spezzare il collegamento con il precedente contratto, che continuerebbe così a rappresentare la causa su cui si fonda l'accordo transattivo (Zilio Grandi, 1993, 1125).

Seguendo questa impostazione, potrebbero essere considerati genuinamente novativi solo quegli atti con cui si estingue il contratto originario, o si rinuncia all'accertamento della sussistenza del rapporto di lavoro sottostante ai diritti oggetto di transazione (Ferraresi, 2011, 1118).

Di conseguenza, quindi, quando la transazione ha ad oggetto diritti derivanti, anche indirettamente, da un rapporto di lavoro la somma conferita al lavoratore dovrà essere assoggettata a contribuzione previdenziale, indipendentemente dal fatto che le parti la vogliano qualificare come novativa.

In ogni caso, bisogna tener presente che gli accordi conclusi ai sensi dell'art. 2113 c.c. possono produrre effetti esclusivamente tra le parti stipulanti e non possono travolgere l'obbligo del datore di corrispondere i contributi all'ente previdenziale, ai sensi del terzo comma dell'art. 2115 c.c. che sancisce la nullità di qualsiasi fatto diretto ad escludere gli obblighi relativi alla previdenza o all'assistenza⁶.

In relazione all'obbligazione contributiva, quindi, un rapporto diretto tra datore e lavoratore sorge solo al momento in cui decorre il termine di prescrizione dei crediti contributivi e si determina una lesione del diritto del prestatore con conseguente danno di carattere patrimoniale.

In quest'ultimo caso, quindi, potrà essere oggetto di rinuncia o transazione non il credito previdenziale dell'Ente, bensì il diritto al risarcimento del danno contributivo di cui all'art. 2116, secondo comma, c.c.⁷; tale atto abdicativo, inoltre, non potrà essere esercitato dal lavoratore prima che il

⁵ Cass., 2 marzo 2020, n. 2674; Cass., 11 novembre 2016, n. 23064; Cass., 14 luglio 2011, n. 15444; Cass., 14 giugno 2006, n. 13717 tutte in banca dati *onelegale.wolterskluwer.it*.

⁶ Cass. 13 marzo 2009, n. 6221, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 3, 455.

⁷ Cass. 24 luglio 1971 n. 2483, in *Foro it.* 1972, I, 2610, con nota di Martinelli, *Intorno agli art. 2113 e 2115 c.c.*

danno patrimoniale si attualizzi, ovverosia, solo quando il lavoratore abbia maturato i requisiti per l'accesso alla prestazione previdenziale o con la prescrizione dei contributi omessi⁸.

Altra questione di grande interesse è quella che concerne il *quantum* delle somme offerte dal datore di lavoro a fronte della generale rinuncia da parte del lavoratore ad ogni diritto di credito riconducibile, direttamente ed indirettamente, al rapporto di lavoro sino alla data di conciliazione.

Come anticipato in premessa, affinché un contratto di transazione possa essere considerato valido ai sensi dell'art. 1965 del c.c., oltre ad avere ad oggetto una *res dubia*, deve prevedere reciproche concessioni tra le parti, indipendentemente da qualsiasi rapporto di equivalenza tra *datum* e *retentum*⁹; la funzione della corrispettività, infatti, è unicamente quella di superare la lite intercorrente non rilevando la sussistenza o meno di un equilibrio economico tra le rispettive posizioni delle parti, in quanto la considerazione dei reciproci sacrifici e vantaggi derivanti dal contratto ha carattere puramente soggettivo ed è rimessa all'autonomia negoziale delle parti¹⁰.

Tuttavia, secondo alcune pronunce di merito intervenute negli ultimi anni¹¹, qualora la somma offerta dal datore di lavoro a fronte delle rinunce del lavoratore debba essere considerata talmente esigua da non poter in alcun modo rappresentare un sacrificio, l'atto di transazione sarebbe nullo, non per la mancanza di equilibrio tra le reciproche concessioni, bensì perché verrebbe a cadere un requisito essenziale del contratto di transazione quale quello della corrispettività delle prestazioni.

⁸ Cass., 8 giugno 2021 n. 15947, con nota di Torsello, *Riflessioni sul diritto all'integrità contributiva*.

⁹ Cass., 17 agosto 1990, n. 8330, in *Giust. civ. Mass.*, 1990.

¹⁰ Cass., 1 aprile 2019, n. 9006, in banca dati *foroplus.it*.

¹¹ Tra le altre Trib. Milano, sez. lav., 2 marzo 2015 n. 577 in banca dati *foroplus.it*, nel caso di specie la conciliazione prevedeva il pagamento di 50,00 euro lordi a fronte della rinuncia da parte del lavoratore «a qualsivoglia domanda, precedente od ulteriore, di qualsivoglia natura ed entità attinenti al rapporto di lavoro intercorso, in ogni sua fase ed aspetto», nell'ambito di un rapporto di lavoro della durata di quasi quattro anni formalizzato con contratti di collaborazione a progetto per lo svolgimento dell'attività di cuoca presso un asilo nido; nello stesso senso Trib. Roma, sez. lav., 8 maggio 2019, n. 4354.

3. Incentivo all'esodo e somme connesse alla cessazione del rapporto di lavoro

Il datore può corrispondere al lavoratore uscente una somma, aggiuntiva alle dovute spettanze di fine rapporto, finalizzata ad agevolare la decisione del prestatore di interrompere il rapporto di lavoro o di aderire ad una proposta di risoluzione consensuale, cd. incentivo all'esodo, oppure, in caso di licenziamento, una somma preordinata a favorire l'accettazione della cessazione facilitando così lo scioglimento del rapporto.

Come anticipato nelle premesse, il legislatore, con la modifica operata dalla riforma del 1997 all'art. 12 della legge n. 153 del 30.4.1969 let. b), ha escluso queste somme dal computo della retribuzione imponibile ai fini previdenziali, può apparire però necessario chiarire quale sia la portata dell'ambito di esclusione cercando di comprendere quali siano le tipologie di erogazione riconducibili a tale fattispecie e quali conferimenti, seppur pagati in occasione della cessazione, conservino natura retributiva e quindi siano assoggettabili a contribuzione.

La giurisprudenza¹², infatti, ha più volte sottolineato che l'elencazione, operata dal citato art. 12, degli emolumenti totalmente o parzialmente esenti dalla contribuzione previdenziale ha carattere tassativo e non può essere estesa ad istituti diversi, se non nei limiti puntualmente individuati da nuove disposizioni; è pertanto precluso all'interprete ricorrere ad un'interpretazione analogica per escludere dalla retribuzione imponibile a fini previdenziali erogazioni diverse da quelle espressamente elencate sulla base di una *eadem ratio*.

Possono, quindi, ricondursi tra le somme, che hanno come finalità quella di indurre il lavoratore ad anticipare la risoluzione del rapporto di lavoro rispetto alla sua naturale scadenza¹³, esclusivamente quelle erogate

¹² Cass., 21 febbraio 2001, n. 2571, in *Giur. It.*, 2001, con nota di Picchiami; Cass., S.U., 3 giugno 1985 n. 3292, in banca dati *onelegale.wolterskluwer.it*; Cass. 19 febbraio 1987 n. 1813, in banca dati *onelegale.wolterskluwer.it*; Cass. 2 giugno 1988 n. 3749 in *Notiz. Giur. Lav.*, 1988, 414 ed in *Foro It.*, 1989, I, 138; Cass. 6 settembre 1991 n. 9396, in *Mass. Giur. It.*, 1991; Cass. 26 marzo 1994 n. 2968 in *Mass. Giur. It.*, 1994; Cass. 1° marzo 1996 n. 6923, in *Mass. Giur. It.*, 1996; Cass. 27 luglio 1999 n. 8140 in *Mass. Giur. It.* 1999.

¹³ Cfr. Circolare Inps n. 170 del 19 luglio 1990, con cui l'Ente previdenziale è intervenuto a chiarire il trattamento dei diversi emolumenti corrisposti ai prestatori di lavoro in occasione della cessazione del rapporto, in relazione al testo dell'art 6 d. lgs. 153 del 1969 precedente alla riforma.

in caso di recesso pretermine dal rapporto di lavoro a tempo determinato, quelle collegate alla cessazione anticipata dal rapporto a tempo indeterminato laddove siano previste, dalla legge o dal contratto applicato, limitazioni al potere datoriale di recesso, le somme corrisposte in caso di prepensionamento nonché, infine, quelle finalizzate ad agevolare le riduzioni di personale attraverso licenziamenti collettivi.

Saranno invece ricondotte nell'ambito della nozione di retribuzione ai fini dell'imponibilità contributiva tutte quelle erogazioni che, pur essendo erogate al momento della cessazione del rapporto ed in relazione con questa, hanno una finalità diversa dalle precedenti; in particolare non sarà possibile considerare esenti da contribuzione premi e gratifiche di fine rapporto o altre erogazioni, comunque denominate, che non rispettino i connotati essenziali dell'art. 2120 del cod. civ.¹⁴.

Allo stesso modo restano escluse dall'esenzione contributiva le somme dovute al lavoratore a titolo di indennità di mancato preavviso; anche in questo caso, infatti, l'eventuale rinuncia da parte del lavoratore del *quantum* dovuto non travolgerebbe i contributi, in ogni caso dovuti all'Ente previdenziale¹⁵.

4. L'offerta conciliativa ex art. 6 d. lgs. n. 23 del 2015

Il legislatore, con il d. lgs. n. 23 del 2015, ha delineato uno strumento dedicato ad incentivare il ricorso alle procedure di conciliazione nelle sedi di cui all'art. 2113 del c.c. nei casi di transazioni aventi ad oggetto il licen-

¹⁴ Secondo quanto chiarito dall'Inps, quindi, dovrebbero essere sottoposte a contribuzione quelle somme conferite a titolo di integrazione del TFR che eccedono per ciascun anno di servizio una quota pari e comunque non superiore all'importo della retribuzione dovuta per l'anno stesso divisa per 13,5, come sancito dal legislatore con l'art. 2120 c.c.

¹⁵ Cass., 13 maggio 2021, n. 12932, in banca dati *onelegale.wolterskluwer.it*, secondo la quale «l'estraneità della transazione, intervenuta tra datore di lavoro e lavoratore, al rapporto contributivo discende dal principio per cui alla base del calcolo dei contributi previdenziali deve essere posta la retribuzione, dovuta per legge o per contratto individuale o collettivo, e non quella di fatto corrisposta, in quanto l'espressione usata dalla l. n. 153 del 1969, art. 12, per indicare la retribuzione imponibile («tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro») va intesa nel senso di tutto ciò che ha diritto di ricevere, ove si consideri che il rapporto assicurativo e l'obbligazione contributiva ad esso connesso sorgono con l'instaurarsi del rapporto di lavoro, ma sono del tutto autonomi e distinti».

ziamento dei lavoratori¹⁶ assunti dopo il 5 marzo 2015¹⁷; secondo quanto previsto dall'art. 6, il datore di lavoro, al fine di scongiurare l'alea di un giudizio sulla validità del licenziamento, può proporre al lavoratore, entro il medesimo termine di decadenza dell'impugnazione stragiudiziale del licenziamento¹⁸, un'offerta conciliativa incentivata, il cui esito, positivo o negativo, deve essere comunicato agli enti entro 65 giorni dalla cessazione del rapporto.

Può essere interessante sottolineare come il termine decadenziale indicato dal legislatore per l'offerta conciliativa, pari a 60 giorni dal licenziamento, si riferisca esclusivamente al momento in cui il datore di lavoro abbia portato a conoscenza del lavoratore l'offerta e non anche all'espletamento dell'intera procedura di fronte alla sede protetta, che può concludersi anche in un momento successivo¹⁹.

Con questa previsione, inoltre, non è stato creato un nuovo strumento di risoluzione stragiudiziale delle controversie, bensì è stato introdotto un sistema di incentivazione al ricorso agli istituti già previsti nell'ordinamento, attraverso l'introduzione di una ipotesi di esenzione fiscale e contributiva in presenza dei requisiti di legittimità previsti dal medesimo articolo; tuttavia, a ben vedere questa erogazione ha la medesima finalità delle altre somme erogate al fine di favorire l'accettazione della cessazione del rapporto, che già godono dell'esenzione contributiva prevista dall'art. 12 della legge n. 153 del 30.4.1969 let. b), di conseguenza l'incentivazione prevista concerne unicamente la defiscalizzazione della somma, che altrimenti non spetterebbe.

¹⁶ Restano esclusi dall'ambito di applicazione della norma i dirigenti.

¹⁷ Parte della dottrina ha sottolineato che questo strumento può essere applicato anche quando non si applichino le cd. tutele crescenti, ed in particolare ai quei lavoratori che, pur essendo stati assunti dopo il 7 marzo 2015, sono titolari di un contratto di lavoro in deroga agli artt. 2, 3 e 4 d. lgs. 23/2015, oppure ai lavoratori in prova. Cfr. Falsone M., *La conciliazione ex art. 6 d. lgs. 23/2015 tra autonomia privata e incentivi statali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 274/2015.

¹⁸ Sul termine di decadenza in relazione al licenziamento orale si veda M. Falsone, *ult. Op. Cit.* che sottolinea come, nel caso in cui l'offerta conciliativa concerna un licenziamento orale, il termine di riferimento per la proposta conciliativa dovrebbe essere non il termine decadenziale di 60 giorni, bensì il termine prescrizione quinquennale.

¹⁹ In tal senso è intervenuto anche l'INL che, con la nota n. 148 del 10/01/2020, ha chiarito che «ai fini della tempestività dell'offerta, sia dirimente la comunicazione della medesima da parte del datore di lavoro, mentre la formalizzazione dell'accordo e la consegna dell'assegno circolare possano avvenire anche in tempi successivi».

Un primo requisito è rappresentato dalle modalità di determinazione del *quantum* offerto che deve essere pari ad una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a tre e non superiore a ventisette mensilità; tale importo sarà dimezzato, e comunque non potrà superare le sei mensilità, qualora il datore di lavoro non raggiunga i limiti dimensionali previsti dall'art 18 St. lav.

Un secondo limite è rappresentato dalla vincolatività della forma di pagamento che può avvenire esclusivamente attraverso la consegna di un assegno circolare; appare evidente la *ratio* che ha spinto il legislatore a prescegliere un mezzo di pagamento che sia in grado di garantire la disponibilità economica della somma da parte del datore di lavoro e la liquidazione dell'intero importo al momento della conclusione dell'accordo, che si perfeziona con la consegna dell'assegno stesso.

Ad una prima lettura potrebbe sembrare che il legislatore voglia sottrarre alle parti la possibilità di determinare la controprestazione dovuta dal datore a fronte della rinuncia ad impugnare il licenziamento, tuttavia la norma precisa che, sempre nell'ambito della medesima procedura conciliativa, potranno essere concordate ulteriori somme da assoggettarsi all'imposizione fiscale e contributiva propria della natura dei diritti rinunciati.

Nell'ambito di un accordo transattivo complessivo, quindi, a fronte della rinuncia ad impugnare il licenziamento, potrà essere concordata la corresponsione di due somme di cui la prima, calcolata sulla base delle indicazioni del legislatore, seguirà il regime agevolato di cui all'art. 6 mentre la seconda potrà essere ricondotta tra le erogazioni connesse alla cessazione del rapporto di lavoro e quindi sarà sottoposta alla sola tassazione, sulla base di quanto delineato nel paragrafo che precede; sarà, poi, sempre nella possibilità delle parti affiancare un accordo transattivo con cui definire ogni diritto di credito riconducibile, direttamente ed indirettamente, al rapporto di lavoro da assoggettare, invece, a tassazione e contribuzione.

5. Il risarcimento del danno

A fronte di un danno subito dal lavoratore, se la condotta datoriale è ricollegabile causalmente all'evento che lo ha generato, questi può chiedere un risarcimento finalizzato ad ottenere il ripristino della situazione antecedente, ed anche queste somme possono essere oggetto di una transazione, sia autonomamente che nell'ambito di un più ampio accordo.

L'importanza di comprendere la corretta qualificazione delle somme corrisposte risiede nel fatto che, a seconda del fatto che esse siano riconducibili ad una perdita di redditi oppure ad una perdita economica subita dal creditore a causa della mancata, inesatta o ritardata prestazione del debitore, si modifica il trattamento fiscale e contributivo. Nel primo caso ci si trova di fronte ad un danno emergente, ovvero ad una perdita di un'utilità già presente nel patrimonio del danneggiato, mentre nel secondo ad un lucro cessante, vale a dire ad un mancato guadagno che si sarebbe verificato se l'evento dannoso non avesse avuto luogo.

Per comprendere quale sia il corretto trattamento, fiscale e contributivo, da applicare alle somme versate a titolo di risarcimento del danno si deve far riferimento all'art. 6 comma 2 del TUIR secondo il quale «I proventi conseguiti in sostituzione di redditi (... omissis...) a titolo di risarcimento di danni consistenti nella perdita di redditi, esclusi quelli dipendenti da invalidità permanente o da morte, costituiscono redditi della stessa categoria di quelli sostituiti o perduti», nonché all'art. 12 della legge n. 153 del 30.4.1969 let. c) che inserisce tra le esclusioni dalla base imponibile tutte quelle somme corrisposte, anche in forma assicurativa, a titolo di risarcimento danni. Di conseguenza, per determinare correttamente il regime di imponibilità è necessario valutare, caso per caso, la funzione sostitutiva o integrativa del reddito.

In via generale si può affermare che, ogniqualvolta si verifichi la compensazione di una mancata percezione dei redditi, il risarcimento deve essere ricondotto nel computo reddituale del lavoratore e, quindi, le somme corrisposte dovranno essere sottoposte a tassazione, mentre quando gli emolumenti saranno finalizzati ad indennizzare una perdita subita, questi dovranno essere esclusi dall'imponibile e dovranno essere considerati esenti²⁰.

Graverà sul contribuente l'onere di dimostrare che l'indennità percepita fa riferimento a voci di risarcimento non patrimoniale, esenti da tassazione²¹; a tal fine non è sufficiente che le parti indichino nell'accordo che la somma concordata ha carattere risarcitorio, perché costituirebbe risarcimento, in questo caso di natura patrimoniale, anche il ristoro di emolumenti non percepiti, ma che traggano comunque origine dal rapporto di lavoro e che, quindi, costituiscono redditi da lavoro dipendente sicuramente rientranti nella base imponibile del lavoratore²².

²⁰ Cfr. ADE risoluzione n. 106 del 22 aprile 2009 e n. 356/E del 7 dicembre 2007.

²¹ Cass. 25 gennaio 2010, n. 1349, in banca dati *onelegale.wolterskluwer.it*.

²² Si pensi ad esempio alle somme connesse alla cessazione del rapporto di lavoro che po-

Di conseguenza, per una corretta qualificazione del danno non patrimoniale bisognerà fondare la scelta del titolo sul pregiudizio subito che ha causato la perdita economica patita dal patrimonio del lavoratore danneggiato; di conseguenza possono essere ricondotti a tale fattispecie le lesioni dell'integrità psico-fisica del lavoratore, accertabili clinicamente, il danno esistenziale, quando non si limiti ad esprimere un disagio di natura meramente emotiva ed interiore, bensì assuma i connotati di un'alterazione delle abitudini e degli assetti relazionali, oggettivamente accertabile²³ e la lesione dell'immagine professionale e della dignità personale del lavoratore²⁴.

Non è possibile in questa sede entrare nel merito della ricostruzione delle singole voci di danno patrimoniale e non patrimoniale, potrebbe però essere interessante analizzare alcuni degli indirizzi giurisprudenziali più dubbi che sono intervenuti a delineare una possibile casistica delle due fattispecie, con particolare riguardo alle ipotesi più incerte, maggiormente comuni negli accordi transattivi nell'ambito di un rapporto di lavoro quali quelli del danno da demansionamento, da perdita della capacità lavorativa e da mancato accrescimento personale, tutti riconducibili alla più generale categoria della perdita di *chance*.

La qualificazione di quest'ultima non è univoca in dottrina ed in giurisprudenza e, quindi, potrebbe configurare, a seconda del fatto che la si ritenga o meno un bene autonomo, sia un danno emergente che un lucro cessante (Sapone, 2009, 258; Stamerra, 2021, 250; Bianchi, 2022).

Secondo una prima tesi, cd. eziologica, la perdita di *chance* rappresenta meramente il nesso causale tra l'illegittimo atto lesivo del diritto ed il danno la cui valutazione si basa sulla probabilità di realizzazione dell'evento impedito dal comportamento danneggiante del datore di lavoro (Caringella, 2004, 267); il danno, quindi, può essere ricondotto nella categoria del lucro cessante perché il danno inciderebbe sul medesimo bene giuridico riconducibile all'evento atteso ma che non si è potuto verificare.

trebbero anche essere qualificate come risarcimento del danno conseguente all'illegittimo comportamento del datore ma che comunque rientrerebbero nell'imponibile fiscale, seguendo il regime già delineato nel par. 35.3.

²³ Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572; Cass., Sez. lav., 26 gennaio 2015, n. 1327; 19 dicembre 2008, n. 29832.

²⁴ Cass., 3 maggio 2016, n. 8709, in banca dati onelegale.wolterskluwer.it; Cass. 20 febbraio 2015, n. 347, in banca dati onelegale.wolterskluwer.it; Cass., 4 marzo 2011, n. 5237, in banca dati onelegale.wolterskluwer.it.

L'orientamento maggioritario, cd. ontologico²⁵, separa la *chance* dal risultato atteso, ricostruendo la prima come bene autonomo presente autonomamente nel patrimonio del lavoratore (Capecchi, 2021, 23) e, di conseguenza, in questo secondo caso, il risarcimento sarebbe riconducibile alla nozione di danno emergente perché concernerebbe la possibilità stessa di conseguire il bene quale «entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione»²⁶. Tuttavia, in questo caso, l'esistenza del danno non può essere considerata un'automatica conseguenza nelle varie ipotesi di inadempimento datoriale e grava sul lavoratore, ai fini del riconoscimento del diritto al risarcimento del danno, dare specifica allegazione concernente la natura e le caratteristiche del pregiudizio patito²⁷.

Anche l'Agenzia delle Entrate, con la risposta a interpello n. 185/2022, sposa appieno la tesi ontologica sottolineando però come le erogazioni conferite a titolo di perdita di *chance* professionali possono essere qualificate alla stregua di risarcimenti di danno emergente solo nel caso in cui ne sia stata data prova concreta dell'esistenza e dell'ammontare, anche indicando quali aspettative siano state frustrate dal comportamento datoriale illegittimo²⁸.

La giurisprudenza ha tentato di superare questa visione dicotomica, ricomponendo una definizione unitaria della nozione di perdita di *chance* e affermando la complementarità delle due precedenti nozioni; secondo questa ricostruzione assumono rilievo entrambe le definizioni e la *chance* è utilizzata sia per descrivere l'evento dannoso, formando il nesso di causalità tra il comportamento datoriale ed il danno subito, consistente nella perdita della possibilità di conseguire un risultato, sia come voce autonoma del risarcimento, in quanto riveste anche il ruolo di conseguenza dell'illecito che ha determinato il verificarsi del danno (Loconte 2022, 2411).

Questo tentativo, tuttavia, non ha avuto come effetto una semplificazione del procedimento qualificatorio della fattispecie per cui deve essere considerato fallimentare; stante il fatto che ripropone in fase di valutazione della tipologia di danno, patrimoniale o non patrimoniale, un'alternanza di

²⁵ Cass., n. 14842, 10 maggio 2022, in banca dati *onelegale.wolterskluwer.it*.

²⁶ Cass. Civ., Sez. II, 27 maggio 2009, n. 12354 in *Giur. It.*, 2010, 2, 312.

²⁷ Cass., 4 marzo 2011, n. 5237, cit.; Cass., 21 luglio 2003, n. 11322, in *Foro It.*, 2004, 1, 155.

²⁸ Cfr.; Cass., 7 luglio 2006, n. 15522, in banca dati *onelegale.wolterskluwer.it*; Cass., 25 maggio 2007, n. 12243, in banca dati *onelegale.wolterskluwer.it*.

soluzioni riconducendo la fattispecie concreta di volta in volta alle diverse tipologie di danno emergente e lucro cessante.

A nulla rileverà invece il *nomen iuris* liberamente scelto dalle parti anche se nell'ambito di una transazione, in quanto l'accordo raggiunto non può incidere sulla corretta qualificazione delle somme andando a modificare la natura del bene lesa.

6. Le somme conferite a fronte dell'assunzione di un obbligo di fare, non fare o permettere

A conclusione di questa disamina, dobbiamo accennare alle somme erogate a fronte dell'assunzione di un obbligo di fare, non fare o permettere; questa fattispecie si riferisce esclusivamente a quei casi in cui tra le parti non sussista alcun tipo di rapporto lavorativo, in altre parole in quelle situazioni in cui il lavoratore non abbia reso una prestazione lavorativa, di qualunque tipo ed a qualunque titolo, nei confronti del datore. Possiamo portare ad esempio quei casi in cui un dipendente che ha svolto la sua prestazione nell'ambito di un appalto, o di una somministrazione di lavoro, rivendichi la sussistenza di un rapporto di lavoro nei confronti del soggetto appaltante, o utilizzatore, oppure a quei casi in cui a fronte di una promessa di assunzione, questa non si verifichi per volontà della società datrice.

Tali conferimenti sono svincolati da uno specifico titolo retributivo e non sono ricollegabili all'attività lavorativa svolta bensì solo all'impegno di non instaurare, o proseguire, un'azione di accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra le parti; di conseguenza, gli importi corrisposti, non saranno riconducibili ad una prestazione lavorativa e non saranno assoggettabili ad alcuna forma di tutela previdenziale.

Non sono, invece, riconducibili a tale fattispecie tutte quelle somme conferite a fronte dell'obbligo del lavoratore a non impugnare un licenziamento, presunto illegittimo, oppure a non proporre un'azione per il riconoscimento di diritti, sorti in relazione al rapporto di lavoro. I proventi derivanti da queste transazioni, infatti, secondo quanto abbiamo detto nei paragrafi che precedono, hanno una funzione sostitutiva di eventuali trattamenti retributivi e devono essere ricondotti alla definizione di reddito imponibile di cui all'art. 6, comma 2, primo periodo, del T.U.I.R., in base al quale costituiscono redditi della stessa categoria di quelli sostituiti o perduti.

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2015), (Voce) *Conciliazione*, in *Enciclopedia Treccani on-line*.
- Bianchi L. (2022), *La non imponibilità del risarcimento del danno da perdita di "chance" per mancato accesso al sistema della retribuzione di risultato*, in *Riv. Giur. Trib.*, 880.
- Capecchi M. (2021), *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale*, in *Contratto e impresa*, 23 ss.
- Caringella F. (2007), *Obbligazioni e responsabilità*, in *Studi di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 267.
- Ciucciovino S., Maresca A. (1998), *La conciliazione delle controversie di lavoro dopo il d. lgs. n. 387/1998*, *Dir. Prat. Lav.*
- Ciucciovino S. (2020), *Rinunce e transazioni*, in Santoro-Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, Utet Giuridica, 1771 ss.
- Falsone M. (2015), *La conciliazione ex art. 6 d. lgs. 23/2015 tra autonomia privata e incentivi statali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 274/2015*.
- Ferraresi M. (2011), *L'irrisolta questione della imponibilità previdenziale delle somme corrisposte al lavoratore nell'ambito di un contratto di transazione (novativa)*, *Dir. relaz. ind.*
- Ficari V. (1998), *Tassazione delle somme corrisposte a titolo transattivo e risarcimento del lucro cessante*, in *Rass. Trib.*
- Lamberti F. (2020), *I limiti dell'autonomia individuale del lavoratore*, Napoli, Jovene.
- Loconte S. (2022), *La (ir)rilevanza del risarcimento del danno da demansionamento ai fini dell'imponibile IRPEF*, in *il fisco*, 2411 ss.
- Maresca A. (2009), *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (rileggendo "L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro")* in *DLRI*.
- Mastroiacovo V. (2002), *Rassegna di giurisprudenza e prassi. La rilevanza fiscale delle somme percepite in ragione di transazioni di lavoro*, in *Riv. Dir. Trib.*
- Pandolfo A. (2012), (Voce) *La conciliazione e l'arbitrato nella l. n. 183/2010*, in *Enciclopedia Treccani on-line*.
- Pera G. (1990), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Milano, Giuffrè.
- Sapone N. (2009), *I danni nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè.
- Stamerra F. (2021), *Perdita della capacità lavorativa, chance e risarcimento del danno patrimoniale*, in *Lav. Giur.*
- Tandoi D. (1999), *L'imposizione delle transazioni novative in materia di lavoro*, in *Boll. Trib.*
- Torsello L. (2021), *Riflessioni sul diritto all'integrità contributiva*, in *Lav. Giur.*

Zilio Grandi G. (1993), *Transazioni e retribuzione imponibile. Appunti sulla nozione di retribuzione*, in *Giur. Ita.*

Capitolo 28

Autonomia delle parti e obbligazione contributiva nella sospensione della prestazione lavorativa

Giuseppe Ludovico

SOMMARIO

1. Premessa – 2. Il rapporto tra obbligazione retributiva e contributiva secondo il più recente orientamento dei giudici di legittimità – 3. La speciale disciplina del minimale contributivo per il settore edile e la sua interpretazione come regola generale – 4. La necessaria distinzione tra i presupposti dell'obbligazione contributiva e la sua quantificazione

1. Premessa

Nel corso della decennale attività svolta dalla Commissione di Certificazione dell'Università degli Studi "Roma Tre" non è stato infrequente assistere a soluzioni transattive che prevedevano la pattuizione di un periodo di sospensione della prestazione lavorativa prima dello scioglimento definitivo del rapporto, con correlativa perdita della retribuzione corrispondente al mancato svolgimento dell'attività lavorativa. Si tratta, a ben vedere, di pattuizioni che rientrano nella normale dinamica delle transazioni tra le parti che preferiscono sospendere la prestazione in vista della imminente cessazione del rapporto anche per agevolare il reperimento di una nuova occupazione da parte del lavoratore e la sua eventuale sostituzione da parte del datore di lavoro.

Se la sospensione consensuale della prestazione lavorativa non pone particolari problemi sul piano della compatibilità con l'art. 2113 cod. civ., trattandosi di una scelta che costituisce espressione dell'autonomia negoziale delle parti, non altrettanto può dirsi per gli effetti che la mancata erogazione della retribuzione conseguente alla sospensione della prestazione produce sul piano del rapporto giuridico previdenziale con particolare riguardo all'obbligazione contributiva.

Da questo versante – come si vedrà – i giudici di cassazione hanno assunto in tempi più recenti una posizione che è andata gradualmente con-

solidandosi fino a diventare nettamente maggioritaria.

Ferma restando la netta prevalenza di tale posizione dalla quale prudenzialmente non sarebbe opportuno discostarsi dal punto di vista operativo, è possibile nondimeno svolgere sul piano teorico alcune critiche all'indirizzo della soluzione accolta dai giudici di legittimità che muovono – come si avrà modo di illustrare – da una opinabile e tecnicamente discutibile concezione degli effetti che le vicende del rapporto e dell'obbligazione retributiva producono sulla sottostante obbligazione contributiva.

2. Il rapporto tra obbligazione retributiva e contributiva secondo il più recente orientamento dei giudici di legittimità

Con alcune recenti decisioni i giudici di legittimità hanno accolto il principio secondo il quale in caso di sospensione consensuale della prestazione la mancata corresponsione della retribuzione non produce effetti sull'obbligazione contributiva che rimane così insensibile alle scelte compiute dalle parti nell'esercizio della loro autonomia negoziale che assumerebbero rilievo unicamente nell'ambito del rapporto contrattuale senza alcuna ulteriore conseguenza sul piano previdenziale¹.

Le argomentazioni addotte da queste decisioni a sostegno delle proprie conclusioni potrebbero apparire a prima vista persuasive e convincenti, facendo leva, da un lato, sull'inderogabilità della regola del minimale contributivo e, dall'altro, sull'autonomia e indisponibilità dell'obbligazione contributiva di cui quella regola costituisce la diretta espressione.

In coerenza con la funzione pubblicistica assoluta dai contributi di previdenza e assistenza sociale, i giudici di legittimità sono soliti così escludere che gli atti di autonomia privata possano incidere sull'importo della contribuzione che è inderogabilmente assoggettata al meccanismo sancito dal-

¹ Così da ultimo Cass. civ., sez. lav. 8 febbraio 2022, n. 3979; Cass. civ. sez. lav. 22 febbraio 2021, n. 4676, in *ADL*, 2021, 691 ss., con nota di M. Persiani, *Quandoque dormitat atque Homerus: una singolare sentenza sulla retribuzione assoggettabile a contribuzione previdenziale*, nonché in *DRI*, 2021, 883 ss., con nota di G. Canavesi, *L'irragionevole irrigidimento applicativo di una norma povera di ragioni: il minimale di contribuzione secondo la Cassazione*; Cass. civ. sez. lav. 21 ottobre 2020, n. 22986; Cass. civ. sez. lav. 3 giugno 2019, n. 15120, in *Il Giuslavorista*, 16 settembre 2019, con nota di A. Rossi, *La sospensione concordata della prestazione di lavoro non esonera dall'obbligo contributivo*; Cass. civ. sez. lav. 21 maggio 2019, n. 13650 (ord.), in *Lav. Giur.*, 2019, n. 8-9, 843 ss., con mia nota redazionale di commento; Cass. civ. sez. lav. 9 giugno 2014, n. 12876.

l'art. 1, comma 1, del decreto legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, nella legge 7 dicembre 1989, n. 389, il quale dispone che la retribuzione da assumere come base di computo ai fini del calcolo della contribuzione obbligatoria non può essere inferiore a quella prevista dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo, con la precisazione introdotta dall'art. 2, comma 25, della legge n. 549 del 1995 che, in caso di pluralità di contratti collettivi per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base di calcolo ai fini di cui sopra è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative di categoria (sul punto v. Persiani, 1996, 670 ss.; Papaleoni, 2000, 121 ss.; Nicolini, 2008, 202 ss.; Fili, 2010, 130 ss.).

La regola del minimale contributivo che costituisce diretta espressione del principio di indisponibilità dell'obbligazione contributiva, seppure quest'ultima mitigata in caso di crisi d'impresa (sul punto v. Gambacciani, 2021, 631 ss.; Ludovico, 2019, 485 ss.), risponde chiaramente all'obiettivo di sottrarre la quantificazione alle scelte dell'autonomia privata, giacché diversamente verrebbe frustrata la stessa funzione del prelievo contributivo che è quella di garantire le risorse necessarie al finanziamento della previdenza sociale². Da quella regola si ricava così il principio dell'autonomia del rapporto contributivo dall'obbligazione retributiva nel senso che l'imponibile contributivo è determinato indipendentemente dalla retribuzione effettivamente corrisposta, rimanendo unicamente vincolato, secondo i caratteri della predeterminabilità e dell'oggettività, alla retribuzione "dovuta", anche se non erogata o corrisposta in misura inferiore a quanto dovuto.

La regola del minimale contributivo, secondo l'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite della Cassazione, non si limiterebbe tuttavia a confermare il principio già desumibile dall'art. 12 della legge 30 aprile 1969, n. 159, come modificato dall'art. 6 del decreto legislativo 2 settembre 1997, n. 314, il quale, definendo la nozione di retribuzione imponibile ai fini contributivi, si riferisce alla retribuzione "dovuta" e non a quella erogata. Quella regola costituirebbe, al contempo, espressione del diverso e ulteriore principio secondo il quale la retribuzione dovuta in base al sinallagma contrattuale assume rilievo soltanto se di importo superiore ai minimi previsti dalla contrattazione collettiva che si sostituiscono così alla retribuzione concor-

² Su quest'ultimo punto cfr. Corte cost. 20 luglio 1992, n. 342, in *RGL*, 1992, II, 731 ss.

data dalle parti ove la stessa risulti di importo inferiore³ (sul punto v. Lagala, 2003, 347 ss.).

Ciò significa che le scelte dell'autonomia individuale possono condizionare soltanto l'*an* e il *quantum* dell'obbligazione retributiva intesa come corrispettivo sinallagmatico della prestazione, mentre non produrrebbero effetti sul calcolo della contribuzione che rimane disciplinata dalle proprie regole, prescindendo dall'effettivo adempimento dell'obbligazione retributiva e dal suo importo ove inferiore ai minimi previsti dalla contrattazione collettiva.

È sulla scorta di tali principi che i giudici di legittimità pervengono all'ulteriore affermazione secondo la quale il meccanismo del minimale contributivo opererebbe non soltanto con riguardo ai livelli minimi retributivi per il calcolo della contribuzione, ma anche con riferimento all'orario di lavoro nel senso che al datore di lavoro deve ritenersi altresì preclusa la possibilità di diminuire l'importo della contribuzione attraverso la riduzione del numero di ore retribuite⁴.

A maggior ragione, secondo la giurisprudenza, il datore di lavoro non potrebbe sottrarsi agli obblighi contributivi concordando con il lavoratore eventuali periodi di sospensione della prestazione, sicché le uniche ipotesi di variazione dell'orario di lavoro o di sospensione dell'attività lavorativa che potrebbero rilevare sul piano contributivo, sarebbero quelle tipizzate dalla legge o dall'autonomia collettiva, restando esclusa negli altri casi qualunque possibilità per l'autonomia individuale di incidere sulla contribuzione.

Nella stessa linea interpretativa si collocano le decisioni che in ipotesi di declaratoria di illegittimità della cessione di azienda, confermano la permanenza dell'obbligo contributivo previdenziale in capo al cedente anche in relazione al periodo per il quale la prestazione lavorativa è stata resa in favore del cessionario, reputando irrilevanti a tali fini sia le vicende relative

³ Cass. civ. Sez. Un. 29 luglio 2002, n. 11199, in *DL*, 2002, II, 602 ss.

⁴ Così Cass. civ. sez. lav. 9 giugno 2023, n. 16429; Cass. civ. sez. lav. 3 maggio 2023, n. 11555, in *RDSS*, 2023, 405 ss. con nota di L. Surdi, *Controversie in materia di imponibile contributivo: quattro recenti casi esemplari di un contenzioso in crescita*; Cass. civ. sez. lav. 21 marzo 2023, n. 8115; Cass. civ. sez. lav. 21 febbraio 2022 n. 5651; Cass. civ. sez. lav. 8 febbraio 2022, n. 3979; Cass. civ. sez. lav. 22 febbraio 2021, n. 4676, *cit.*; Cass. civ. sez. lav. 21 ottobre 2020, n. 22986; Cass. civ. sez. lav. 6 ottobre 2020, n. 21475, e 21479; Cass. civ. sez. lav. 14 ottobre 2020, n. 22222; Cass. civ. sez. lav. 19 giugno 2020, 12037; Cass. civ. sez. lav. 12 maggio 2020, n. 8794; Cass. civ. sez. lav. 3 giugno 2019, n. 15120, *cit.*

alla retribuzione dovuta dal cedente, sia l'eventuale pagamento della contribuzione del cessionario in relazione allo stesso periodo⁵.

Questa lettura dell'obbligazione contributiva è stata affermata – come già detto – da alcune recenti decisioni dei giudici di legittimità che hanno ribadito gli stessi principi anche ove la sospensione della prestazione e della retribuzione non derivi dall'accordo tra le parti, ma rappresenti la diretta conseguenza di una causa di forza maggiore non imputabile al datore di lavoro che abbia reso la prestazione obiettivamente inutilizzabile nel processo produttivo⁶, sicché anche in tale ipotesi l'impossibilità temporanea della prestazione, pur rilevando sul piano del sinallagma contrattuale nella misura in cui determina la sospensione delle reciproche obbligazioni del lavoratore e del datore di lavoro, sarebbe priva di rilievo sul piano contributivo, fatta salva l'eventuale tipizzazione della causa di forza maggiore da parte della legge o della contrattazione collettiva.

3. La speciale disciplina del minimale contributivo per il settore edile e la sua interpretazione come regola generale

Se il più recente orientamento dei giudici di legittimità non sembra nutrire dubbi in merito all'irrelevanza sul piano contributivo dei periodi di sospensione della prestazione e della retribuzione decisi dalle parti o derivanti da impossibilità temporanea della prestazione, può essere utile nondimeno interrogarsi sui fattori che hanno dato origine a questo indirizzo interpretativo che nasce in verità dalla speciale disciplina prevista per il settore edile dall'art. 29, comma 1, del decreto legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito, con modificazioni, in legge 8 agosto 1995, n. 341, il quale dispone che in tale ambito il minimale contributivo è calcolato sulla «retribuzione commisurata ad un numero di ore settimanali non inferiore all'orario di lavoro normale stabilito dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale e dai relativi contratti integrativi territoriali di attuazione».

La norma prosegue individuando alcune ipotesi sottratte alla regola del minimale per le quali non ricorre alcuna obbligazione contributiva, e precisamente nei casi di «assenze per malattia, infortuni, scioperi, sospen-

⁵ Cass. civ. sez. lav., 31 marzo 2023, n. 9143, in *RDS*, 2023, 405 ss. con nota di L. Surdi, cit.; Cass. civ. sez. lav. 7 agosto 2019, n. 21158.

⁶ Cass. civ. sez. lav. 22 febbraio 2021, n. 4676, *cit.*

sione o riduzione dell'attività lavorativa, con intervento della cassa integrazione guadagni, di altri eventi indennizzati e degli eventi per i quali il trattamento economico è assolto mediante accantonamento presso le casse edili», fermo restando che «altri eventi potranno essere individuati con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro, sentite le organizzazioni sindacali predette»⁷.

Per il settore edile il legislatore ha così individuato alcune ipotesi di mancata esecuzione della prestazione e corresponsione della relativa retribuzione che comportano la sospensione degli obblighi contributivi e tale previsione è stata interpretata dalla giurisprudenza in maniera tassativa, trattandosi di ipotesi tra loro accomunate dal fatto che in questi casi la sospensione della prestazione è imposta al datore di lavoro dalla stessa legge. Da questa identità di *ratio* è stata dedotta l'impossibilità di una interpretazione estensiva o analogica della norma anche per il fatto che l'ampliamento delle ipotesi sottratte alla regola del minimale è demandato in via esclusiva all'intervento dei decreti ministeriali che sul punto rinviano unicamente alla contrattazione collettiva e non anche a quella individuale. Ne deriva, secondo il costante orientamento dei giudici di legittimità, che, al di fuori delle ipotesi espressamente individuate dal legislatore, nel settore edile i periodi di sospensione della prestazione e della retribuzione eventualmente concordati tra le parti non determinano l'esonero dall'obbligazione contributiva che continua ad essere determinata in base alla regola del minimale contributivo dettata per tale settore⁸.

⁷ Il D.M. 16 dicembre 1996 ha individuato i seguenti eventi esclusi nel settore edile dall'imponibile contributivo 1) permessi individuali non retribuiti nel limite massimo di 40 ore annue; 2) eventuali anticipazioni effettuate dal datore di lavoro di somme corrispondenti agli importi della cassa integrazione guadagni per i periodi per i quali è stata richiesta ed in pendenza di istanza di concessione; 3) periodi di assenza dal lavoro per ferie collettive, per i lavoratori che non le hanno maturate; 4) periodi di assenza per la frequenza di corsi di formazione professionale non retribuiti dal datore di lavoro e svolti presso gli enti scuola edili, anche se indennizzati dagli enti medesimi.

⁸ Così *ex plurimis* Cass. civ. sez. lav. 12 maggio 2020, n. 8794 e 8795; Cass. civ. sez. lav. 10 maggio 2018, n. 11337; Cass. civ. sez. lav. 26 aprile 2018, n. 10134; Cass. civ. sez. lav. 7 agosto 2017, n. 19662; Cass. civ. sez. lav. 16 giugno 2016, n. 12425, in *LG*, 2016, n. 10, 930 ss., con mia nota redazionale di commento; Cass. civ. sez. lav. 23 gennaio 2013, n. 1577; Cass. civ. sez. VI, 4 maggio 2011, n. 9805, in *GCM*, 2011, 695; Cass. civ. sez. lav. 1° aprile 2011, n.7590, in *GCM*, 2011, 535; Cass. civ. sez. lav. 18 febbraio 2011, n.3969, in *GCM*, 2011, 268; Cass. civ. sez. lav. 13 ottobre 2009, n. 21700, in *GLan*, 2009, n. 50, 58; Cass. civ. sez. lav. 19 maggio 2008, n. 12624, in *GCM*, 2008, 754; Cass. civ. sez. lav. 7 marzo

Questa breve digressione sulla speciale disciplina del minimale contributivo del settore edile è stata necessaria per comprendere meglio il percorso argomentativo che ha indotto i giudici di legittimità ad escludere, anche in settori diversi da quello edile, qualunque rilievo sul piano contributivo dei periodi di sospensione della prestazione e della retribuzione concordati tra le parti.

Pur affermando la natura eccezionale della previsione contenuta nell'art. 29 del decreto legge n. 244 del 1995, che, come tale, dovrebbe essere oggetto di stretta interpretazione⁹, e pur riconoscendo la particolare necessità di tipizzare le deroghe al minimale contributivo nel settore edile ove la prestazione «è normalmente condizionata da eventi esterni che sfuggono al controllo delle parti»¹⁰, la giurisprudenza ha esteso nondimeno i medesimi principi oltre i confini di tale ambito, elevando di fatto a regola generale lo speciale meccanismo di tipizzazione tassativa delle deroghe al minimale contributivo dettato per il settore edile.

Il ragionamento, espresso talvolta in modo esplicito, muove dall'assunto per cui l'assenza di analoga previsione in altri settori merceologici non costituirebbe ragione sufficiente per ritenere sussistente «una generale libertà delle parti di modulare l'orario di lavoro e la stessa presenza al lavoro così rimodulando anche l'obbligazione contributiva» e ciò in quanto il generale principio di autonomia del rapporto contributivo rispetto all'obbligazione retributiva imporrebbe, in conformità alla regola del minimale contributivo che costituisce attuazione di quel principio, di negare all'autonomia individuale qualunque possibilità di intervento sull'esistenza e sulla quantificazione dell'obbligazione contributiva¹¹.

2007, n. 5233, in *FI*, 2007, I, 1708; Cass. civ. sez. lav. 24 gennaio 2006, n. 1301, in *LG*, 2006, 605, con mia nota di commento; Cass. civ. sez. lav. 11 agosto 2005, n. 16873, in *GCM*, 2005, 6.

⁹ Cass. civ. sez. VI, 4 maggio 2011, n. 9805, *cit.*; Cass. civ. sez. lav. 26 aprile 2018, n. 10134, *cit.*; Cass. civ. sez. lav., 18 febbraio 2019, n. 4690.

¹⁰ Così Cass. civ. sez. lav. 3 giugno 2019, n. 15120, *cit.*

¹¹ Cass. civ. sez. lav. 22 febbraio 2021, n. 4676, *cit.*; Cass. civ. sez. lav. 21 ottobre 2020, n. 22986; Cass. civ. sez. lav. 3 giugno 2019, n. 15120, *cit.*; Cass. civ. sez. lav. 21 maggio 2019, n. 13650 (ord.), *cit.*; Cass. civ. sez. lav. 9 giugno 2014, n. 12876, *cit.*

4. La necessaria distinzione tra i presupposti dell'obbligazione contributiva e la sua quantificazione

Se la lettura accolta dai giudici di legittimità – come anticipato – può risultare a prima vista convincente, ad un più attento esame si rivela in realtà opinabile da molti punti di vista non soltanto per la censurabile estensione in via interpretativa di un meccanismo dettato esclusivamente per il settore edile, ma soprattutto per la confusione sul piano logico dei presupposti dell'obbligo contributivo con i suoi effetti.

L'orientamento in questione tende, infatti, a sovrapporre il momento genetico dell'obbligazione contributiva con le sue conseguenze che ne presuppongono invece l'esistenza.

È opinione pressoché unanime in dottrina che il rapporto contributivo, pur rimanendo autonomo e distinto dal rapporto di lavoro, trovi comunque in esso il suo necessario momento genetico nel senso che lo svolgimento della prestazione lavorativa costituisce, al contempo, elemento necessario e sufficiente per l'insorgenza del rapporto giuridico previdenziale e dell'obbligazione contributiva (in questo senso Avio, 2012, 30; Persiani, D'Onghia, 2020, 60; Cinelli, 2016, 228; Ales, Canavesi, Casale, Casillo, Esposito, Ludovico, Vianello, 2021, 88 e 96-97).

Occorrerebbe pertanto distinguere in via preliminare le ipotesi in cui, pur in assenza di prestazione lavorativa, l'ordinamento impone comunque la corresponsione della retribuzione, da quelle in cui, attesa la corrispettività del rapporto di lavoro, la mancanza della prestazione comporta anche la sospensione dell'obbligazione retributiva. Mentre nel primo caso permane il sinallagma genetico tra obbligazione lavorativa e retributiva, risultando assente soltanto il sinallagma funzionale, nel secondo caso l'assenza della prestazione lavorativa comporta invece il venir meno tanto del sinallagma funzionale, quanto di quello genetico con l'obbligazione retributiva.

Nonostante le molte deviazioni dal principio di corrispettività, la natura sinallagmatica del rapporto di lavoro imporrebbe così di ritenere che la regola generale sia costituita dalla derivazione causale dell'obbligazione retributiva dallo svolgimento della prestazione, mentre la sussistenza della prima in mancanza della seconda costituirebbe l'eccezione che, come tale, richiederebbe un'espressa previsione della legge o della contrattazione collettiva¹².

Il collegamento causale tra lo svolgimento effettivo della prestazione e la retribuzione non solo ai fini della quantificazione di quest'ultima ma

¹² Così per tutte Cass. civ. Sez. Un. 5 marzo 1991, n. 2334, in *FI*, 1991, I, 1100.

anche per la configurazione del relativo diritto, ha trovato ampia conferma nella giurisprudenza di legittimità, la quale ha riconosciuto che solo in caso di licenziamento illegittimo il legislatore ha conservato il diritto del lavoratore alla retribuzione malgrado l'assenza della prestazione lavorativa, ma ciò evidentemente in ragione dell'imputabilità della mancata prestazione all'illegittima condotta del datore di lavoro¹³.

Se la retribuzione è sinallagmaticamente collegata alla prestazione, l'obbligazione retributiva costituisce a sua volta, indipendentemente dal suo effettivo adempimento, il necessario presupposto per l'insorgenza dell'obbligazione contributiva che, in mancanza della prima, non potrebbe evidentemente neppure configurarsi.

Tra l'obbligazione contributiva e quella retributiva sussiste così un preciso collegamento genetico ed è quanto può agevolmente desumersi dalla stessa nozione di retribuzione imponibile ai fini contributivi di cui all'art. 12 della legge n. 153 del 1969, il quale, non a caso, si riferisce alla retribuzione "dovuta" anziché a quella erogata, confermando in questo modo non soltanto l'autonomia dell'obbligazione contributiva dall'adempimento di quella retributiva, ma anche e soprattutto la necessità della sussistenza dell'obbligo retributivo per la configurabilità di quello contributivo.

In poche parole, l'obbligazione contributiva, pur prescindendo dall'effettiva corresponsione della retribuzione, presuppone necessariamente che l'obbligazione retributiva sia configurabile in capo al datore di lavoro.

La regola del minimale contributivo, sulla quale la giurisprudenza ha fondato il principio dell'irrelevanza sul piano contributivo delle sospensioni concordate tra le parti, definisce il livello minimo di contribuzione che è così opportunamente sottratto alla disponibilità delle parti attraverso il rinvio ai minimi tabellari previsti dalla contrattazione collettiva, ma quella regola, determinando il *quantum* dell'obbligazione contributiva, interviene in un momento successivo rispetto all'*an* che, come già detto, dipende dalla sussistenza dall'obbligazione retributiva. Né pare possibile argomentare in senso contrario dalla funzione antielusiva della regola del minimale contributivo dal momento che in caso di sospensione della prestazione lavorativa a venire meno è proprio il presupposto della stessa obbligazione contributiva.

Desumendo la sussistenza dell'obbligo contributivo dalla regola del

¹³ Sul punto v. Cass. civ. Sez. Un., 5 luglio 2007, n. 15143, in *FI*, 2008, I, 1204; Cass. civ. sez. lav., 14 maggio 2012, n. 7473, in *FI*, 2012, I, 2357, con nota di A.M. Perrino; Cass. civ. sez. lav., 11 ottobre 2013, n. 23181; Cass. civ. sez. lav., 22 dicembre 2008, n. 29936; Cass. civ. sez. lav., 4 aprile 2008, n. 8800, in *GDir.*, 2008, n. 23, 98.

minimale, la giurisprudenza inverte evidentemente il suo *prius* logico e genetico che è costituito dalla sussistenza dell'obbligazione retributiva, con il suo *posterius* che riguarda invece la sua quantificazione.

È quanto dire che la giurisprudenza più recente «trasforma una norma dichiaratamente riferita all'importo, e dunque volta a disciplinare il *quantum* di detto imponibile, in una regola sull'*an*» (Nicolini, 2022, 740), con l'effetto che in questo modo viene «inammissibilmente attribuita alla contrattazione collettiva una funzione che non ha, e che non può avere» (Persiani, 2021, 695).

Eppure, in termini diametralmente opposti e più coerenti con la regola del minimale contributivo si era espressa la giurisprudenza meno recente secondo la quale «ai fini dell'applicazione della normativa sulla contribuzione virtuale, è necessario che esista a monte l'obbligo retributivo ovvero una causa di sospensione della prestazione imputabile al datore di lavoro; mentre non può esservi obbligazione contributiva se le rispettive prestazioni non siano state rese per assenze dei lavoratori o per accordo con il lavoratore, con onere della prova a carico del datore»¹⁴. Più in particolare, argomentavano i giudici di legittimità, il fatto che «la contribuzione prescindendo dalla retribuzione di fatto corrisposta e sia dovuta anche nei casi di illegittima interruzione o di unilaterale sospensione del rapporto, nei quali l'obbligo retributivo è riconducibile agli effetti risarcitori della condotta inadempiente del datore di lavoro» implica al contrario che «la contribuzione non è dovuta in caso di assenza del lavoratore o di sospensione concordata della prestazione; pertanto, in forza della medesima disciplina, la contribuzione è dovuta in relazione all'obbligazione contrattuale assunta dal lavoratore dovendosi accertare, nei casi di mancata esecuzione, le ragioni per le quali la prestazione non sia stata resa», incombendo il relativo onere probatorio a carico del datore di lavoro¹⁵.

Una ulteriore e più significativa conferma in questa direzione era stata indirettamente offerta da altre decisioni che, in ipotesi differenti dalla sospensione concordata tra le parti, avevano escluso la sussistenza dell'obbligazione contributiva in assenza dell'obbligo retributivo derivante dal mancato svolgimento della prestazione lavorativa¹⁶.

¹⁴ Cass. civ. sez. lav., 3 ottobre 2018, n. 24109; nello stesso senso: Cass. civ. sez. lav., 29 luglio 2020, n. 16227; Cass. civ. sez. lav., 24 gennaio 2006, n. 1301, *cit.*; per lo stesso principio ma su fattispecie diversa Cass. civ. sez. VI, 13 luglio 2022, n. 22127.

¹⁵ Così Cass. civ. sez. lav., 29 luglio 2020, n. 16227.

¹⁶ In questo senso Cass. civ. sez. lav., 7 febbraio 2019, n. 3661, che ha negato l'insorgenza

Da queste pronunce si ricava così il principio indubbiamente più coerente sul piano sistematico secondo il quale, fatte salve alcune situazioni specificamente individuate dal legislatore, la contribuzione rimane vincolata alla retribuzione “dovuta” derivante dal rapporto sinallagmatico con la prestazione lavorativa, con la conseguenza che, nelle ipotesi di sospensioni pattuite a livello individuale, venendo meno l’obbligazione retributiva, non dovrebbe potersi configurare neppure quella contributiva, indipendentemente della regola del minimale che ne quantifica soltanto l’importo dopo che la stessa evidentemente è già venuta ad esistenza (così anche Nicolini, 2022, 735 ss.).

Né pare sostenibile che l’accordo tra le parti di sospensione della prestazione lavorativa e del relativo trattamento retributivo avrebbe finalità fraudolenta ponendosi in contrasto con la natura indisponibile dell’obbligazione contributiva, posto che, da un lato, non può essere negata l’autonomia negoziale delle parti e, dall’altro, non può essere disconosciuta la genuinità del relativo accordo in mancanza di una prova contraria che dovrebbe essere offerta dall’INPS.

In definitiva, l’accordo tra le parti, operando sul piano privatistico del rapporto di lavoro, farebbe venir meno il presupposto dal quale la legge fa dipendere l’insorgenza dell’obbligazione contributiva, non intervenendo invece su quest’ultima dopo che è già venuta ad esistenza che identifica la funzione e l’ambito di operatività della regola del minimale contributivo.

Ricostruito in questi termini, il rapporto tra obbligazione retributiva e contributiva risulta allora impostato in modo diametralmente opposto rispetto a quanto affermato dalla giurisprudenza più recente, nel senso che soltanto nelle ipotesi eccezionalmente previste dal legislatore l’obbligazione contributiva potrebbe sussistere nonostante l’assenza dell’obbligo retributivo, mentre la regola generale è quella della sua derivazione genetica dalla retribuzione dovuta in ragione dello svolgimento della prestazione lavorativa, a meno che la sospensione della prestazione non sia imputabile al da-

dell’obbligazione contributiva in caso di illegittimo rifiuto della lavoratrice di rendere la prestazione con conseguente perdita della retribuzione, ritenendo che ove non «sussist[a] l’obbligo di corrispondere la retribuzione a fronte della condotta illegittima della lavoratrice» «ciò esclude la stessa configurabilità dell’obbligazione contributiva stante la natura sinallagmatica del rapporto di lavoro e la corrispettività delle prestazioni»; Cass. civ. sez. lav., 14 maggio 2012, n. 7473, *cit.*, che ha escluso il diritto alla retribuzione e l’insorgenza dei connessi obblighi retributivi in caso di sospensione del rapporto derivante da cessazione dell’attività aziendale a seguito di dichiarazione di fallimento; Cass. civ. sez. lav., 27 marzo 2004, n. 6155.

tore di lavoro che, trovandosi in una condizione di *mora credendi*, continuerebbe a rispondere dell'obbligazione retributiva e di quella contributiva.

In conclusione, se il rapporto giuridico contributivo è senz'altro distinto e autonomo rispetto al sottostante rapporto lavorativo, l'insorgenza dell'obbligazione contributiva non può comunque prescindere dall'obbligazione retributiva che, a sua volta, dipende sinallagmaticamente dall'attività lavorativa.

La critica che è possibile muovere alla giurisprudenza più recente è quella allora di aver utilizzato la speciale disciplina dettata per un settore particolare per estendere indebitamente dal piano funzionale a quello genetico l'autonomia dell'obbligazione contributiva rispetto a quella retributiva. Una soluzione che non manca – come si è visto – di produrre effetti contraddittori in seno alla stessa giurisprudenza di legittimità, la quale, in fattispecie diverse da quella della sospensione concordata a livello individuale, esclude che l'obbligazione contributiva possa sussistere in assenza di retribuzione derivante dal mancato svolgimento della prestazione non imputabile al datore di lavoro (Nicolini, 2022, 740 ss.).

Nonostante le molte ragioni che inducono a dissentire dalla lettura accolta dai giudici di legittimità, resta il fatto che fino a quando tale orientamento risulterà prevalente sarà doveroso continuare a tenerne conto in sede di conciliazione tra datore di lavoro e lavoratore.

Riferimenti bibliografici

- Avio A. (2012), *Della previdenza e dell'assistenza. Artt. 2114-2117*, in *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè.
- Ales E., Canavesi G.L., Casale D., Casillo R., Esposito M., Ludovico G., Vianello R. (2021), *Diritto della Sicurezza Sociale*, Milano, Giuffrè.
- Canavesi G. (2021), *L'irragionevole irrigidimento applicativo di una norma povera di ragioni: il minimale di contribuzione secondo la Cassazione*, in *DRI*, 883 ss.
- Cinelli M. (2016), *Diritto della previdenza sociale*, Torino, Giappichelli.
- Fili V. (2010), *Il reddito imponibile ai fini contributivi*, Torino, Giappichelli.
- Gambacciani M. (2021), *L'indisponibilità dell'obbligazione contributiva tra regola generale e deroghe (sempre più frequenti)*, in *MGL*, 631 ss.
- Lagala C. (2003), *Minimali di retribuzione imponibile e contrattazione collettiva: una storia ancora aperta, anche dopo la sentenza 11199/2002 della Cass. S.S.UU.*, in *RGL*, I, 347 ss.
- Ludovico G. (2019), *Il credito contributivo e la tutela previdenziale del lavoratore nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *RIDL*, I, 481 ss.
- Nicolini C.A. (2022), *La rilettura giurisprudenziale della disciplina del c.d. minimale contributivo*, in *RDSS*, 729 ss.
- Nicolini C.A. (2008), *I problemi della contribuzione previdenziale*, Macerata, EUM.
- Papaleoni M. (2000), *L'incerta sorte del tetto previdenziale minimale*, in *ADL*, I, 121 ss.
- Persiani M. (2021), *Quandoque dormitat atque Homerus: una singolare sentenza sulla retribuzione assoggettabile a contribuzione previdenziale*, in *ADL*, 691 ss.
- Persiani M. (1996), *Autonomia collettiva e retribuzione imponibile*, in *MGL*, 670 ss.
- Persiani M., D'Onghia M. (2020), *Diritto della sicurezza sociale*, Torino, Giappichelli.
- Surdi L. (2023), *Controversie in materia di imponibile contributivo: quattro recenti casi esemplari di un contenzioso in crescita (Corte di cassazione, sezione lavoro, 3 maggio 2023, n. 11555; Corte di cassazione, sezione lavoro, 31 marzo 2023, n. 9143; Corte di cassazione, sezione lavoro, 29 marzo 2023, n. 8913; Corte di cassazione, sezione lavoro, 24 marzo 2023, n. 8517)*, in *RDSS*, 417 ss.

Capitolo 29

I vizi degli accordi conciliativi

Jessica Battaia

SOMMARIO

1. Gli accordi conciliativi conclusi in una delle sedi di cui all'art. 2113, co. 4, c.c. possono essere oggetto di impugnazione – 2. I vizi del consenso – 3. I vizi relativi all'insussistenza degli elementi essenziali di rinunce e transazioni – 4. I vizi procedurali. L'effettiva assistenza prestata al lavoratore in sede conciliativa – 5. Brevi spunti sulle conseguenze dei vizi degli accordi conciliativi

1. Gli accordi conciliativi conclusi in una delle sedi di cui all'art. 2113, co. 4, c.c. possono essere oggetto di impugnazione

Negli ultimi anni abbiamo assistito a una spinta del legislatore volta a flessibilizzare e liberalizzare la procedura di conciliazione per agevolare la definizione delle controversie, rendendo facoltativo il tentativo di conciliazione (fuori dal giudizio), salvo che per alcune ipotesi residuali, e introducendo ulteriori sedi conciliative per consentire una maggiore scelta alle parti. Il percorso tracciato, se da un lato si pone nel solco di un sempre maggior spazio attribuito all'autonomia individuale (Calderara, 2023, 79) (emblematica, ad esempio, l'introduzione della procedura di negoziazione assistita anche nell'ambito del rapporto di lavoro), non viene meno al primario obiettivo di tutela del lavoratore e salvaguardia della sua delicata posizione in fase negoziale, con la immutata previsione di rigide forme e modalità procedurali e di sedi conciliative tassativamente previste.

A tal proposito, nell'ambito degli accordi aventi ad oggetto questioni relative ai rapporti di lavoro (o, per meglio dire, ai rapporti di cui all'art. 409 c.p.c.), l'art. 2113 c.c. fornisce una serie di strumenti per sottrarre il lavoratore alla condizione di soggezione rispetto al datore di lavoro.

Nella sua prima parte, infatti, dispone l'invalidità delle rinunce e delle transazioni che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili di legge e dei contratti o accordi collettivi e prevede un termine di sei mesi per impugnare l'atto abdicativo/transattivo,

decorso il quale, l'accordo conciliativo diventa inoppugnabile.

L'ultimo comma garantisce invece l'immediata inoppugnabilità dei verbali di conciliazione qualora siano sottoscritti in una delle sedi e con le formalità di cui agli artt. 185, 410, 411, 412 ter e 412 quater c.p.c. e quindi davanti a un soggetto terzo e imparziale¹ che possa temperare la tutela dei diritti del lavoratore e l'esigenza del datore di lavoro di certezza dei rapporti giuridici. Proprio a tal fine, come evidenziato dalla dottrina, «il sistema delle conciliazioni non impugnabili in materia di lavoro è, e rimane, un sistema rigidamente chiuso giacché le forme e le modalità previste dall'art. 2113 c.c. sono considerate dalla giurisprudenza risalente e consolidata del tutto tassative» (Lamberti, 2020, 126).

Il ricorso ad accordi conciliativi in sede c.d. protetta riflette dunque l'interesse delle parti a risolvere in via definitiva una controversia attuale o potenziale al fine di evitare il contenzioso, utilizzando una procedura snella e sicuramente più spedita del giudizio. Il sistema fornito è risultato efficace anche in un'ottica deflattiva del contenzioso, il che riduce inevitabilmente la casistica giurisprudenziale su tale tema.

Tuttavia, nonostante la garanzia di inoppugnabilità fornita dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c., gli accordi raggiunti, al pari degli altri contratti e atti unilaterali, non sono sottratti alla possibilità di essere soggetti ai normali mezzi di impugnazione ai sensi degli artt. 1418 e 1441 c.c., ossia per la dichiarazione di nullità o per l'annullamento.

La giurisprudenza mostra infatti che nella prassi tale inoppugnabilità è stata oggetto di discussione e che anche gli accordi sottoscritti in sede protetta sono risultati non sempre esenti da vizi.

In particolare, dall'analisi delle pronunce intervenute sul punto emerge che in una serie di ipotesi, che verranno esaminate nel prosieguo, i verbali di conciliazione possono essere oggetto di impugnazione²: è il caso dell'in-

¹ Secondo l'attuale disciplina sono quattro le possibili sedi conciliative (esclusa quella giudiziale): la sede amministrativa, dinnanzi le commissioni di conciliazione istituite presso l'ispettorato territoriale del lavoro, *ex* artt. 410 e 411 c.p.c.; la sede sindacale, *ex* art. 412-ter c.p.c.; le sedi di certificazione, *ex* art. 31, co. 13, l. n. 183/2010, come individuate ai sensi dell'art. 76 del d. lgs. n. 276/2003 e il collegio di conciliazione e arbitrato *ex* art. 412-quater c.p.c.

² Trib. Bergamo, 13 febbraio 2020, n. 95: «Tali conciliazioni, sottratte all'impugnativa di cui all'art. 2113 c.c., possono essere oggetto di azione di nullità e/o di annullamento in base alla disciplina comune dei contratti e questo significa che può essere chiesto, generalmente da parte del lavoratore, parte debole del rapporto, l'annullamento del negozio sostanziale racchiuso nel verbale di conciliazione per incapacità naturale (artt. 1425, II

capacità naturale o legale di una delle parti, ovvero qualora emergano vizi del consenso, o nell'ipotesi in cui le transazioni contenute negli accordi non presentino i requisiti tipici dei negozi transattivi o, ancora, quando sussistano vizi procedurali.

2. I vizi del consenso

In primo luogo, si analizzano le ipotesi che possono incidere sul procedimento di formazione della volontà di un soggetto, ossia i vizi del consenso: dolo, violenza, errore (Dui, 2021, 3).

Come noto, ai sensi dell'art. 1439 c.c. «il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato».

In proposito, va sin da subito evidenziato che la giurisprudenza si è occupata per lo più di casi di dolo omissivo. I comportamenti reticenti e il silenzio possono dunque acquistare rilevanza qualora siano intenzionalmente ingannevoli ovvero configurino nel loro complesso condotte dirette a realizzare un inganno.

In tal senso, la giurisprudenza di legittimità richiama le categorie penalistiche laddove sottolinea che il silenzio, serbato su circostanze rilevanti ai fini della valutazione delle reciproche prestazioni da parte di colui che abbia il dovere di farle conoscere, può costituire elemento di raggirò idoneo a influire sulla volontà negoziale del soggetto passivo. Ciò può avvenire anche nell'ambito del rapporto di lavoro.

Per meglio chiarire il concetto, può essere utile menzionare un caso trattato dalla Suprema Corte³ in cui il lavoratore aveva impugnato il verbale di conciliazione sottoscritto in sede sindacale a seguito del licenziamento intimato nell'ambito di una procedura di mobilità, sostenendo di essere stato tratto in inganno dal datore di lavoro – ai fini della firma del verbale

comma e 428 c.c.) o legale (art. 1425 comma I c.c.) ovvero per un vizio della volontà (errore, violenza e dolo ai sensi degli artt. 1427 e ss. c.c.) con l'esclusione del solo errore di diritto relativo alle questioni oggetto di transazione *ex* art. 1969 c.c.. Il lavoratore può poi esercitare l'ordinaria di nullità del negozio ai sensi degli artt. 1418 e ss. c.c., ma al di là di queste ipotesi, (...), non è possibile porre nel nulla un verbale di conciliazione sottoscritto in sede sindacale o giudiziale, per cui, in linea teorica, non è ammessa la simulazione di un verbale di conciliazione». Conforme Trib. Cosenza, 11 settembre 2019, n. 1475.

³ Cass. 30 marzo 2017, n. 8260.

– sull’inclusione della sua posizione lavorativa fra quelle in eccedenza. Nello specifico, il lavoratore, seppur presente tra i dipendenti in esubero riportati nella lettera di apertura della procedura di mobilità, era stato poco tempo dopo il licenziamento sostituito da altro lavoratore per la stessa posizione precedentemente ricoperta.

Confermando l’orientamento già espresso⁴ e accogliendo le doglianze del prestatore di lavoro, la Cassazione ha affermato che «nel contratto di lavoro, il silenzio serbato da una delle parti in ordine a situazioni di interesse della controparte e la reticenza, qualora l’inerzia della parte si inserisca in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l’inganno perseguito, determinando l’errore del *deceptus*, integrano gli estremi del dolo omissivo rilevante ai sensi dell’art. 1439 c.c.»⁵.

È interessante sottolineare che, nel ravvisare la sussistenza del dolo, l’organo giudicante ha posto l’accento sull’aspetto soggettivo dei contraenti, precisando come occorra effettuare una puntuale valutazione in ordine alle circostanze di fatto e alle qualità e condizioni soggettive dell’altra parte, per poterne verificare l’idoneità a sorprendere, e quindi condizionare, una persona di normale diligenza (non potendo l’affidamento ricevere tutela giuridica se fondato sulla negligenza).

Nella disamina dei vizi del consenso, merita approfondimento anche il caso della violenza.

È bene partire dalle disposizioni degli articoli 1435 e 1438 c.c.. Come noto, il primo, prevede che «la violenza deve essere di tal natura da far impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto e notevole», mentre il secondo dispone che «la minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento del contratto solo quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti».

⁴ Cass. 17 maggio 2012, n. 7751; Cass. 12 febbraio 2003, n. 2104.

⁵ Cass. 17 maggio 2012, n. 7751 «Il dolo omissivo, pur potendo viziare la volontà, è causa di annullamento, ai sensi dell’art. 1439 cod. civ., solo quando l’inerzia della parte (*deceptor*) si inserisca in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia e astuzia, a realizzare l’inganno perseguito, determinando l’errore del “*deceptus*”. Pertanto, il semplice silenzio, anche in ordine a situazioni di interesse della controparte, e la reticenza, non immutando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione di essa alla quale sia pervenuto l’altro contraente, non costituiscono di per sé causa invalidante del contratto. Nella specie, in contrasto col principio dell’autosufficienza, non sono indicati gli elementi di fatto, e la loro prova, che avrebbero determinato l’errore del *deceptus*». La sentenza richiama Cass. 27 ottobre 2004, n. 20792.

Nel caso dei verbali di conciliazione, il tema è di non facile trattazione, posto che, nella prassi, le ipotesi che si verificano a tal riguardo con più frequenza sono quelle in cui il datore di lavoro minaccia il lavoratore di non conservare il rapporto di lavoro qualora lo stesso non voglia sottoscrivere un verbale di conciliazione in cui rinuncia ad ogni pretesa e azione connessa al rapporto sino a quel momento intercorso. Può essere, ad esempio, il caso del mancato passaggio da lavoro autonomo o di collaborazione a lavoro subordinato, o da contratto a termine a contratto a tempo indeterminato. Casi in cui, in astratto, il datore di lavoro non ha alcun obbligo nei confronti del lavoratore di conservare e/o stipulare un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Ciò porta quindi a considerare innanzitutto la fattispecie di cui all'art. 1435 c.c.. In effetti, la giurisprudenza intervenuta sul punto ha precisato come la coazione debba comunque manifestarsi in un comportamento, non necessariamente esplicito, ma oggettivamente ingiusto. Una coazione, dunque, tale da forzare la volontà del soggetto e incidere direttamente sulla sua libertà e sulle sue determinazioni.

La Suprema Corte si è occupata della validità di un verbale di conciliazione impugnato da una lavoratrice che asseriva di essere stata costretta alla firma del verbale di conciliazione dalla necessità di mantenere il proprio posto di lavoro. Nonostante l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. alla fattispecie in oggetto (e quindi da un lato, le obbligazioni in capo al cessionario nuovo datore di lavoro e dall'altro, i diritti della lavoratrice), nel verbale la lavoratrice dichiarava di rinunciare a far valere nei confronti della società cessionaria i propri crediti e più in generale i propri diritti maturati nel rapporto di lavoro intercorso con la cedente. Le rinunce sarebbero state condizione necessaria per poter essere riassunta presso la cessionaria. In tale contesto, la Cassazione⁶ ha annullato il verbale di conciliazione, ravvisando una coazione operata nei riguardi della lavoratrice volta ad estorcere il suo consenso alla sottoscrizione dell'accordo. Consenso estorto quindi con una minaccia di un male oltre che ingiusto, anche notevole, avendo ad oggetto il rapporto di lavoro considerato bene primario della vita.

La giurisprudenza di legittimità ha invece confermato la validità di un verbale di conciliazione in un diverso caso che può essere utile illustrare per meglio chiarire l'argomento. Trattasi di un agente di commercio che aveva concluso in sede sindacale un accordo transattivo dove si prevedeva

⁶Cass. n. 6262 del 30 novembre 2022 in linea con l'orientamento della Corte d'Appello di Napoli nn. 2517/2022, 2688/2021, 1807/2021, 1961/2020.

anche la risoluzione consensuale del rapporto. Dalla ricostruzione dei fatti emergeva che il consenso alla sottoscrizione era stato estorto dalla preponente con la minaccia di un recesso unilaterale che avrebbe costretto l'agente ad attivarsi per il recupero dei propri crediti. Oltre a valutare se il comportamento fosse oggettivamente ingiusto, era dunque necessario verificare se la condotta del preponente fosse anche idonea a coartare la volontà negoziale e ad incidere sulla libertà di autodeterminazione del soggetto, requisiti questi ultimi che nel giudizio di merito non sono stati ritenuti tali da invalidare l'accordo transattivo⁷. Il fatto di prefigurare un recesso da un rapporto di durata è stato infatti considerato quale aspetto fisiologico nell'equilibrio negoziale delle parti (tanto più non trattandosi di un rapporto di lavoro subordinato).

Infine, nella sottoscrizione del verbale di conciliazione il consenso del lavoratore potrebbe essere viziato anche da errore, ossia da una parziale, fallace o mancata conoscenza o percezione su circostanze e/o fatti e/o di norme e/o interpretazioni di norme di diritto.

Per essere considerato un vizio del consenso con le relative conseguenze ex lege in termini di annullabilità, l'art. 1427 c.c. richiede che l'errore sia essenziale e riconoscibile.

Con riferimento all'errore essenziale e nello specifico all'errore di diritto, l'art. 1969 c.c. prevede poi che «la transazione non può essere annullata per errore di diritto relativo a questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti».

La dottrina e la giurisprudenza⁸ estendono detta disciplina anche al-

⁷ Nella specie la Cassazione (sentenza 1 aprile 2019, n. 9006) ha precisato che «in tema di violenza morale, quale vizio invalidante del consenso, i requisiti previsti dall'art. 1435 c.c., possono variamente atteggiarsi, a seconda che la coazione si eserciti in modo esplicito, manifesto e diretto, o, viceversa, mediante un comportamento intimidatorio, oggettivamente ingiusto, ed anche ad opera di un terzo; tuttavia, requisito indefettibile rimane quello che la minaccia sia stata specificatamente diretta al fine di estorcere la dichiarazione negoziale della quale si deduce l'annullabilità e risulti di tale natura da incidere, con efficacia causale concreta, sulla libertà di autodeterminazione dell'autore di essa». Il motivo di impugnazione è stato ritenuto infondato in quanto relativo a un giudizio di fatto, incensurabile in sede di legittimità se motivato in modo sufficiente e non contraddittorio. Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito, si veda Trib. Napoli, 26 gennaio 2017, n. 660.

⁸ La Cassazione fonda tale orientamento su tale assunto: «se potesse farsi valere l'errore di fatto, verrebbe meno la funzione della transazione, che attua il superamento della lite prescindendo dalla consistenza della precedente situazione controversa» (Cass. 3 aprile 2003, n. 5139 che richiama Cass. 9 agosto 1969, n. 2973 e Cass. 28 dicembre 1967, n. 3024).

l'errore di fatto, escludendo l'annullamento della transazione laddove l'errore verta su un *caput controversum*.

Se viceversa l'errore concerne una questione estranea all'oggetto della lite transatta (il c.d. *caput non controversum*), esso rende impugnabile la transazione⁹.

La tematica delle errate rappresentazioni da parte di uno dei contraenti, dunque, richiede approfonditi accertamenti di fatto, potendo prestarsi a interpretazioni sensibilmente differenti, che solo in alcuni casi possono portare all'annullamento dei verbali conciliativi.

Entrando più nello specifico, vale la pena menzionare un caso preso in esame dalla giurisprudenza di legittimità¹⁰. La Suprema Corte, analizzando un accordo transattivo in cui il lavoratore aveva "erroneamente" accettato – compilando il modulo predisposto dal datore di lavoro sbagliato tra quelli disponibili – una somma complessiva a titolo di incentivo all'esodo comprensiva anche dell'indennità sostitutiva del preavviso, laddove viceversa intendeva ottenere la liquidazione separata di tale indennità, ha valutato la sussumibilità di quanto lamentato nella nozione di errore¹¹, confermando che «ai sensi dell'art. 1969 cod. civ., è rilevante il solo errore di diritto sulla situazione costituente presupposto della "res controversa" e quindi su un antecedente logico della transazione, e non quello che cade su una questione che sia stata oggetto di controversia fra le parti (il cosiddetto "caput controversum")». Di conseguenza ha statuito che la transazione oggetto di giudizio non fosse annullabile dal momento che l'errore, incidendo sulle reciproche concessioni, riguardava direttamente l'oggetto della transazione e non già un suo presupposto.

⁹ Cass. 3 aprile 2003, n. 5139.

¹⁰ Cass. 2 agosto 2007, n. 17015.

¹¹ Nella sentenza la Corte, riprendendo quanto già affermato, ha considerato al riguardo che «l'errore sulla valutazione economica della cosa oggetto del contratto o sull'importo dovuto come controprestazione per la rinuncia a determinati diritti non rientra nella nozione di errore di fatto idoneo a giustificare una pronuncia di annullamento del contratto, in quanto il difetto di qualità della cosa deve attenersi solo ai diritti ed obblighi che il contratto in concreto sia idoneo ad attribuire, e non al valore economico del bene oggetto del contratto, o all'importo della controprestazione, che afferisce non all'oggetto del contratto ma alla sfera dei motivi in base ai quali la parte si è determinata a concludere un determinato accordo, non tutelata con lo strumento dell'annullabilità anche perché non è riconosciuta dall'ordinamento tutela rispetto al cattivo uso dell'autonomia contrattuale, e all'errore sulle proprie, personali valutazioni, delle quali ciascuno dei contraenti assume il rischio (Cass. n. 5239/03)».

3. I vizi relativi all'insussistenza degli elementi essenziali di rinunce e transazioni

Come detto, la disciplina delineata dall'art. 2113, co. 4, c.c. garantisce l'inoppugnabilità delle rinunce e delle transazioni oggetto di accordo sottoscritto in sede protetta. Le garanzie di intangibilità possono tuttavia venire meno non solo nei casi in cui sussistano vizi del consenso, ma anche qualora le rinunce e le transazioni oggetto di accordo non presentino gli elementi essenziali propri di tali atti negoziali.

A tal proposito, seppur si aderisca all'interpretazione dottrinale della norma codicistica che considera le rinunce e le transazioni in un'ottica sostanziale come «manifestazioni di volontà del lavoratore che in concreto comportino un atto dismissivo dei propri diritti» (Lamberti, 2020, 131, Pera, 1990, 49), non essendo questa la sede per approfondire la nozione di rinuncia e transazione, ci si limiterà ad esaminare il caso della transazione (che vede reciproche rinunce) che risulta nella prassi più frequente rispetto alla rinuncia “pura” del lavoratore (ossia intesa quale atto abdicativo unilaterale).

In proposito, la giurisprudenza ha a più riprese individuato quali elementi imprescindibili e costitutivi della transazione (i) la *res dubia*, ossia una questione controversa e incerta tra le parti, (ii) le reciproche concessioni e (iii) la volontà di comporre la controversia in atto o potenziale.

Con riferimento al primo dei requisiti menzionati, la *res dubia*, è stato precisato che l'incertezza fra le parti sui rapporti fra loro intercorrenti deve sussistere al momento dell'accordo e deve essere identificabile sul piano oggettivo, che può eventualmente superare quello letterale¹². Ciò che rileva è in particolare che la questione controversa oggetto della lite (attuale o potenziale) sia deducibile dall'atto – sulla base dell'interpretazione del documento o per il concorso di altre specifiche circostanze comunque desu-

¹² Cass. 27 marzo 2019, n. 8581 che specifica che «ciò che deve risultare dalla transazione è la comune volontà delle parti di comporre una controversia in atto o prevista, ossia la “res dubia”, vale a dire la materia oggetto delle contrastanti pretese giuridiche delle parti e quindi il nuovo regolamento di interessi (Così Cass. n. 8917/2016), identificandosi l'oggetto della transazione “non in relazione alle espressioni letterali usate dalle parti, non essendo necessaria una puntuale specificazione delle contrapposte pretese, bensì in relazione all'oggettiva situazione di contrasto che le parti stesse hanno inteso comporre attraverso reciproche concessioni” (così Cass. 23482/2017)». In precedenza, Cass. 6 giugno 2011, n. 12211 aveva affermato che le pretese delle parti oggetto della *res dubia* non devono necessariamente essere palesate.

mibili – e che quindi l’oggetto stesso della transazione sia determinato o determinabile (Ferraro, 1991, 9). A tal proposito è stato chiarito che, nell’interpretazione di una clausola, la comune intenzione delle parti va indagata non solo analizzando il senso letterale sulla base del contesto negoziale, ma anche ricorrendo ai criteri di interpretazione soggettiva di modo da comprendere il significato effettivo delle previsioni dell’accordo secondo la ragione pratica sottesa allo stesso accordo e ai concreti interessi perseguiti dalle parti¹³.

Conseguentemente occorrerà analizzare se nel testo del verbale risulti chiara l’indicazione dell’oggetto della controversia, se la *res dubia* sia realmente questione incerta e controversa fra le parti e se vi siano delle effettive concessioni.

La giurisprudenza e la dottrina richiedono infatti che il lavoratore, nel procedere all’accordo abdicativo/transattivo, abbia avuto l’esatta rappresentazione e la piena consapevolezza dei propri diritti nonché l’intenzione di rinunciarvi o di farne oggetto di transazione a favore del datore di lavoro. Diritti che quindi, oltre ad essere determinati/determinabili, devono avere un oggetto lecito e non essere futuri¹⁴.

Ne consegue che, in assenza dei predetti presupposti, le formule in cui si rinuncia «a qualsiasi ulteriore pretesa derivante dal rapporto di lavoro», o «all’eventuale risarcimento danni per qualsiasi titolo» o in cui si dichiara «di non avere altro a pretendere» possono risolversi in mere dichiarazioni di scienza o in atti di quietanza a saldo senza valore di rinuncia né di transazione, in quanto attestazioni della parte assolutamente indefinite e generiche¹⁵.

¹³ Cass. 14 settembre 2021, n. 24699 afferma infatti che: «la comune intenzione dei contraenti deve inoltre essere ricercata indagando, oltre che il senso letterale delle parole da verificare alla luce, come detto, del contesto negoziale integrale ai sensi dell’art. 1363 c.c., anche i criteri di interpretazione soggettiva stabiliti dagli artt. 1369 e 1366 c.c., rispettivamente volti a consentire l’accertamento del significato dell’accordo in coerenza con la relativa ragione pratica o causa concreta (in conformità agli interessi che le parti abbiano inteso tutelare mediante la stipulazione negoziale: Cass. 22 novembre 2016, n. 23701) e ad escludere, mediante un comportamento improntato a lealtà e salvaguardia dell’altrui interesse, interpretazioni cavillose che depongano per un significato in contrasto con gli interessi che le parti abbiano inteso tutelare mediante la stipulazione negoziale (Cass. 28 marzo 2017, n. 7927)» in *IUS Lavoro*, 15 ottobre 2021, 1. con nota di F. Siccardi, *Quanto un verbale di conciliazione può dirsi tombale?*.

¹⁴ Sul punto, si veda Cass. 8 marzo 2022, n. 7471.

¹⁵ La Suprema Corte ha escluso ad esempio la sussistenza di una transazione meritevole

Tale ultima considerazione vale altresì con riguardo al requisito delle reciproche concessioni, poiché anche in tale caso è necessaria la completa e chiara rappresentazione per il lavoratore dei diritti, delle rinunce e della misura delle stesse.

La Cassazione ha sul punto statuito che «per poter qualificare come atto di transazione l'accordo tra lavoratore e datore è necessario che contenga lo scambio di reciproche concessioni, sicché, ove manchi l'elemento dell'«*aliquid datum, aliquid retentum*», essenziale ad integrare lo schema della transazione, questa non è configurabile»¹⁶.

Risulta evidente come l'individuazione puntuale dei diritti oggetto delle rinunce/della transazione o quantomeno la relativa e oggettiva determinabilità sia fondamentale, perché solo in questo modo è possibile verificare la sussistenza dell'elemento dell'*aliquid datum, aliquid retentum*, sia nell'*an* che nel *quantum*. Sempre in sede di giurisprudenza di legittimità è stato precisato che «la reciprocità delle concessioni (...) deve poi essere intesa in correlazione alle pretese e contestazioni delle parti, non in relazione ai diritti effettivamente a ciascuna spettanti»¹⁷. La volontà dispositiva e abdicativa del soggetto interessato non può essere quindi riassunta in enun-

della tutela di cui all'art. 2113 c.c. nel caso della lavoratrice che rinunciava «a qualsiasi ulteriore pretesa derivante dal rapporto di lavoro» a fronte della corresponsione della somma alla stessa dovuta a titolo di TFR (Cass. 7 novembre 2018, n. 28488). In proposito è utile richiamare i principi statuiti dalla sentenza della Cassazione del 15 settembre 2015, n. 18094 su un caso di transazione avente ad oggetto rinunce relative al TFR e alle spettanze di fine rapporto prima della risoluzione consensuale del rapporto di lavoro: «Come noto, infatti, la quietanza liberatoria rilasciata a saldo di ogni pretesa costituisce, di regola, una semplice manifestazione del convincimento soggettivo dell'interessato di essere soddisfatto di tutti i suoi diritti, e pertanto concreta una dichiarazione di scienza priva di alcuna efficacia negoziale (tra le altre v. Cass. n. 2146 del 2011; Cass. n. 729 del 2003) in quanto enunciazioni onnicomprensive sono assimilabili alle clausole di stile e non sono di per sé sufficienti a comprovare l'effettiva sussistenza di una volontà dispositiva dell'interessato (Cass. n. 11536 del 2006; Cass. n. 10537 del 2004). Solo nel caso in cui, per il concorso di particolari elementi di interpretazione contenuti nella stessa dichiarazione, o desumibili aliunde, risulti che la parte l'abbia resa con la chiara e piena consapevolezza di abdicare o transigere su propri diritti, nella dichiarazione liberatoria possono essere ravvisati gli estremi di un negozio di rinuncia o transazione in senso stretto (da ultimo, per tutte, v. Cass. n. 9120 del 2015)».

¹⁶ Cass. 7 novembre 2018, n. 28448 in *IUS Lavoro*, 4 febbraio 2019, con nota di T. Zappia, *Transazione, rinuncia o mera dichiarazione di scienza? Il testo della dichiarazione non è sufficiente*.

¹⁷ Cass. 9 giugno 2021, n. 16154.

ciazioni generiche e omnicomprensive riconducibili a mere clausole di stile¹⁸.

In relazione al *quantum* va poi specificato che il livello di corrispettività è stato diversamente considerato dalla giurisprudenza.

La giurisprudenza di legittimità e parte delle pronunce di merito hanno precisato che non è rilevante l'eventuale squilibrio tra il *datum* e il *retentum* e che quindi il giudice non è tenuto a valutare la congruità delle reciproche concessioni, ma solo ad accertare la sussistenza delle stesse sulla base delle pretese e delle contestazioni delle parti e l'effettiva volontà negoziale¹⁹.

Un contrapposto orientamento della giurisprudenza di merito ha invece ravvisato «che le reciproche concessioni previste dall'art. 1965 c.c. devono essere commisurate alle reciproche pretese e contestazioni»²⁰ e ha dunque valorizzato maggiormente l'elemento della proporzionalità tra rinunce e corrispettivo, valutando l'esiguità e/o il valore simbolico di quest'ultimo. Sulla base di tale principio, il Giudice, a fronte di un'operazione negoziale che vedeva la corresponsione di una somma omnicomprensiva lorda di euro cinquanta per la rinuncia del lavoratore «a qualsivoglia domanda, precedente od ulteriore, di qualsivoglia natura ed entità attinenti al rapporto di lavoro intercorso, in ogni sua fase ed aspetto», ha considerato nullo l'accordo compositivo raggiunto dalle parti, non ravvisando la sussi-

¹⁸ Cass. 15 settembre 2015, n. 18094, Cass. 19 settembre 2016, n. 18321, Cass. 8 settembre 2017, n. 20976. Il principio della necessaria piena ed effettiva consapevolezza in capo al lavoratore firmatario del contenuto e dell'estensione dei diritti dismessi con il negozio transattivo è stato ribadito anche dalla recente giurisprudenza id merito (Trib. Milano, 11 novembre 2022).

¹⁹ Cass. 1 aprile 2019, n. 9006. Sul punto si veda anche Cass. 7 novembre 2018, n. 28448. Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Milano 30 ottobre 2019, n. 138 che non ha considerato il *quantum* delle reciproche concessioni e in particolare l'esiguità o meno delle somme corrisposte al lavoratore in ragione della chiarezza espositiva dell'accordo e quindi della piena consapevolezza delle parti rispetto al contenuto delle rinunce e delle transazioni oggetto dell'atto negoziale impugnato.

²⁰ E ancora «si è poi precisato che, allo scopo di individuare l'effettiva sussistenza del requisito delle reciproche concessioni, e dunque di verificare il reale avanzamento delle parti rispetto alle posizioni in contrasto, sia necessario procedere al confronto fra la situazione che ha dato luogo alla controversia e quella scaturente dall'esercizio del potere modificativo attuato con la transazione. La transazione appartiene invero alla categoria dei contratti a prestazioni corrispettive, per cui essa necessita della reciprocità dei sacrifici richiesta dalla formulazione normativa» Trib. Milano, 2 marzo 2015, n. 577. In senso conforme, Trib. Monza, 26 maggio 2015, n. 358.

stenza di una transazione per la mancanza di un reciproco sacrificio.

4. I vizi procedurali. L'effettiva assistenza prestata al lavoratore in sede conciliativa

Come visto, ai fini della tutela garantita dall'art. 2113, co. 4, c.c. e quindi dell'inoppugnabilità degli atti abdicativi/transattivi sottoscritti con le formalità previste dalla norma, è necessario che il lavoratore sia consapevole di quali diritti rinuncia e in quale misura. In tale ottica, la sede e la procedura conciliativa rappresentano non mere formalità, ma strumenti di garanzia e salvaguardia del lavoratore considerato soggetto debole nel rapporto.

La giurisprudenza intervenuta in materia ha posto in luce il tema dell'assistenza fornita al lavoratore in sede di conciliazione, domandandosi se l'assistenza prestata al lavoratore dal rappresentante sindacale per le conciliazioni in sede sindacale o dal conciliatore negli altri casi debba essere effettiva e cosa si intenda per "assistenza effettiva".

Seguendo la *ratio* del legislatore, dottrina (Pera, 1990, 77, Pallini, 2009, 436, Voza 2007, 101, Bolego, 2010, 331) e giurisprudenza²¹ hanno sottolineato come la presenza dell'organo conciliativo sia funzionale tanto a far sì che le parti possano raggiungere un accordo in posizione paritetica (evitando così che il lavoratore versi in uno stato di inferiorità o soggezione rispetto al datore del lavoro), quanto a dissuadere lo stesso datore di lavoro dal tentare di coartare la volontà del lavoratore.

²¹ Cass. 6 maggio 2016, n. 9255 fornisce una sintesi sulle tesi giurisprudenziali intervenute: «Il conciliatore sindacale non è un pubblico ufficiale ma un semplice terzo che, in sede sindacale e nel momento in cui le paci addivengono ad un determinato assetto di interessi garantisce con la sua presenza l'assenza di uno stato di inferiorità o soggezione tra lavoratore e datore del lavoro che giustifica la previsione di cui all'art. 2113 c.p.c., comma 4, e cioè l'immediata validità di tale conciliazione che non può essere impugnata nel termine di sei mesi ivi previsto, salvo il caso del mancato rispetto dei requisiti minimi di validità del contratto (si veda Cass., 18 agosto 2004, n. 16168; si vedano, sulla effettività della partecipazione del sindacato alla conciliazione, non essendo sufficiente una presenza meramente formale del rappresentante sindacale, Cass. 22 maggio 2008, n. 13217; Cass. 3 aprile 2002, n. 4730, Cass. 13 novembre 1997, n. 11248, sulla necessità che l'assistenza sia offerta dall'associazione cui il lavoratore abbia conferito mandato sindacale, Cass. 22 ottobre 1991, n. 11167; sul rispetto della procedura conciliativa stabilita nei contratti collettivi, Cass. 3 settembre 2003, n. 12858; Cass. 3 aprile 2002, n. 4730)».

Ciò presuppone che il terzo non si limiti a prendere atto della volontà negoziale espressa in sede di conciliazione dalle parti, ma verifichi effettivamente che il lavoratore esprima una volontà libera e non condizionata, o peggio coartata²².

Sul punto, l'analisi della casistica giurisprudenziale riguardante verbali di conciliazione sottoscritti in sede sindacale mostra come sia richiesta la partecipazione attiva del rappresentante sindacale, non ritenendo sufficiente la sua mera presenza in fase di conciliazione, ma esigendo un'attività di concreto supporto, adoperandosi al fine della composizione della controversia ed accertandosi della piena consapevolezza da parte del lavoratore del contenuto e della misura dei diritti oggetto di rinuncia/transazione (Palini, 2009, 436)²³. In un arresto la Suprema Corte ha addirittura considerato "non decisive" l'assistenza dell'avvocato del lavoratore in sede sindacale e le avvertenze effettuate dai conciliatori sugli effetti della conciliazione ex artt. 2113 c.c. e 411 c.p.c.²⁴.

Inoltre, una recente pronuncia della Cassazione, oltre a ribadire l'importanza di un'assistenza attiva ed effettiva da parte del rappresentante sindacale nelle procedure conciliative ex art. 411 c.p.c., ha attribuito un ruolo decisivo anche alla sede in cui l'accordo è stato sottoscritto, intesa quale luogo fisico, sottolineando la necessità di un luogo realmente neutro ed escludendo quindi che la conciliazione possa svolgersi nei locali aziendali²⁵.

²² In proposito, si richiama Trib. Milano 30 ottobre 2019, n. 138 che ha confermato la legittimità di un verbale di conciliazione, poiché nella fase istruttoria erano emersi i seguenti elementi, con riferimento allo svolgimento della conciliazione: «l'effettiva presenza del conciliatore, sig. L.C., l'intervenuta integrale lettura a voce alta di una copia del verbale di conciliazione da parte del consulente, sig. D.S.V., il contestuale svolgimento di attività informativa circa il contenuto del verbale, sia attraverso modalità standard che su richiesta dei lavoratori, da parte del conciliatore, e la separata raccolta delle sottoscrizioni dei lavoratori su ciascuna copia del verbale, il tutto in un contesto di descritta serenità ambientale».

²³ Cass. 4 settembre 2018, n. 21617, Cass. 23 ottobre 2013, n. 24024, Cass. 22 maggio 2008, n. 13217.

²⁴ Cass. 23 ottobre 2013, n. 24024, in *LG*, 2014, 5, 476-479, con nota di R. Garofalo, *La transazione in sede sindacale: i limiti sostanziali e processuali alla impugnabilità*.

²⁵ Cass. 15 aprile 2024, n. 10065 in *DG*, 2024, 73, 2 con nota di M. Tonetti, *Conciliazione sindacale: l'azienda non può essere "sede protetta"*: «I luoghi selezionati dal legislatore hanno carattere tassativo e non ammettono, pertanto, equipollenti, sia perché direttamente collegati all'organo deputato alla conciliazione e sia in ragione della finalità di assicurare al lavoratore un ambiente neutro, estraneo al dominio e all'influenza della controparte datoriale (non

Premesso che tale sentenza si riferisce alla sola procedura conciliativa in sede sindacale e non alle altre sedi e forme previste dalla normativa, in termini generali quella prospettata, nel ritenere determinante l'accezione spaziale della "sede" ai fini della validità del verbale di conciliazione ai sensi dell'art. 2113, ultimo comma, c.c. e della conseguente inoppugnabilità, non pare una tesi condivisibile.

La prassi dimostra infatti che, al di là del luogo fisico in cui si riuniscono le parti e il conciliatore, ciò che rileva allo scopo di garantire al lavoratore la tutela richiesta dal legislatore è l'attività in concreto svolta dal rappresentante sindacale o dall'organo conciliativo presente, che deve accertarsi della comprensione del contenuto dell'accordo da parte del lavoratore e che il suo consenso sia libero e genuino e soprattutto fondato sulla consapevolezza dei diritti e delle obbligazioni scaturenti dall'accordo stesso²⁶.

Pertanto, a meno che nel caso concreto non vi siano specifiche circostanze fattuali legate alla sede che abbiano comportato un effettivo e rilevante squilibrio in favore del datore di lavoro o che abbiano inciso sulla libera determinazione del lavoratore, non si ritiene che il luogo in cui viene sottoscritto l'accordo conciliativo possa invalidare il verbale di conciliazione e si aderisce quindi al diverso orientamento recentemente espresso in sede di legittimità²⁷.

Un'ulteriore questione su cui la giurisprudenza si è mostrata divisa in relazione alle procedure conciliative sindacali è quella legata al conferimento del mandato al sindacalista da parte del lavoratore e all'adesione dello stesso all'organizzazione sindacale il cui esponente è presente in occasione della conciliazione.

In sede di merito è stata ribadita la necessità oltre che dell'effettiva assistenza, anche dell'appartenenza del lavoratore al sindacato il cui rap-

depone in senso contrario Cass. n. 1975 del 2024, concernente una conciliazione ai sensi dell'art. 412 ter c.p.c.)».

²⁶ In tal senso, solo per fare un esempio, qualora il rappresentante sindacale o l'organo conciliativo abbia indagato circa la sussistenza di una controversia in essere o potenziale tra le parti e quindi di una negoziazione – se ciò non emerge già chiaramente dal testo e pur nel dovuto rispetto del ruolo di terzietà che non prevede alcuna ingerenza negli interessi delle parti – e abbia fornito spiegazioni al lavoratore, la protezione richiesta dal legislatore può dirsi raggiunta.

²⁷ Cass. 18 gennaio 2024, 1975.

presentante partecipa alla conciliazione²⁸, sebbene la Suprema Corte di recente abbia precisato che «sul piano formale il legislatore non richiede affatto che il mandato al rappresentante sindacale sia anteriore o comunque preventivo rispetto al tempo e al luogo in cui viene stipulata la conciliazione. Sul piano sostanziale, la contestualità del mandato rispetto alla stipula dell'atto potrebbe costituire un indizio circa la non effettività dell'assistenza sindacale, che tuttavia deve essere corroborato da altri elementi indiziari per integrare la prova presuntiva di tale vizio (art. 2729 c.c.), in grado di inficiare la validità della conciliazione»²⁹.

Altro orientamento assegna invece valore primario alla sede protetta, sia essa sindacale ovvero amministrativa³⁰, che in quanto tale fungerebbe, anche a livello presuntivo, da adeguata garanzia affinché la volontà del lavoratore sia libera, consapevole e non forzata³¹. In quest'ottica, per assicurare l'effettiva assistenza sarebbe sufficiente la sola compresenza del rappresentante sindacale e del lavoratore al momento della conciliazione.

5. Brevi spunti sulle conseguenze dei vizi degli accordi conciliativi

Dopo aver esposto, seppur sinteticamente, i vizi e le possibili problematiche che possono mettere in discussione la legittimità, la validità e l'inoppugnabilità degli accordi abdicativi/transattivi stipulati secondo la procedura dell'art. 2113 co. 4 c.c. e nelle relative sedi, occorre ora com-

²⁸ Trib. Bari, sez. lav., 6 aprile 2022.

²⁹ Cass. Cass. 18 gennaio 2024, 1975.

³⁰ Cass. 12 dicembre 2002, n. 17785: «l'intervento dell'ufficio provinciale del lavoro è in se idoneo a sottrarre il lavoratore a quella condizione di soggezione rispetto al datore di lavoro, che rende sospette di prevaricazione da parte di quest'ultimo le transazioni e le rinunce intervenute nel corso del rapporto in ordine a diritti previsti da norme inderogabili, sia allorché detto organismo partecipi attivamente alla composizione delle contrastanti posizioni delle parti, sia quando in un proprio atto si limiti a riconoscere, in una transazione già delineata dagli interessati in trattative dirette, l'espressione di una volontà non coartata del lavoratore. Conseguenze che anche in tale ultimo caso la transazione si sottrae all'impugnativa suddetta (cfr., Cass., 1 aprile 1987, n. 3149; 8 gennaio 1983, n. 138; vedi anche Cass., 8 gennaio 1983, n. 138, nel testo dell'art. 2113 c.c. antecedente alla riforma del 1973)».

³¹ Cass. 9 giugno 2021, n. 16154, in *IUS lavoro*, 15 ottobre 2021, con nota di F. Siccardi, *Le rinunce e le transazioni di cui all'articolo 2113 c.c., se intervenute in sede protetta, sono sempre valide?*; Cass. 18 agosto 2017, n. 20201, Trib. Bergamo, 13 febbraio 2020, n. 95.

prendere quali possano esserne gli effetti e le conseguenze sui verbali di conciliazione.

Come detto, l'art. 2113 co. 2 c.c. prevede la possibilità per il lavoratore di impugnare le rinunzie e transazioni nel termine decadenziale di sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data della rinunzia o transazione se successiva alla cessazione stessa e la conseguente inoppugnabilità, superati i sei mesi senza alcuna impugnazione.

A tale meccanismo sono sottratte le rinunce e transazioni concluse nell'ambito di verbali di conciliazione sottoscritti ai sensi dell'art. 2113, co. 4, c.c. che tuttavia possono essere oggetto di azione di nullità e/o di annullamento in base alla disciplina comune dei contratti³².

Ci si chiede in particolare quale sia il regime di invalidità previsto dall'art. 2113 c.c.³³, considerando che il dettato codicistico non fornisce precise indicazioni sul punto, se non al primo comma dove parla genericamente di invalidità.

Nel tentativo di dare una risposta, è necessario ricorrere al difficile coordinamento fra la disciplina civilistica dei contratti in generale e quella dell'invalidità nell'ambito lavoristico (Camilletti, 2018, 20).

Sulla scorta della dottrina (Ferraresi, 2016, 1052) e giurisprudenza³⁴ intervenute sull'esegesi dell'art. 2113 c.c. (e in particolare sull'ultimo comma), è possibile ricorrere all'azione di annullamento³⁵ del negozio sostanziale anche se racchiuso nel verbale di conciliazione per incapacità naturale (artt. 1425 co. 2 e 428 c.c.) o legale (art. 1425 co. 1 c.c.) ovvero per un vizio della volontà (errore, violenza e dolo ai sensi degli artt. 1427 e ss.

³² Cass. del 30 settembre 2020, n. 20913: «la transazione contenuta nella conciliazione giudiziale che ha posto fine alla lite a suo tempo promossa dal ricorrente, è sottratta, in quanto perfezionatasi in giudizio, al regime della impugnabilità di cui all'art. 2113 c.c. (v. comma 4 art. cit.), mentre rimangono esperibili le normali azioni di nullità e di annullamento dei contratti».

³³ A tal riguardo, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie hanno qualificato in termini di annullabilità l'invalidità prevista dall'art. 2113, co. 1, c.c. (Cass. 18 gennaio 1988, n. 338, Cass. 11 dicembre 1987; in dottrina, Ferraresi, 2016, 1052, Camilletti, 2018, 22). La tesi minoritaria riconduce invece l'invalidità in parola a una fattispecie di "invalidità speciale" (Trib. Milano, 20 giugno 1998; in dottrina, Grandi - Pera, 2018, 656).

³⁴ Cass. 18 gennaio 1988, n. 338.

³⁵ Come noto, l'azione di annullamento si prescrive in cinque anni e può essere esperita dal solo soggetto interessato. Sul piano dell'efficacia, l'accordo conciliativo rimane efficace fintanto che non venga pronunciato l'annullamento.

c.c.). Il regime dell'annullabilità sarebbe applicabile anche nei casi in cui in occasione della conciliazione in sede sindacale non vi sia stata la dovuta assistenza al lavoratore (Garofalo, 2014, 479).

A tal proposito, la dottrina (Pallini, 2009, 437) ha efficacemente sottolineato che l'annullamento può essere chiesto dal lavoratore in presenza dei vizi del consenso sopra menzionati secondo le previsioni di cui agli artt. 1441 ss. c.c. anche qualora la conciliazione non abbia presentato lacune procedurali. Ciò in quanto le azioni volte a incidere sul procedimento della formazione della volontà del lavoratore possono intervenire in fase di trattativa o comunque non davanti l'organo conciliativo, tanto più che tale organo non può procedere – se non su un piano meramente formale e inevitabilmente non esaustivo – ad investigare circa eventuali condizionamenti.

L'azione ordinaria di nullità del negozio ai sensi degli artt. 1418 e ss. c.c. sarebbe invece esperibile nel caso in cui non sia determinabile l'oggetto del negozio transattivo³⁶ ovvero manchino i requisiti essenziali della transazione sopra individuati (*res dubia* e reciproche concessioni).

In tema di nullità ci si chiede infine se la nullità di singole pattuizioni possa determinare la nullità dell'intero accordo.

Se è vero che ai sensi dell'art. 1419 c.c., «la nullità parziale di un contratto o di singole clausole non comporta la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità» è altresì vero che in molti casi la presenza o la formulazione di quella clausola nel verbale avrebbe potuto incidere direttamente sulla conclusione stessa dell'accordo o comunque modificare sensibilmente gli assetti negoziali. Anche su tale profilo pertanto è doverosa una valutazione del singolo caso.

³⁶ Cass. n. 26 settembre 1991, n. 10056.

Riferimenti bibliografici

- Adamo D. (2019), *Le conciliazioni in materia di lavoro non più impugnabili ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2113 del Codice civile*, in LDE, 2019, 2.
- Albi P. (2016), *La dismissione dei diritti del lavoratore. Art. 2113*, in P. Schlesinger (fondato da), F.D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 94-122.
- Alvino I. (2020), *Accordi di riduzione della retribuzione: natura giuridica e limiti dell'autonomia individuale* (Nota a App. Milano 15 gennaio 2020, n. 1974), in DRI, 2020, 3, 827-840.
- Angelini L. (1994), *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, in L. Angelini, L. Renna, R. Romei (a cura di), *La disciplina dei crediti del lavoratore subordinato*, Torino, Utet, 342 ss.
- Bolego G. (2010), *Osservazioni in tema di conciliazioni negoziali dirette e «formalizzazione» innanzi ai conciliatori*, in RIDL, 2010, 2, 329.
- Camilletti F. (2018), *Invalità civilistica, invalidità giuslavoristica e nullità di protezione*, in LDE, 2018, 1.
- Calderara D. (2023), *Gli spazi di emersione dell'autonomia individuale nella disciplina legale*, in RIDL, 2023, 3, 79.
- Caroppoli M. (2005), *È nulla la rinuncia preventiva al TFR: verte su diritti non ancora acquisiti*, in DG, 18, 2005, 22.
- Chietera F. (2016), *Annulabilità dell'accordo transattivo di risoluzione del rapporto con incentivazione all'esodo e principio di presupposizione* (Nota a Trib. Nuoro sez. lav. 14/4/2016, n. 66) in IUS Lavoro, 7 luglio 2016, 1
- Ciucciovino S. (2006), *Rinunce e transazioni*, G. Santoro-Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, Torino, Utet, 1027-1044.
- Costantini L.A. (2007), *Rinunzie e transazioni*, F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. III, M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato, garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, Torino, 2007, 701.
- Costantini S. (2019), *I vizi nelle rinunce e transazioni dei diritti dei lavoratori* (Nota a Cass. Civ. Sez. Lav. 1/4/2019, n. 9006), in IUS Lavoro, 24 giugno 2019, 1.
- Cuomo M. (2021), *La conciliazione come aspetto stragiudiziale delle controversie di lavoro*, in LDE, 2021.
- De Angelis L. (2011), *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in WP

- CSDLE Massimo D'Antona.IT - 121/2011.
- Dessi O. (2011), *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, Giappichelli, Torino, 2011, 169 ss.
- Dui P. (2021), *Conciliazioni sindacali, natura, effetti e regime di impugnazione. Rassegna di giurisprudenza*, in *LDE*, 2021, 3.
- Fassina L., Fassina S. (2019), *Le conciliazioni in sede sindacale: problematiche aperte e aporie normative*, in *LDE*, 2019, 3.
- Ferraresi M. (2016), *L'incidenza della deontologia e dell'ordinamento forensi sulla transazione e la conciliazione in materia di lavoro*, in *DRI*, 2016, 4, 1052.
- Ferraro G., *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, EGT, Roma, 1991, XXVII, 6 ss.
- Gambacciani M. (2010), *L'efficacia delle dichiarazioni di quietanza*, in *MGL*, 2010, 718-722.
- Garofalo R. (2014), *La transazione in sede sindacale: i limiti sostanziali e processuali alla impugnabilità*, in *LG*, 2014, 5, 475 ss.
- Girardi G. (2003), *Limiti all'impugnabilità delle rinunce e transazioni ex art. 2113 c.c.* (Nota a Cass. 17 settembre 2002, n. 13616), in *LG*, 2003, 5, 439.
- Gragnoles E. (1998), *Transazioni individuali, sottoscrizione e riserva ed assistenza sindacale* (Nota a Cass. 13 novembre 1997, n. 11248), in *RIDL*, 1998, II, 392-407.
- Grandi – Pera (2018), a cura di De Luca Tamajo, Mazzotta, *Commentario breve alle leggi sul lavoro, sub art. 2113*, Cedam, Padova, 651-657.
- Maggio I. C. (2017), *La conciliazione e l'arbitrato nel diritto del lavoro: lo stato dell'arte*, in *DRI*, 2017, 98.
- Lamberti F. (2020), *I limiti all'autonomia individuale del lavoratore*, Napoli, Jovene, 97 ss.
- Licci P. (2023), *La negoziazione assistita per le controversie di lavoro*, in *Giustizia Civile*, 2023, 2, 243.
- Pallini M. (2009), *L'estorsione della volontà "assistita" del lavoratore*, in *RIDL*, 2009, 2, 435.
- Papaleoni M. (1985), *Sulle modalità di impugnativa delle rinunce e transazioni*, in *MGL*, 1985, 548-552.
- Pera G. (1990), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore. Art. 2113 c.c.*, in P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 59-124.
- Petino P. (1987), *Inoppugnabilità della conciliazione stragiudiziale ed attività dei conciliatori*, in *MGL*, 1987, 578-585.
- Raimondi E. (2021), *La transazione novativa nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 2021, 1, 48.

- Rausei P. (2010), *Il rilancio della conciliazione monocratica*, in *DPL*, 2010, 2, 6.
- Senatori I. (2004), *Effettività dell'assistenza sindacale e validità della conciliazione stragiudiziale: una nuova pronuncia della cassazione* (Nota a Cass. 3 settembre 2003, n. 12858), in *RIDL*, 2004, II, 183.
- Siccardi F. (2021), *Quanto un verbale di conciliazione può dirsi tombale?* (Nota a Cass. Civ. Sez. Lav. Sent., 14 settembre 2021, n. 24699), in *IUS Lavoro*, 15 ottobre 2021, 1.
- Sonnati S. (2017), *La natura novativa dell'accordo transattivo sugli elementi caratterizzanti il rapporto di lavoro: mansioni, luogo di lavoro e retribuzione*, (Nota a Trib. Messina 7 aprile 2017), in *ADL*, 2017, 6, 1580.
- Speziale V., *Gino Giugni e la conciliazione in sede sindacale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 415/2020, 1.
- Timellini C. (2012), *La transazione novativa nei rapporti di lavoro*, Torino, Giappichelli, 45.
- Tonetti M. (2024), *Conciliazione sindacale: l'azienda non può essere "sede protetta"*, in *DG*, fasc.73, 2024, 2.
- Voza R. (2007), *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 77 ss.
- Zappia T. (2019), *Transazione, rinuncia o mera dichiarazione di scienza? Il testo della dichiarazione non è sufficiente* (Nota a Cass. Civ. Sez. Lav. 7/11/2018, n. 28448), in *IUS Lavoro*, 4 febbraio 2019, 1.

Capitolo 30

La conciliazione telematica

Ilario Alvino

SOMMARIO

1. La Commissione di certificazione quale sede protetta per la sottoscrizione di accordi di conciliazione – 2. La conciliazione in modalità telematica – 3. Il verbale di conciliazione telematico

1. La Commissione di certificazione quale sede protetta per la sottoscrizione di accordi di conciliazione

Sin da prima che la pandemia rivoluzionasse in senso digitale le nostre vite, abituandoci ad utilizzare gli strumenti di collegamento da remoto, la Commissione dell'Università Roma Tre si era dotata di una procedura per l'espletamento in modalità telematica del tentativo di conciliazione e per la sottoscrizione del verbale.

Il ricorso alla modalità telematica rientra nella potestà regolamentare che la legge riconosce alle commissioni di certificazione universitarie.

Va al riguardo ricordato che l'art. 78, comma 2, d.l.gs. 276/2003, rimette espressamente alle Commissioni di certificazione la definizione delle regole sulla base delle quali deve essere svolto il procedimento di certificazione, sia pur nel rispetto di alcuni principi, previsti dal medesimo articolo, volti ad assicurare pubblicità, trasparenza e celerità.

Discorso analogo vale per l'attività conciliativa.

L'art. 31, l. 183/2010, com'è noto, ha incluso le commissioni di certificazione tra le sedi presso le quali è possibile sottoscrivere accordi validi ai sensi dell'art. 2113 c.c.

Il comma 13 della disposizione appena richiamata prevede infatti testualmente che «presso le sedi di certificazione di cui all'art. 76, d. lgs. 276/2003, e successive modificazioni, può altresì essere esperito il tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c.».

L'ordinamento ha dunque riconosciuto alle Commissioni di certifica-

zione l'idoneità ad assicurare le garanzie tipiche delle altre sedi già contemplate dall'art. 2113 c.c., senza fornire indicazioni dettagliate sulle modalità procedurali con le quali le medesime commissioni devono operare, ma indicando soltanto un modello di riferimento, individuato nelle procedure seguite per le conciliazioni in sede amministrativa (art. 410 c.p.c.).

In questo senso, si è espresso anche il Ministero del Lavoro, che ha sottolineato, occupandosi dell'attività delle commissioni di certificazione universitarie, la necessità di considerare le peculiarità legate al contesto specifico, nonché la possibilità di assumere la procedura indicata nell'art. 410 c.p.c. come modello di riferimento (cfr. le risposta ad interpello 34/2011 e 5/2012 del Ministero del lavoro).

Al riguardo è bene altresì sottolineare che il ricorso alla modalità telematica non è precluso dal fatto che le disposizioni che demandano competenze alle commissioni di certificazioni prescrivono che determinate attività debbano svolgersi “presso le sedi” (art. 31, comma 13, l. 183/2010) o “avanti alle commissioni” (ad es. art. 6, comma 6, d. lgs. 81/2015).

Il richiamo alla sottoscrizione di determinati atti “presso le sedi” o “avanti alle commissioni” ha la finalità di prescrivere che la formazione della volontà del lavoratore si realizzi con le garanzie che la sede (*rectius*: la commissione) è in grado di assicurare.

Detto altrimenti, la sede non va intesa come luogo fisico di svolgimento di determinate attività, ma come requisito del processo di formazione della volontà del lavoratore, del quale costituisce una componente fondamentale l'attività di assistenza prestata dalla sede. Assistenza che deve essere tale da fornire adeguata garanzia che la volontà del lavoratore si formi in maniera libera e consapevole, scevra da condizionamenti che possano derivare da pressioni illegittime della parte più forte del rapporto di lavoro.

Da tale premessa derivano almeno due importanti corollari.

Il primo è che ai fini della validità delle rinunzie o delle transazioni aventi ad oggetto diritti derivanti da disposizioni inderogabili della legge o dei contratti o accordi collettivi è necessario che la sede conciliativa assolva effettivamente ed in concreto al ruolo di assistenza al lavoratore che la legge le attribuisce (cfr. Capp. 2 e 26).

Il secondo corollario è che, in mancanza di tale assistenza effettiva, la semplice sottoscrizione presso la sede terza non permette di superare quell'invalidità di cui l'atto dispositivo del lavoratore è, altrimenti, originariamente affetto ai sensi dell'art. 2113 c.c.

Tale conclusione, con riferimento alle conciliazioni sottoscritte con le

modalità previste dai contratti collettivi (art. 412 ter c.p.c.), è stata messa in chiaro bene dalla Suprema Corte, la quale ha affermato che «la necessità (derivante dal combinato disposto dell'art. 412 ter c.p.c. e del contratto collettivo di volta in volta applicabile) che la conciliazione sindacale sia sottoscritta presso una sede sindacale non è un requisito formale, bensì funzionale ad assicurare al lavoratore la consapevolezza dell'atto dispositivo che sta per compiere e, quindi, ad assicurare che la conciliazione corrisponda ad una volontà non coartata, quindi genuina, del lavoratore» (Cass. 18 gennaio 2024, n. 1975).

Tale principio sembrerebbe scalfito da quanto affermato dalla stessa Cassazione in una successiva sentenza pronunciata con riferimento alle condizioni di validità delle conciliazioni sottoscritte con l'assistenza di un rappresentante sindacale (art. 411 c.p.c.).

In questo secondo arresto (Cass. 15 aprile 2024, n. 10065), la Suprema Corte ha ribadito che «l'assistenza prestata da rappresentanti sindacali (esponenti della organizzazione sindacale cui appartiene il lavoratore o, comunque, dal medesimo indicati, v. Cass. n. 4730 d 2002; n. 12858 del 2003; n. 13217 del 2008) deve essere effettiva e ha lo scopo di porre il lavoratore in condizione di sapere a quale diritto rinunci e in che misura (v. Cass. n. 24024 del 2013; n. 21617 del 2018; n. 25796 del 2023; n. 18503 del 2023 in motivazione), così da consentire l'espressione di un consenso informato e consapevole».

La Cassazione ha però altresì precisato che «la conciliazione in sede sindacale, ai sensi dell'art. 411, comma 3, c.p.c., non può essere validamente conclusa presso la sede aziendale, non potendo quest'ultima essere annoverata tra le sedi protette, avente il carattere di neutralità indispensabile a garantire, unitamente alla assistenza prestata dal rappresentante sindacale, la libera determinazione della volontà del lavoratore».

Il principio espresso in questa pronuncia – il cui ambito di applicazione è da considerarsi limitato alle sole conciliazioni sottoscritte in sede sindacale (come la stessa Cassazione chiarisce, sottolineando, al punto 18, la differenza tra il caso deciso e quello oggetto della sentenza n. 1975/2024) – pur apparentemente attribuendo rilevanza ad un requisito meramente formale (il luogo fisico in cui viene svolta la conciliazione), lo fa in realtà valorizzando il profilo di tutela di carattere sostanziale che vi è sotteso. Ossia ricordando che la possibilità di ritenere valido l'atto di rinuncia del lavoratore passa attraverso l'accertamento del fatto che l'organo investito del ruolo proprio della c.d. sede protetta abbia prestato un'assistenza effettiva al lavoratore.

Appare dunque ragionevole concludere che la sottoscrizione dell'accordo conciliativo in sede aziendale, non escluda, di per sé, la validità delle rinunzie che siano state svolte dal lavoratore, ancor più nel caso in cui si tratti di sede diversa da quella sindacale alla quale la pronuncia specificamente si riferisce. Al più, il datore di lavoro dovrà considerarsi gravato dell'onere di provare che il lavoratore, grazie all'effettiva assistenza sindacale, ha comunque avuto piena consapevolezza delle dichiarazioni negoziali sottoscritte. Ciò in linea con quanto già affermato in Cass. 1975/2024, espressamente richiamata nella successiva pronuncia n. 10065/2024.

2. La conciliazione in modalità telematica

Alla luce di quanto sin qui affermato si può dunque concludere che le modalità di svolgimento del tentativo di conciliazione rilevano in quanto siano tali da assicurare un'assistenza effettiva al lavoratore. Un'assistenza, in altri termini, che sia idonea a far sì che il lavoratore possa formare il proprio convincimento in maniera libera e consapevole del significato e degli effetti delle dichiarazioni che accetta di sottoscrivere.

Deve dunque certamente ritenersi inclusa tra le modalità di esperimento del tentativo di conciliazione anche quella telematica, purché la stessa si svolga con caratteristiche tali da assicurare quell'assistenza effettiva di cui si è sin qui detto.

Sarà dunque necessario che l'incontro si svolga con sistemi di collegamento audio-visivo, che permettano di identificare le parti e di mantenere un collegamento da remoto stabile, idoneo a consentire una facile ed efficace interlocuzione con la Commissione.

3. Il verbale di conciliazione telematico

È necessario a questo punto chiedersi quale forma debba assumere il verbale di conciliazione da sottoscrivere all'esito del tentativo di conciliazione.

Domanda la cui risposta non è scontata per la semplice e banale constatazione che la commissione di conciliazione e le parti non sono tutte contestualmente presenti nello stesso luogo, sicché non è possibile procedere alla modalità ordinaria di sottoscrizione attraverso l'apposizione delle rispettive firme olografe in calce al medesimo documento analogico.

La prima modalità che può agevolmente sostituire la sottoscrizione del documento analogico è ovviamente data dalla creazione di un file nativo digitale che riporti l'accordo raggiunto dalle parti (o che dia atto del dell'eventuale esito negativo del tentativo), al quale la commissione e ciascuna parte apponga la propria firma digitale.

Ed invero, come sancisce il comma 1-bis dell'art. 20 del Codice dell'Amministrazione Digitale (di seguito anche CAD, d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82), «il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 c.c. quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore».

Il documento informatico sottoscritto da tutti i soggetti con firma digitale assume dunque lo stesso valore giuridico del documento analogico, purché la firma digitale sia di tipo qualificato o avanzato.

Se la sottoscrizione del verbale con firma digitale qualificata o avanzata costituisce la strada maestra da seguire per gestire il processo di conciliazione in modalità telematica, va però dato atto che, ad oggi, è raro che le parti siano entrambe dotate di una firma avente i requisiti richiesti dalle disposizioni appena richiamate.

Sicché è necessario chiedersi se il processo di firma all'interno di una conciliazione svolta in modalità telematica possa comunque avvenire in modalità analogica o con modalità mista (combinando firme analogiche apposte da alcuni e firme digitali apposte da altri soggetti).

In altri termini e per maggiore chiarezza, immaginando che le parti e la commissione si trovino ciascuna presso un luogo diverso e non siano dotate di firma digitale qualificata, bisogna chiedersi se sia possibile per ciascuna procedere alla firma analogica del documento e poi produrre un documento informatico idoneo a valere quale originale ai sensi degli artt. 2714 e 2715 c.c. e a produrre gli effetti previsti dall'art. 2702 c.c., ossia a fare «piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta».

Per rispondere a tale quesito, si deve partire dalla constatazione che il CAD, all'art. 22, attribuisce la stessa validità dell'originale al documento informatico contenente copia di atti pubblici, scritture private e documenti in genere, se sono formati in conformità ai sensi dell'art. 20, comma 1-bis,

primo periodo, del CAD.

Quest'ultima disposizione prevede che «il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 c.c. quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'art. 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore».

Esercitando il compito conferitogli dalla disposizione appena richiamata, l'Agenzia per l'Italia Digitale ha elaborato, nel maggio del 2021, le "Linee Guida sulla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici", nelle quali ha previsto che «la copia per immagine su supporto informatico di un documento analogico è prodotta mediante processi e strumenti che assicurino che il documento informatico abbia contenuto e forma identici a quelli del documento analogico da cui è tratto, previo raffronto dei documenti o, nel caso di esigenze di dematerializzazione massiva di documenti analogici, attraverso certificazione di processo nei casi in cui siano adottate tecniche in grado di garantire la corrispondenza della forma e del contenuto dell'originale e della copia» (punto 2.2).

Facendo riferimento alle disposizioni appena richiamate all'interno del procedimento in cui consiste il tentativo di conciliazione, si può concludere che, nonostante le parti non siano contestualmente presenti nel medesimo luogo, è comunque possibile produrre un documento informatico recante le firme apposte dalle parti e dalla commissione su documento analogico, comunque idoneo a fare piena prova della provenienza delle dichiarazioni dalle parti sottoscrittrici ai sensi dell'art. 2702 c.c.

Tale risultato può essere prodotto attuando un processo di firma consistente in una circolazione del documento, che partendo da una delle parti, passando per le altre (attraverso la stampa, l'apposizione della firma e la successiva digitalizzazione mediante scansione) e giungendo alla commissione assicuri l'apposizione della firma olografa di ciascuno sullo stesso documento.

Affinché il documento informatico finale tenga fede di ciascuno dei documenti firmati in originale da ciascuno dei soggetti coinvolti nel procedimento conciliativo, è necessario che siano soddisfatte tre condizioni:

a) la commissione abbia accertato l'identità delle parti collegate in video conferenza, attraverso l'esibizione del documento di riconoscimento in corso di validità;

b) l'apposizione della firma avvenga da ciascun soggetto in tempo reale e in collegamento audio-video con gli altri soggetti, dell'originale; ciò al fine di permettere a tutti di accertare l'apposizione della firma dal soggetto in questione sul documento condiviso e fatto circolare;

c) ciascuno dei soggetti firmatari si sia accertato, prima di apporre la propria firma, che il documento che si accinge a sottoscrivere sia esattamente corrispondente al testo concordato.

Il documento, prodotto al termine del processo svolto nel rispetto dei requisiti appena riferiti, fornisce piena prova della sua provenienza dalle parti sottoscrittrici, nonché del fatto che l'accordo che esso reca si è formato con le modalità ivi descritte e che il suo contenuto coincide con quello definito dalle medesime parti all'esito del tentativo di conciliazione.

Capitolo 31

La negoziazione assistita

Fabiola Lamberti

SOMMARIO

1. Il ruolo delle Commissioni di certificazione nella negoziazione assistita – 2. Gli antecedenti storico-normativi, l'approdo al nuovo art. 2-ter d.l. 132/2014 e il sopravvenuto coinvolgimento delle Commissioni di certificazione – 3. L'*iter* procedurale: le conseguenze del rifiuto a negoziare e gli effetti dell'accordo – 4. Le attività istruttorie – 5. Presenza degli avvocati e profili deontologici – 6. Il ruolo passivo delle Commissioni di certificazione nella negoziazione assistita: questioni semantiche, tecniche e procedurali – 7. Considerazioni conclusive: le nuove sfide operative e interpretative

1. Il ruolo delle Commissioni di certificazione nella negoziazione assistita

Nella procedura di negoziazione assistita le Commissioni di certificazione vengono coinvolte solo a conclusione della stessa, nella fase di deposito prevista dall'ultimo periodo dell'art. 2-ter del d.l. 132/2014 «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile», convertito con modificazioni dalla l. 162/2014.

La negoziazione assistita in materia di lavoro, come si dirà meglio nel prosieguo, è stata re-inserita nel decreto citato dalla riforma c.d. Cartabia e, segnatamente, dall'art. 9, co. 1, lettera d), del d. lgs. 149/2022, con applicazione a decorrere dal 28 febbraio 2023, come stabilito dall'art. 35, co. 4, del d. lgs. 149/2022 medesimo, poi modificato dall'art. 1, co. 380, lettera c), punto 3) della l. 197/2022.

Il coacervo di norme sin qui rapidamente citate rende evidente, fin da subito, quanto la gestazione della negoziazione assistita in materia lavoristica sia stata lunga e complessa, oggetto di non pochi ripensamenti nel corso del tormentato *iter* normativo. Nell'attuale configurazione l'istituto

in esame costituisce uno strumento alternativo alla via giurisdizionale per la risoluzione delle controversie di cui all'art. 409 c.p.c., ulteriore rispetto alle altre forme di conciliazione codicistica già note e da sempre considerate idonee a garantire la libera e consapevole dismissione di diritti da parte del lavoratore.

Pur non interessando direttamente le Commissioni di certificazione, la procedura riveste interesse perché si presenta come un inedito punto di approdo di una concezione abilitante ed estensiva dell'autonomia individuale del lavoratore (Voza 2007, 82; Perulli 2019, 118; Lamberti 2020, 32), arrivando a modificare il principio generale del *favor laboratoris* del nostro ordinamento che trova(va) la sua più completa espressione nel principio per cui il lavoratore, non avendo la piena e totale disponibilità dei propri diritti, potesse compiere atti dispositivi solo in un contesto in cui fosse presente un soggetto terzo e imparziale, con funzione di garanzia della libera volontà dismissiva (Voza 2006, 232; Novella, 2009, 67).

Il requisito procedurale della «sede protetta» si pone(va) infatti come limite applicativo alla disciplina delle rinunce e delle transazioni in ragione di un presidio istituzionale garante della libertà negoziale del lavoratore (De Luca Tamajo 1976, 35; Cester 2009, 9).

Si tratta di un passaggio concettuale di grande rilievo poiché supera l'idea garantista che vede(va) solo nel ruolo svolto dagli uffici pubblici, dalle organizzazioni sindacali e dalle Commissioni di certificazione l'effettività della tutela del lavoratore “contraente debole” e approda alla figura di un lavoratore concepito come soggetto che si pone in una posizione paritetica rispetto alla parte datoriale, nella misura in cui si fa assistere da professionisti di propria fiducia, alla stessa stregua del “contraente forte” (Licci 2021, 3).

Ne consegue, così, l'opportunità di esaminare la procedura prevista dalla normativa vigente per comprendere se il presidio di garanzia istituzionale, affidato tradizionalmente ad un terzo imparziale, possa dirsi confermato da tale nuova modalità di composizione della controversia in cui le parti sono soggetti attivi del procedimento.

2. **Gli antecedenti storico-normativi, l'approdo al nuovo art. 2-ter d.l. 132/2014 e il sopravvenuto coinvolgimento delle Commissioni di certificazione**

Nella versione iniziale del d.l. 132/2014 la possibilità di far ricorso alla negoziazione assistita, come si accennava, era già estesa alle controversie di lavoro, con conseguente equiparazione, quanto ad inoppugnabilità, delle conciliazioni raggiunte attraverso tale procedimento a quelle sottoscritte nelle sedi protette di cui all'art. 2113 c.c.

In sede di conversione, tuttavia, a seguito dell'opposizione manifestata soprattutto da alcune organizzazioni sindacali e da diverse associazioni imprenditoriali, la norma sulla negoziazione assistita era stata modificata escludendo la possibilità di avvalersi dell'istituto per le questioni afferenti alla materia lavoristica (Bottini 2022, 6). La scelta legislativa aveva destato non poche perplessità, soprattutto nel ceto forense, atteso che la negoziazione assistita, secondo alcuni, appariva *prima facie* come uno strumento perfettamente compatibile con le controversie lavoristiche (Licci 2023, 4). L'esclusione era stata però supportata dal parere negativo espresso sul punto dal CSM¹, secondo il quale, in presenza di una sproporzione di potere tra le parti, la disciplina dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro non potesse essere affidata alla libera determinazione individuale dei soggetti coinvolti, neppure se assistiti da un legale, essendo invece necessaria la presenza di una parte terza e imparziale in grado di vigilare sull'equità della soluzione concordata, alla stregua delle conciliazioni *ex art.* 411 e 412-*ter* c.p.c.

Ogni tentativo successivo al 2014 di reintrodurre la negoziazione assistita in materia di lavoro è stato disatteso fino al 2021 quando la materia è stata riconsiderata dalla l. 206/2021, legge delega sulla riforma complessiva del processo civile con l'obiettivo della «semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile, nel rispetto della garanzia del contraddittorio». È stato così che, in attuazione della l.d. 206/2021, il d. lgs. 149/2022 c.d. riforma Cartabia ha previsto un'altra forma di risoluzione stragiudiziale delle controversie di lavoro attraverso l'estensione dell'ambito applicativo della negoziazione assistita con l'aggiunta dell'art. 2-*ter* al d.l. 132/2014 (Voza 2023, 7).

La norma prevede che «per le controversie di cui all'art. 409 c.p.c., fermo restando quanto disposto dall'art. 412-*ter* del medesimo codice, le parti possono ricorrere alla negoziazione assistita senza che ciò costituisca

¹ Parere CSM 9 ottobre 2014.

condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Ciascuna parte è assistita da almeno un avvocato e può essere assistita anche da un consulente del lavoro. All'accordo raggiunto all'esito della procedura di negoziazione assistita si applica l'art. 2113, quarto comma, del codice civile. L'accordo è trasmesso a cura di una delle due parti, entro dieci giorni, ad uno degli organismi di cui all'art. 76 del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276».

La disposizione in esame fa espressamente salva la possibilità di conciliare le suddette controversie anche presso le sedi tradizionali e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative, ai sensi dell'art. 412-*ter* c.p.c., quindi la negoziazione assistita non sostituisce le forme consolidate di conciliazione ma si aggiunge ad esse, offrendo alle parti un'ulteriore modalità per concludere accordi transattivi non impugnabili ai sensi dell'art. 2113 c.c.

Trattasi, alla luce della formulazione legislativa «senza che ciò costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale», di una procedura facoltiva e non obbligatoria. Tale opzione appare in linea con l'esclusione delle controversie lavoristiche dalla mediazione c.d. obbligatoria fin dal 2010 e con la piena facoltatività già prevista per i procedimenti *ex* 410 e 412-*ter* c.p.c. In accoglimento delle proposte della Commissione Giustizia del Senato e della Camera formulate nei pareri espressi ai sensi dell'art. 1, co. 2, l. 206/2021, con un intervento additivo sull'originaria formulazione normativa è stato successivamente previsto che l'accordo raggiunto all'esito della negoziazione assistita debba essere trasmesso, entro dieci giorni, ad uno degli organismi deputati alla certificazione dei contratti di lavoro, di cui all'art. 76 del d.l. 276/2003.

Nella procedura di negoziazione assistita le Commissioni di certificazione vengono quindi coinvolte solo nella fase conclusiva della “trasmissione”, prevista dall'ultimo periodo dell'art. 2-*ter* del d.l. 132/2014.

Tuttavia, volendo anticipare qualche considerazione critica, nulla è detto circa l'effetto giuridico di tale trasmissione, posto che non è possibile rintracciare nella lettera della norma alcuna correlazione a condizioni di validità e/o efficacia, né tanto meno l'eventuale ritardo o omissione di tale adempimento sono in qualche modo sanzionati o sanzionabili.

3. L'iter procedurale, le conseguenze del rifiuto a negoziare e gli effetti dell'accordo

Alla negoziazione assistita in materia lavoristica si applicano *mutatis mutandis* le norme generali sulla negoziazione, contenute nel d.l. 132/2014 s.m.i., Capo II, artt. 2-11. La procedura si fonda su una convenzione che viene definita come un «accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare, in buona fede e con lealtà, per risolvere in via amichevole la controversia tra le stesse insorta tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo».

Il procedimento è semplice: il legale della parte che ha interesse ad ottenere la soddisfazione di un proprio diritto trasmette alla controparte un invito a sottoscrivere una convenzione di negoziazione assistita. L'invito deve contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio (art. 4, d.l. 132/2014).

La controparte ha la facoltà di aderire o di rifiutare la negoziazione: nel caso di rifiuto o di mancata risposta entro trenta giorni dalla ricezione dell'invito, la procedura si intende esperita con esito negativo. Se però la controparte è interessata a negoziare, la stessa dovrà sottoscrivere, unitamente al proprio legale, la convenzione di negoziazione.

La convenzione di negoziazione deve essere redatta in forma scritta a pena di nullità², deve precisare l'oggetto della controversia, nonché il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura; termine che in ogni caso non può essere inferiore a un mese e superiore a tre mesi prorogabile, su accordo delle parti stesse, per ulteriori trenta giorni. Elementi non essenziali, ma che la norma prevede possano essere inseriti nella convenzione sono: la previsione della possibilità di acquisire dichiarazioni di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia; la possibilità di acquisire dichiarazioni della controparte sulla verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte nel cui interesse sono richieste; la possibilità di svolgere la negoziazione con modalità telematiche o con collegamenti audiovisivi a distanza (Di Nunzio 2023).

Dal momento della comunicazione dell'invito a concludere una con -

² Il Consiglio Nazionale Forense e l'Associazione degli Avvocati Giuslavoristi Italiani hanno predisposto dei modelli convenzionali che offrono una panoramica ampia per ciascuna tappa del procedimento di negoziazione, riportando pressoché tutte le norme che lo disciplinano.

venzione di negoziazione assistita o della sottoscrizione della convenzione, sulla prescrizione si producono gli stessi effetti della domanda giudiziale e dalla stessa data è impedita, per una sola volta, la decadenza (art. 8, d.l. 132/2014).

Trattandosi di istituto facoltativo, la negoziazione può in ogni momento essere abbandonata e, nel caso in cui la procedura abbia esito negativo, o non si raggiunga un accordo che definisca la lite, così come nel caso di rifiuto o di non accettazione dell'invito nel termine previsto, le parti sono libere di adire l'autorità giudiziaria.

Tuttavia, anche se volontaria e facoltativa, l'istanza di negoziazione assistita genera le conseguenze dell'art. 4 l. 162/2014 poiché, in caso di mancata risposta o di rifiuto all'invito, il giudice potrà valutare il comportamento della parte ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli artt. 96 e 642 c.p.c.

Ma, come è stato già rilevato, se il tentativo di conciliazione per le controversie di lavoro non è (più) obbligatorio³, «perché mai la parte 'convenuta' in sede di negoziazione assistita (che pure è facoltativa in materia di lavoro) dovrebbe subire conseguenze negative solo perché non intende sottoscrivere la convenzione?» (Bergamaschi 2023, 48). Tali conseguenze, diversamente non previste dall'art. 410 c.p.c. potrebbero, secondo alcuni, indurre la parte datoriale a presentarsi in sede di negoziazione assistita anche senza veramente accettarne l'opzione para-processuale (Voza 2023, 9).

In definitiva, la norma sulle conseguenze della “non accettazione dell'invito”, importata dalla legislazione più generale della mediazione e negoziazione obbligatoria, si adatta poco alle controversie di lavoro, per le quali – per espressa previsione legale – la negoziazione assistita non è condizione di procedibilità.

Nel caso in cui la procedura abbia esito negativo, ovvero non si raggiunga un accordo che definisca la lite, così come nel caso di rifiuto o di non accettazione dell'invito nel termine previsto, le parti sono libere di adire l'autorità giudiziaria, potendo allegare al ricorso giudiziale la convenzione e la dichiarazione del mancato accordo.

Diversamente, in caso di esito positivo, a norma dell'art. 5, d.l. 132/2014 s.m.i, l'accordo che compone la controversia sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono costituisce titolo esecutivo, nonché titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e deve essere integralmente tra-

³ Salvo nel marginale caso di ricorso giurisdizionale contro la certificazione *ex* art. 80 d. lgs. 276/2003.

scritto nel precetto ai sensi dell'art. 480, co. 2, c.p.c.

Ma soprattutto, per quanto qui ci occupa, nel caso in cui la procedura abbia esito positivo e si raggiunga un accordo, il legislatore ha espressamente previsto che – al pari degli accordi conclusi innanzi al Giudice, all'Ispettorato Territoriale del Lavoro, alle Commissioni di certificazione o in sede sindacale e al pari dei lodi irrituali di lavoro degli artt. 412 ss. c.p.c. – anche questo accordo acquisisca gli effetti di cui all'art. 2113, comma quarto, c.c. (Voza 2019, 628; Garofalo 2014, 478).

Pertanto, l'accordo non potrà più essere impugnato in nessuna sede, fatta salva la facoltà di impugnazione in base ai principi civilistici generali, ossia qualora esso sia nullo (in quanto avente ad oggetto diritti assolutamente indisponibili o per contrarietà a norme imperative di legge) ovvero annullabile per vizio della volontà (errore, violenza o dolo).

La negoziazione assistita da avvocati è dunque posta, ora, su un piano di relativa parità con le altre sedi protette, con parificazione dell'effetto finale, ovvero della definitiva inoppugnabilità degli accordi raggiunti, fermo restando che, nella procedura della negoziazione assistita in materia lavoristica, non trovano spazio le altre funzioni tradizionalmente affidate alle «sedi protette» innanzi alle quali possono essere sottoscritti atti di autonomia negoziale, risoluzione consensuale ed atti rientranti nella fattispecie c.d. di derogabilità assistita (Lamberti, 2020, 69).

4. Le attività istruttorie

Nell'ambito della negoziazione assistita può essere espletata in via preventiva anche un'attività istruttoria stragiudiziale, cautamente rimessa alla volontà delle parti (Zumpano 2023, 6).

La possibilità di raccogliere prove o, comunque, elementi istruttori fuori dalla cornice del processo risulta delimitata alle due specifiche fonti di prova indicate (artt. 4-*bis* e 4-*ter*) e cioè alle dichiarazioni provenienti da una parte o da un terzo, rispettivamente da usare come confessione o come testimonianza⁴.

Le dichiarazioni stragiudiziali rese dal terzo sono considerate a tutti gli effetti come una prova testimoniale; nel caso in cui le parti prevedano espressamente nella convenzione la possibilità di acquisire dichiarazioni confessorie, ciascun avvocato può invitare la controparte a rendere per

⁴ Cfr. art. 8, comma 4, d. lgs. n. 28/2010.

iscritto dichiarazioni su fatti specificamente individuati e rilevanti in relazione all'oggetto della controversia. Il documento contenente la dichiarazione fa piena prova di quanto l'avvocato attesta essere avvenuto in sua presenza e può essere prodotto nel giudizio. Alle dichiarazioni della parte su fatti a sé sfavorevoli, l'art. 4-ter attribuisce efficacia confessoria ai sensi dell'art. 2735 c.c.

Lo scopo di questa istruttoria stragiudiziale, come dichiarato nella Relazione accompagnatoria, è quello di agevolare l'accertamento dei fatti prima dell'inizio del processo, anche per consentire ai litiganti di fare una valutazione prognostica sui possibili esiti del giudizio alla luce delle prove raccolte, per acquisire tutti gli elementi che possono condurre, nel miglior modo alla composizione della lite.

Occorre però rilevare che l'utilizzabilità nel successivo giudizio delle prove raccolte nella "istruzione stragiudiziale" non è sottoposta alla preventiva verifica di ammissibilità e rilevanza del materiale probatorio e potrebbe determinare l'ingresso, nel processo, delle risultanze istruttorie acquisite in tale procedura, anche in violazione delle regole sull'ammissibilità dei mezzi di prova (Licci 2021, 3).

Infine, occorre opportuno considerare che l'intera procedura di negoziazione può svolgersi, con le dovute garanzie previste dalla norma, anche a distanza e con l'utilizzo di sistemi audiovisivi ed informatici (art. 2-bis).

Le parti, nell'ambito della convenzione, possono infatti prevedere la possibilità di svolgere la procedura con modalità telematiche e di effettuare gli incontri con collegamenti audiovisivi a distanza. In tali casi, ciascun atto del procedimento, ivi compreso l'accordo conclusivo, è formato e sottoscritto nel rispetto delle disposizioni del Codice dell'amministrazione digitale (*i.e.* d. lgs. 82/2005 e s.m.i.) ed è trasmesso, a mezzo posta elettronica certificata o con altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato, secondo quanto previsto dalla normativa, anche regolamentare, concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

5. Presenza degli avvocati e profili deontologici

Condizione affinché possa operare il regime di non impugnabilità dell'accordo previsto dall'art. 2113 c.c. è che, nella negoziazione, ciascuna parte sia assistita da un proprio avvocato. È inoltre possibile che le parti siano altresì assistite da un consulente del lavoro.

Così, mentre nella negoziazione ordinaria è prevista l'assistenza obbligatoria «di uno o più avvocati» e l'accordo concluso a seguito della procedura è perfettamente valido anche se ha avuto luogo con l'assistenza di un solo difensore, per la negoziazione assistita relativa alle controversie di cui all'art. 409 c.p.c. è stato previsto che ciascuna parte venga assistita da un proprio avvocato. Tale previsione, appare essenzialmente finalizzata a superare quelle eccezioni che avevano indotto il CSM ad esprimere parere negativo sulla bozza proposta. Invero, come accennato, il CSM aveva ritenuto sulla scia dei consolidati insegnamenti dottrinali, sull'asimmetria contrattuale tra datore di lavoro e lavoratore che, in presenza di una sproporzione di potere tra le parti, non sarebbe stato opportuno affidare la risoluzione della lite «alla libera determinazione individuale dei soggetti coinvolti» senza approntare strumenti di opportuna tutela.

Ed ecco allora perchè il Capo II del d.l. 132/2014 inizialmente titolato «Convenzione di negoziazione assistita da *un* avvocato» è stato modificato in «Convenzione di negoziazione assistita da avvocati», così da mettere in evidenza proprio la necessaria assistenza di almeno *due* avvocati, uno per parte, e concedere alla negoziazione assistita in materia lavoristica un carattere di bilateralità finalizzato a consentire attraverso una qualificata assistenza tecnica di parte, di affrontare dialetticamente le posizioni in contrasto.

Nell'attuale quadro regolatorio, l'espressa necessità della presenza di un difensore per parte, dovrebbe ristabilire – sul piano precontenzioso – quella parità mancante sul piano sostanziale (Licci 2020, 83).

All'art. 9 è altresì imposto agli avvocati l'obbligo di mantenere il riserbo sulle proposte avanzate nelle diverse fasi della trattativa e su ogni dichiarazione o informazione acquisita nel corso della negoziazione.

A tutti coloro che partecipano al procedimento si applicano le disposizioni dell'art. 200 c.p.c. in tema di segreto professionale⁵ e si estendono le garanzie previste per il difensore in tema di garanzie di libertà dalle disposizioni dell'art. 103 c.p.c.

⁵ Nell'ambito della procedura di negoziazione assistita è fatto inoltre obbligo agli avvocati e alle parti di comportarsi con lealtà e di tenere riservate le informazioni ricevute, tanto che tutti coloro che partecipano al procedimento – ivi compresi i difensori delle parti – non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso del procedimento che, quindi, non possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto, con l'eccezione delle dichiarazioni rese nell'ambito dell'attività istruttoria innanzi detta.

Per gli avvocati costituisce altresì illecito deontologico, disciplinarmente sanzionato, impugnare un accordo alla cui redazione abbiano partecipato così come violare le prescrizioni e gli obblighi di lealtà e riservatezza normativamente previsti⁶.

6. Il ruolo passivo delle Commissioni di certificazione nella negoziazione assistita: questioni semantiche, tecniche e procedurali

Terminata la fase procedimentale, una volta raggiunto e sottoscritto l'accordo di negoziazione, ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 2-ter del d.l. 132/2014, «L'accordo è trasmesso a cura di una delle due parti, entro dieci giorni, ad uno degli organismi di cui all'art. 76 del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276».

Come si accennava, nella procedura di negoziazione assistita le Commissioni di certificazione vengono quindi coinvolte solo a valle dell'accordo, in una fase che si colloca cronologicamente oltre la fase conclusiva, che coincide con l'accordo, e che consiste nella mera "trasmissione".

Il significato di tale ulteriore adempimento per la verità non è chiaro, né la relazione illustrativa fornisce elementi interpretativi utili a qualificare giuridicamente detto adempimento le cui finalità non vengono nemmeno esplicitate nel testo normativo che pecca sicuramente di "imprecisione" (Massi 2022, 3), tanto che alcuni commentatori hanno parlato di "mistero buffo" (Voza, 2023, 12).

Si potrebbe quasi sostenere che le Commissioni di certificazione non abbiano alcun ruolo nella negoziazione assistita che è, invece, procedimento in cui la norma prevede un ruolo attivo e fattivo dei legali delle parti riservando alla Commissione di certificazione un ruolo passivo, di mera ricezione dell'accordo.

La previsione in effetti è sibillina: nulla è detto sull'effetto giuridico di tale trasmissione, né tanto meno nulla è previsto in termini di sanzioni in caso di eventuale ritardo, o di totale omissione.

In tale contesto, si possono ipotizzare alcune piste interpretative.

⁶ Con specifico riferimento agli avvocati, viene previsto che gli stessi certifichino l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, non possano essere nominati arbitri nelle controversie aventi il medesimo oggetto o connesse ai sensi dell'art. 810 c.p.c. e che agli stessi non si applichi l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette in tema di antiriciclaggio.

Innanzitutto, è da escludere che il legislatore abbia voluto includere l'attività di "trasmissione" nella fattispecie di cui all'art. 82 d. lgs. 276/2003 per il quale le «Le sedi di certificazione di cui all'articolo 76 del presente decreto legislativo sono competenti altresì a certificare le rinunzie e transazioni di cui all'articolo 2113 del codice civile a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse».

A tale lettura soccorre *in primis* il tenore letterale della norma, che parla espressamente di "trasmissione" e non di "certificazione".

Il procedimento di certificazione *ex* artt. 75 ss. d. lgs. 276/2003 è, come noto, un procedimento volontario⁷ a istanza di parte il cui impulso è del tutto eventuale e non è rinvenibile in alcun precetto normativo (Ciuciovino 2016). La lettera della norma riserva qui alla Commissione un mero ruolo recettizio senza richiedere alcun intervento della stessa che, invece, nei procedimenti di certificazione è tenuta a svolgere una puntuale attività di verifica della corrispondenza al dettato normativo del contratto sottoposto a certificazione, eventualmente acquisendo dichiarazioni e/o documenti in fase istruttoria, al termine della quale emette il relativo provvedimento.

Si tratta, quindi, di un mero ruolo recettizio che mal si concilia con una diversa interpretazione volta a riconoscere alla Commissione un ruolo di "garante". Se così fosse si insinuerebbe il dubbio che l'assistenza fornita alle parti da avvocati di propria fiducia sia, di fatto, considerata non sufficientemente tutelante nei confronti dei propri assistiti (Bergamaschi 2023, 52).

Ancora, se si ritenesse applicabile la fattispecie della certificazione alla rinuncia o transazione già conclusa nell'accordo di negoziazione assistita, si dovrebbe ritenere esistente un'ipotesi di "sottoposizione a condizione" dell'accordo di negoziazione che, quindi, acquisirebbe il requisito dell'inopugnabilità solo a valle dell'ottenimento del – non richiesto – provvedimento di certificazione.

Così opinando il precetto in esame sarebbe in palese contrasto con il contenuto della legge delega che, invece, assicura la non impugnabilità all'accordo raggiunto tra le parti con l'assistenza dei rispettivi avvocati, indipendentemente da qualsivoglia azione della Commissione e dalla trasmissione dell'accordo.

Tale interpretazione sembra avvalorata anche dalla collocazione tecnica della "trasmissione" nel dettato normativo, in considerazione del fatto

⁷ Con la sola eccezione dei contratti di appalto eseguiti in ambienti confinati *ex* D.P.R. 177/2011.

che l'estensione ai detti accordi della disciplina di cui all'art. 2113, co. 4, c.c. è collocata spazialmente in una previsione che precede e prescinde dalla richiamata trasmissione.

Si può invece ipotizzare che la “trasmissione” dell'accordo ad una Commissione di certificazione serva ad attribuire una conoscibilità pubblica delle pattuizioni raggiunte, anche ai fini di un eventuale controllo ispettivo sui profili fiscali e/o contributivi dell'accordo.

Diversamente, non si ritiene – come da taluni sostenuto – che l'attività di deposito dell'accordo serva a conferire allo stesso una data certa (Di Nunzio 2023) poiché ciò significherebbe vanificare e sminuire anche l'attività di autenticazione affidata e svolta dagli avvocati coinvolti.

Inoltre, la norma non identifica espressamente il soggetto tenuto alla “trasmissione”, né la concreta modalità della stessa. Il legislatore ha previsto una formulazione generica «l'accordo è trasmesso a cura di una delle due parti» che sembra quasi evocare il concetto di “parte più diligente” e che, in ogni caso, dovrebbe condurre nella prassi a un accordo tra le parti su chi debba eseguire concretamente il detto adempimento. Da un punto di vista operativo sarebbe utile indicare già nel testo dell'accordo il soggetto che si assume tale onere per ricondurre in modo chiaro ad un soggetto ben identificato eventuali conseguenze – peraltro allo stato inesistenti – derivanti da un'omissione o ritardo nella trasmissione.

Inoltre, come si accennava, non sono chiare le conseguenze in caso di omessa o tardiva trasmissione dell'accordo. Sulla scorta di quanto statuito dalla giurisprudenza in caso di mancato rispetto delle formalità previste dall'art. 411 c.p.c.⁸ si dovrebbe optare per la soluzione interpretativa che non individua nell'eventuale omissione (o ritardo) elementi di invalidità delle pattuizioni raggiunte; tuttavia occorre convenire che si tratta di un adempimento amministrativo normativamente previsto, che ovviamente non può essere ridotto all'inutilità, riducendosi ad una mera formalità.

Ulteriori aspetti riguardano poi l'individuazione della Commissione di certificazione competente a ricevere l'accordo, l'identificazione del soggetto tenuto alla trasmissione, le eventuali responsabilità della Commissione e la concreta modalità con cui effettuare la “trasmissione”.

La prima questione sembra risolvibile applicando analogicamente la

⁸ Giurisprudenza che, come noto, conclude per l'irrelevanza, ai fini della validità delle pattuizioni, del successivo deposito del verbale di conciliazione in sede sindacale presso l'ITL o dell'ulteriore deposito presso la Cancelleria del Tribunale del Lavoro; cfr. Cass. 6 aprile 2021 n. 9241.

posizione del Ministero del lavoro contenuta nella risposta ad interpello n. 34/2011⁹ con la quale è stato chiarito che «nel caso delle Commissioni di certificazione istituite presso le Università al fine di esperire il tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 410 c.p.c. non si è tenuti al rispetto di particolari limiti territoriali» (Ciucciiovino 2016). Dal che ne deriva che i professionisti sono liberi di scegliere, sull'intero territorio nazionale, la Commissione presso la quale effettuare il deposito, senza che possano trovare applicazione, nel caso di specie, i principi della competenza territoriale di cui all'art. 413 c.p.c.

Ciò che sembra pacifico è che la norma non prevede che le Commissioni di certificazione, ricevuto l'accordo "trasmesso", debbano a loro volta procedere ad ulteriori adempimenti e/o controlli.

Sia consentito qui rilevare che l'attività delle Commissioni di certificazione è disciplinata da un Regolamento relativo alle procedure e alle modalità di funzionamento che ogni Commissione adotta, ai sensi dell'art. 78 co. 2 d. lgs. 276/2003, anche in funzione degli adempimenti previsti e di eventuali verifiche ministeriali.

In considerazione della responsabilità connesse alla ricezione dell'accordo di negoziazione assistita, le Commissioni di certificazione potranno stabilire, quindi, procedure *ad hoc* anche per la ricezione degli accordi di negoziazione assistita in materia lavoristica.

Vero è che la Commissione di certificazione presso la quale l'accordo di negoziazione viene trasmesso assume responsabilità rilevanti in tema di tutela della *privacy*, diventando responsabile del trattamento dei dati ad essa trasmessi, e di rispetto delle regole di conservazione documentale, anche in conformità alle disposizioni del d. lgs. 82/2005. Ne consegue che appare assolutamente ragionevole e condivisibile che la Commissione statuisca – per la via regolamentare che le è propria – le procedure a cui gli avvocati (o le parti) debbano attenersi per la regolarità del "deposito"¹⁰.

La Commissione di certificazione dell'Università degli Studi Roma Tre ha adottato una specifica procedura di deposito in base alla quale è richiesta

⁹ Si tratta di un interpello proposto dalla Commissione di certificazione costituita presso l'Università degli Studi Roma Tre, relativo alle modalità operative ed alla competenza territoriale.

¹⁰ Sarebbe certamente utile che anche le procedure di ricezione dei verbali di negoziazione assistita si svolgessero nel rispetto dei "codici di buone pratiche" di cui al quarto comma dell'art. 78 d. lgs. 276/2003; codici che, però, ancora non hanno visto la luce neppure per l'ormai consolidata e decennale attività di pura certificazione.

l'adesione a una convenzione quadro di regolazione della procedura di trasmissione, adesione che può essere effettuata anche dalla parte, dal singolo professionista o dagli studi professionali più strutturati per tutti i propri clienti.

Si prevede che l'istanza di trasmissione dell'accordo di negoziazione assistita possa essere effettuata dalle parti o dai legali che hanno prestatato assistenza all'accordo di negoziazione, purché muniti di apposita delega, e contenga a corredo la seguente documentazione: *i)* l'accordo di negoziazione assistita con la dichiarazione di conformità alle previsioni del Codice dell'amministrazione digitale (se conclusa telematicamente); *ii)* il modulo di informativa e autorizzazione al trattamento dei dati personali; *iii)* una dichiarazione degli avvocati che hanno assistito le parti di aver accertato, sotto la propria responsabilità, il rispetto delle norme di legge e la titolarità dei poteri di sottoscrizione dell'accordo¹¹.

Svolti gli incombenzi necessari ed effettuate le verifiche sulla completezza formale del plico documentale trasmesso, segue una comunicazione della Commissione contenente una copia informatica dell'accordo con l'attestazione di avvenuta ricezione, firmata digitalmente dalla Commissione, con indicazione del numero di protocollo¹².

Si ritiene che sia nell'interesse delle parti e degli stessi avvocati che la procedura di trasmissione avvenga con rigorose modalità formali tali da "cristallizzare" l'avvenuta trasmissione dell'accordo di negoziazione. Si potrebbe, infatti, assistere a involontari errori che potrebbero inficiare la procedura della "trasmissione" e coinvolgere le Commissioni in successivi accertamenti da parte delle pubbliche autorità. D'altra parte, non è infrequente che accordi conciliativi, pur se sottoscritti in sedi protette tradizionali, vengano successivamente impugnati dalle parti o contestati dagli enti previdenziali e fiscali per l'applicazione di esenzioni, contributive e fiscali, concordate in sede conciliativa ma non spettanti.

Ben venga, allora, una procedura formale puntualmente regolamentata che attesti l'effettiva ed esatta trasmissione dell'accordo di negoziazione assistita, al fine di garantire le parti, gli avvocati, le pubbliche autorità e, non ultima, la stessa Commissione ricevente.

¹¹ Si veda: <<https://www.certificazioneroma3.it/negoziazione-assistita.aspx>>.

¹² In ogni caso, l'efficacia della trasmissione e del deposito è subordinata alla verifica dell'avvenuto pagamento degli oneri dovuti, liberamente fissati dalla Commissione prescelta.

7. Considerazioni conclusive: le nuove sfide operative e interpretative

I rilievi critici esposti nel presente contributo in tema di ampiezza dell'attività istruttoria concessa in sede di trattative sono certamente da approfondire, perché si rischia di esacerbare le posizioni dialettiche ed allontanare l'esito conciliativo. Su tale aspetto si ritiene che la struttura istruttoria della negoziazione, già collaudata per altre questioni civili, sia stata forse troppo frettolosamente recepita ed applicata alla negoziazione in materia lavoristica, senza tenere in debita considerazione la giurisprudenza formatasi, ad esempio, in tema di efficacia probatoria delle dichiarazioni rese in sede ispettiva (Cass. 37764/2021; Cass. n. 8445/2020; Cass. n. 11934/2019).

Si è detto, da più parti, che l'obiettivo della legge delega di semplificare¹³ la disciplina in parola non sia stato raggiunto e che, anzi, la complessità della negoziazione sia del tutto inadeguata se rapportata alle controversie di lavoro ed alle consolidate forme conciliative (Zumpano 2023, 8).

Addirittura la dimensione di "mini processo privato" arriverebbe ad "affossare" la negoziazione assistita in materia di lavoro rispetto ad altre modalità conciliative (a partire da quella sindacale), che sono più snelle e meno rischiose dal punto di vista degli effetti sull'eventuale processo (Voza 2023, 9).

Anche i sindacati confederali, da sempre contrari alla negoziazione assistita in materia lavoristica, hanno messo in dubbio che lo strumento garantisca adeguata imparzialità (intesa anche come terzietà) e un corretto bilanciamento di interessi (Scarpelli 2021).

Le obiezioni sin qui mosse all'istituto in esame paiono essenzialmente riconducibili a due fattispecie: la prima relativa alla farraginosità della procedura e la seconda relativa all'effettività della garanzia. Ci sembra che, volendo optare per una lettura organica e costruttiva delle due obiezioni, si possa sostenere che la prima obiezione, *i.e.* la farraginosità della procedura, o complessità che dir si voglia, vive e si giustifica in funzione della seconda, *i.e.* l'effettività della garanzia.

Cioè, in altre parole, il legislatore ha (forse) previsto una procedura particolarmente rigorosa per approntare un presidio di tutela nei confronti del lavoratore pur in assenza di un soggetto "terzo", cui erano tradizionalmente affidate funzioni di garanzia rispetto alla verifica del consenso e dell'effettiva volontà dismissiva del lavoratore (Voza 2019, 629; Novella 2019,

¹³ Cfr. art. 1, comma 4, lett. r), d. lgs. n. 206/2021.

623; Tosi 1999, 615; Pinto 2000, 291).

Il requisito procedurale della «sede protetta» si pone(va) infatti come limite applicativo alla disciplina delle rinunce e delle transazioni (Albi 2016, 83) in ragione di un presidio istituzionale garante della libertà negoziale del lavoratore (Occhino 2008, 183; Ciucciiovino 2014, 27).

Lo strumento della negoziazione assistita nella materia lavoristica, rimettendo alle stesse parti del rapporto di lavoro la possibilità di compiere atti dispositivi con gli effetti dell'art. 2113 c.c., senza la necessità dell'intervento di una "sede protetta", segna infatti una discontinuità del percorso di simmetria tra inderogabilità e indisponibilità, perchè sembra realizzare una forma di emancipazione dell'autonomia individuale del prestatore di lavoro per alcuni versi profondamente innovativa rispetto ai fondamenti teorici tradizionali della disciplina lavoristica (Santoro-Passarelli 2015, 61).

Nella convenzione di negoziazione assistita – che è atto delle parti, benché assistite dai rispettivi avvocati – viene a mancare proprio l'intervento della sede protetta, che rappresenta da sempre il meccanismo attraverso il quale il legislatore ha tradizionalmente consentito il dispiegarsi dell'autonomia privata in funzione abdicativa dei diritti della parte lavoratrice (Maresca 2009, 99).

In altri termini, con la negoziazione assistita viene meno la sede protetta che è sempre stata considerata come una condizione necessaria a compensare la disparità di posizione delle parti e la oggettiva debolezza e *metus* del lavoratore.

Occorre quindi domandarsi se il principio dell'indisponibilità dei diritti previsto dall'art. 2113 c.c., come risultante dall'introduzione della negoziazione assistita – che amplia e affida il potere dispositivo alle stesse parti del rapporto – possa considerarsi soltanto una delle forme di espressione di questa prospettiva evolutiva dell'ordinamento nel segno della emancipazione del lavoratore (Lamberti 2024, 109) o se, piuttosto, non si stia assistendo ad una ripermetrazione dell'art. 2113 c.c. capace in realtà di mettere in pericolo tale emancipazione accrescendo, in definitiva, la vulnerabilità del lavoratore.

L'esperienza applicativa della negoziazione assistita alla materia lavoristica è ancora poco significativa per opzionare una delle ipotesi anzidette; si tratta di un percorso appena avviato che non consente di rispondere in modo definitivo al quesito posto.

Tuttavia, non può non tornare alla mente il monito del Presidente della Repubblica che, nel corso dell'*iter* di approvazione della l. 183/2010, pur ritenendo apprezzabile un indirizzo normativo teso all'introduzione di

strumenti arbitrari volti a prevenire la risoluzione delle controversie, aveva ammonito sulla sostanziale modifica dello statuto protettivo dei lavoratori che potrebbe realizzarsi surrettiziamente, anche senza incidere formalmente sulle norme protettive, qualora si permettesse ai lavoratori, con norme di carattere procedurale o processuale – come nel caso di specie – di poter dismettere in modo agevole e semplificato i diritti maturati.

Occorre augurarsi che il ceto forense oggi abilitato alla negoziazione assistita anche in materia lavoristica sappia cogliere, con serietà e responsabilità, questa nuova opportunità (De Luca Tamajo 2020, 109), fermo restando l'ineludibile presidio di garanzia per i lavoratori coinvolti.

La sfida allora per l'interprete, per il legislatore e per gli operatori è quella di trovare il punto di equilibrio tra l'inderogabilità uniformante e l'autonomia dismissiva dei diritti, senza attuare una *mutazione genetica* dell'inderogabilità e senza abdicare ai valori assiologici del diritto del lavoro che trovano nel principio generale dell'inderogabilità unidirezionale protettiva il loro fondamento (Lamberti 2024, 122).

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2016), *La dismissione dei diritti del lavoratore. Art. 2113*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger P., diretto da Busnelli F.D., Giuffrè, Milano, spec. 84.
- Bergamaschi G. (2023), *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in *Riforma del processo e controversie di lavoro*, a cura di Giorgi F.M. e Ciaschi S., Giappichelli, Torino, 45 ss.
- Bottini A. (2022), *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro ad una svolta nella legge delega sulla riforma del processo civile*, in Banca Dati Il Giuslavorista, 9 maggio.
- Cester C. (2009), *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, Relazione, in Aa.Vv., *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti* (Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18-19 aprile 2008), Giuffrè, Milano, 7 ss.
- Ciucciovino S. (2016), *Certificazione dei contratti di lavoro*, (voce), in *EGT on line*.
- S. Ciucciovino (2014), *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, (a cura di), Torino, Giappichelli, 2014.
- De Luca Tamajo R. (2020), *La composizione extragiudiziale delle controversie individuali e collettive di lavoro* (Atti del Convegno AIDLSS Roma 12 Dicembre 2019), in Quaderni ADL, 17, 109.
- De Luca Tamajo R. (1976), *La norma inderogabile del diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.
- Di Nunzio P. (2023), *Negoziazione assistita nelle controversie di lavoro: una nuova possibilità prima del contenzioso*, in LDE, *I 50 anni del processo del lavoro*, Numero speciale monografico.
- Ferraresi M. (2016), *L'incidenza della Deontologia e dell'Ordinamento Forensi sulla transazione e la conciliazione in materia di lavoro*, DRI, 4, 1052 ss.
- Garofalo D. (2014), *La transazione in sede sindacale: i limiti sostanziali e processuali alla impugnabilità*, LG, 5, 475 ss.
- Lamberti F. (2024), *Nuovi perimetri regolativi degli atti dispositivi del lavoratore: una metamorosi della art. 2113 c.c.?*, in RIDL, 1, I, 97 ss.
- Lamberti F. (2020), *I limiti dell'autonomia individuale del lavoratore. Percorsi e prospettive tra inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Jovene, Napoli.
- Licci P. (2023), *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro*, in LDE, *I 50 anni del processo del lavoro*, Numero speciale monografico.
- Licci P. (2021), *Mediazione e negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in LDE, 3.

- Licci P. (2020), *I limiti del potere istruttorio del giudice del lavoro*, Pisa.
- Maresca A. (2009), *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (rileggendo «L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro»)*, in DLRI, 121, 98.
- Massi E. (2022), *Negoziazione assistita nelle controversie di lavoro: regole per attivazione e trasmissione alle commissioni di certificazione*, in Quotidiano Lavoro Ipsoa, 13 dicembre.
- Novella M. (2019), *La conciliazione sindacale tra legge, prassi, forma e sostanza*, in RIDL, 4, II, 619-626.
- Novella M. (2009), *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano.
- Occhino A. (2008), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in RGL, 2, I, 183 ss.
- Perulli A. (2019), *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in DRI, 1, 111 ss.
- Pinto V. (2000), *Controversie di lavoro privato: il tentativo obbligatorio di conciliazione*, in RGL, 1, I, 289 ss.
- Santoro-Passarelli G. (2015), *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in RIDL, 1, I, 61 ss.
- Scarpelli F. (2021), *La negoziazione assistita per le controversie di lavoro: i dubbi dei sindacati e il tema della serietà delle transazioni sui diritti dei lavoratori*, in *wikilabour.it*.
- Speziale P. (2022), *Riforma del processo del lavoro: perché la negoziazione assistita è la novità più rilevante*, in Ipsoa Quotidiano, Wolters Kluwer, 8 novembre.
- Tosi P. (1999), *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, in ADL, 3, 615 ss.
- Voza R. (2023), *La conciliazione sindacale e la negoziazione assistita in materia di lavoro: false amiche o false nemiche?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 469/2023.
- Voza R. (2019), *Sui presupposti di validità delle rinunzie e transazioni concluse in sede di conciliazione sindacale*, in DLM, 626 ss.
- Voza R. (2007), *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- Voza R. (2006), *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in RGL, 2006, 2, I, 229 ss.
- Zumpano M.A. (2023), *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro e la convenzione predisposta dal Consiglio Nazionale Forense*, in LDE, I 50 anni del processo del lavoro, numero speciale monografico.

Il Volume raccoglie gli studi e gli approfondimenti dei principali temi che si sono proposti all'attenzione della Commissione di certificazione dei contratti di lavoro dell'Università degli Studi Roma Tre nei tredici anni trascorsi dall'avvio della sua operatività. La Commissione nel corso degli anni ha svolto un'intensa e poderosa attività nell'ambito della certificazione dei contratti, della conciliazione delle controversie di lavoro e degli atti di autonomia negoziale assistita, affermandosi a livello nazionale come una delle primarie Commissioni di certificazione universitarie e ha alimentato un dialogo costante con i suoi interlocutori. Il Volume riflette l'esperienza maturata sul campo dalla Commissione di certificazione nei suoi primi anni di operatività e approfondisce, con taglio sia teorico costruttivo sia tecnico-operativo, le diverse funzioni che l'ordinamento attribuisce alle Commissioni di certificazione nel mercato del lavoro e nel controllo e formazione degli atti di autonomia privata in ambito giuslavoristico. Esamina inoltre le principali questioni interpretative e pratico-applicative riferite ai contratti di lavoro e ai contratti commerciali in cui sia dedotta direttamente o indirettamente una prestazione lavorativa. La ricchezza della casistica affrontata rende l'Opera un utile strumento di approfondimento per gli studiosi, gli operatori, le parti sociali, i professionisti e per chiunque sia interessato alle relazioni di lavoro e alla relativa contrattualistica.

Silvia Ciucciovino

è Professoressa Ordinaria di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi Roma Tre. Presidente e fondatrice della Commissione di Certificazione universitaria dei contratti di lavoro costituita presso l'Università degli Studi Roma Tre. Direttrice del Master di II livello in convenzione con INPS in "Lavoro e Welfare". Componente del Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione e già Consigliera esperta del CNEL.

Ilario Alvino

è Professore ordinario di Diritto del Lavoro presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma e Avvocato cassazionista. È inoltre componente dei consigli direttivi della Commissione di Certificazione dell'Università Roma Tre e dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale (A.I.D.La.S.S.).

Maria Giovannone

è Ricercatrice di Diritto del Lavoro presso il Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi Roma Tre. È componente della Commissione di certificazione universitaria dei contratti di lavoro costituita presso l'Università degli Studi Roma Tre e del Senato Accademico dell'Università degli Studi Roma Tre. È Avvocato e Docente di Diritto del Lavoro e di Global Economy and Labour Rights.

Fabiola Lamberti

è Ricercatrice di Diritto del Lavoro presso il Dipartimento di Scienze della Formazione dell'Università degli Studi Roma Tre e Avvocato cassazionista. È componente della Commissione di Certificazione costituita presso l'Università degli Studi Roma Tre e Docente di Diritto del Lavoro e di Gestione e Sviluppo delle Risorse Umane.