

Capitolo V

I TIPI LEGALI DEL LAVORO DIPENDENTE

Sezione I

IL LAVORO SUBORDINATO NELL'IMPRESA

Sommario: 77. Due possibili funzioni economiche del rapporto di lavoro subordinato: allocazione razionale del rischio e risparmio dei costi di transazione. — 78. Il « fare » personale come oggetto del contratto di lavoro, in contrapposizione al « far fare » che è tipicamente oggetto dell'appalto. — 79. Possibile rilevanza, ai fini della distinzione del contratto di lavoro dall'appalto, della strumentazione utilizzata e del « rischio » relativo alla sua gestione. — 80. La « dipendenza » di cui all'art. 2094 c.c. come espressione moderna del vecchio concetto di *locatio operarum*, non ancora coincidente con quello di lavoro subordinato. — 81. L'eterodirezione come elemento essenziale del tipo legale e la questione della rilevanza della volontà contrattuale delle parti in proposito ai fini della qualificazione del rapporto. — 82. Le teorie della subordinazione come dato di fatto, identificabile nell'« inserimento » della prestazione dentro l'organizzazione del creditore o nell'appropriazione originaria dei frutti da parte sua. — 83. Gli argomenti a sostegno della rilevanza del voluto negoziale ai fini della qualificazione del rapporto. — 84. Ancora sulla eterodirezione come elemento essenziale del tipo legale. — 85. La questione della compatibilità dell'assoggettamento pieno a eterodirezione con una posizione di vertice del lavoratore in seno all'impresa. — 86. Il carattere continuativo (in senso tecnico) della prestazione e il coordinamento spazio-temporale come presupposti dell'assoggettamento pieno a eterodirezione. Il tele-lavoro riconducibile al tipo legale di cui all'art. 2094 c.c.. — 87. Scarsa o nulla rilevanza del *nomen iuris* scelto dalle parti ai fini della qualificazione del rapporto: la c.d. indisponibilità del tipo legale. Volontà cartolare e volontà negoziale effettiva. — 88. L'« inserimento » della prestazione nell'organizzazione del creditore come possibile fondamento di una presunzione di suo assoggettamento pieno a eterodirezione. — 89. Il carattere continuativo (in senso atecnico) della prestazione come tratto distintivo del lavoro « parasubordinato » di cui all'art. 409 c.p.c. n. 3. — 90. L'onerosità come elemento essenziale dei tipi legali di cui agli artt. 2094 e 2222 c.c., ma estraneo al concetto di subordinazione. Il lavoro dedotto in contratti associativi o societari. Il lavoro gratuito. — 91. La possibilità di cumulo di rapporti di lavoro subordinato e autonomo fra le stesse parti e la configurabilità del contratto misto. — 92. Possibilità di mutamento dell'assetto negoziale in corso di rapporto. — 93. Il ruolo sussidiario dell'equità nel procedimento qualificatorio. — 94. Il gioco delle presunzioni e la ripartizione dell'onere probatorio.

77. Due possibili funzioni economiche del rapporto di lavoro subordinato: allocazione razionale del rischio e risparmio dei costi di transazione. — Abbiamo visto all'inizio di questa trattazione (§§ 4, 8 e 10) come una ragion d'essere obbiettiva dell'intervento protettivo dell'ordinamento in materia di lavoro, attuato tradizionalmente nella forma della limitazione dell'autonomia individuale con l'imposizione di modelli standard di regolamentazione del rapporto, sia costituita dalla posizione di dipendenza economica in cui viene tipicamente a trovarsi il soggetto che presta in modo continuativo ed esclusivo la propria attività lavorativa in favore di un determinato altro soggetto. Ma abbiamo anche visto come il campo nel quale l'intervento protettivo dell'ordinamento si è prevalentemente dispiegato fino a oggi non si estenda all'intera area dei rapporti di lavoro individuati dal carattere personale, continuativo ed esclusivo della prestazione, bensì coincida con l'area dei rapporti di lavoro caratterizzati dalla *subordinazione*, cioè dall'assoggettamento del prestatore a un penetrante potere direttivo e di controllo del creditore sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa (1).

Il fenomeno della subordinazione come modo d'essere di una obbligazione lavorativa contrattuale, pur non ignoto al diritto romano classico (2), ha incominciato ad assumere un rilievo centrale e quantitativamente predominante nel sistema produttivo soltanto con la rivoluzione industriale; ed è stato individuato con precisione da sociologi, economisti e giuristi come modalità di organizzazione del lavoro concettualmente distinta dalla mera continuatività della prestazione del collaboratore nell'ambito dell'organizzazione del creditore (*locatio operarum*) soltanto nel corso del ventesimo secolo.

Merita di essere menzionata in proposito — per la rilevanza che assumerà, nel prosieguo della trattazione, il tema del contenuto assicurativo del rapporto fra imprenditore e collaboratore — la teoria secondo la quale all'origine del rapporto di lavoro subordinato sta la differenza di propensione al rischio dei soggetti del rapporto stesso: in una situazione di incertezza circa le sopravvenienze che possono influire sulla produttività e sulla redditività del lavoro, il soggetto più sicuro dei propri mezzi e capacità organizzative, più informato e più propenso al rischio offre al soggetto più sprovveduto, più timido e insicuro, la garanzia di un reddito costante, acquisendo in cambio la facoltà di appropriarsi dei risultati del lavoro; instauratosi questo rapporto *lato sensu* assicurativo, che genera di per sé (salvi i correttivi di cui si dirà a loro luogo) l'indifferenza del produttore « assicurato » circa la produttività e la redditività dell'attività svolta, si comprende come questi sia ben disposto a concedere la facoltà di organizzare e dirigere il lavoro da lui svolto all'altro produttore: sarà infatti soltanto quest'ultimo a soffrire le conseguenze di eventuali errori nella direzione e organizzazione dell'attività comune (3). La subordinazione, intesa nel senso dell'assoggettamento del prestatore al potere direttivo e organizzativo del creditore, è dunque spiegata, secondo questa teoria, come conseguenza

normale — ancorché non strettamente necessaria — di un rapporto assicurativo che si instaura fra il creditore e il debitore della prestazione lavorativa a causa della loro differente propensione al rischio (4).

Sottolinea invece un altro aspetto economico rilevante, alla base del rapporto di subordinazione, la teoria che considera tale rapporto come una forma di organizzazione del lavoro essenzialmente finalizzata a un risparmio dei costi di transazione: l'imprenditore, inteso come colui che combina fra loro i fattori produttivi, per evitare di dover rinegoziare a ogni passo le modalità di svolgimento delle prestazioni di chi con lui collabora e poterle invece conformare alle esigenze che via via si presentano, *quotidie et singulis momentis*, con il puro e semplice esercizio unilaterale di un proprio potere direttivo, negozia con il lavoratore una volta per tutte un suo obbligo di obbedienza; così « un solo contratto si sostituisce a un'intera serie di contratti », che sarebbe enormemente più costosa (5). In questo ordine di idee, fermo restando l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo dell'imprenditore, l'assunzione da parte di quest'ultimo del rischio circa la produttività o la redditività del lavoro costituisce un elemento normale, ma non necessario: nulla vieta di pensare a una coniugazione dell'obbligo di obbedienza con forme di retribuzione in tutto o in parte collegate all'andamento della produttività o alla redditività del lavoro. Secondo questa teoria, la tendenza dell'impresa a « inglobare » i propri collaboratori trasformandone l'attività in lavoro subordinato è funzione della differenza fra costi di transazione esterni e costi organizzativi interni: finché tale differenza mantiene segno positivo, cioè i costi di transazione esterni necessari per rinegoziare di volta in volta le modalità della collaborazione sono superiori ai costi organizzativi interni, l'imprenditore ha interesse a perseguire la combinazione dei fattori produttivi all'interno dell'impresa, intesa come luogo dove si esercita il suo potere direttivo (6).

Si osservi come nella prima delle due spiegazioni sia la copertura assicurativa offerta dall'imprenditore al lavoratore ad assumere rilievo essenziale nella genesi del tipo contrattuale, essendo il potere direttivo del primo sul secondo soltanto — per così dire — una conseguenza naturale e inevitabile di tale allocazione del rischio; nella seconda spiegazione assume invece rilievo essenziale l'assoggettamento della prestazione al potere direttivo dell'imprenditore, essendo soltanto normale ma non necessario che il corrispettivo del lavoro sia costituito da una retribuzione insensibile alle sopravvenienze.

La dottrina giuslavoristica europea era pervenuta all'individuazione dell'obbligo di obbedienza del lavoratore come elemento essenziale della figura del lavoro subordinato nell'impresa fin dagli inizi del secolo, ben prima che la ragione economica della subordinazione venisse spiegata con il risparmio dei costi di transazione (7). Ed è anche sulla scorta di questa dottrina che il legislatore italiano, al pari di quanto era già avvenuto in altri Paesi (8), ha poi costruito la definizione del rapporto di lavoro subordinato nel codice civile del 1941-1942, in contrapposizione a quello di lavoro autonomo, facendo coincidere con questi confini quelli del campo di applicazione del diritto del lavoro. L'elemento dell'assoggettamento a eterodirezione ha assunto così la funzione di *individuazione del tipo legale* del lavoro subordinato nell'impresa, mentre l'obbligo assicurativo a carico del creditore della prestazione nei confronti del lavoratore è stato, in varia misura, imposto come *conseguenza inderogabile della qualificazione* della fattispecie in termini di lavoro subordinato.

78. Il « fare » personale come oggetto del contratto di lavoro, in contrapposizione al « far fare » che è tipicamente oggetto dell'appalto. — A norma dell'art. 2094 c.c. è lavoratore subordinato (cioè titolare di un rapporto di lavoro subordinato) chi si obbliga a prestare il proprio lavoro « alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore »; a norma dell'art. 2222 c.c., invece, è prestatore di lavoro autonomo chi si obbliga a prestare il proprio lavoro « senza vincolo di subordinazione »; a norma dell'art. 1655 c.c., infine, è appaltatore chi si obbliga al compimento di un'opera o di un servizio « con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio ». Sia l'art. 2222, sia l'art. 2094, a differenza dell'art. 1655, indicano dunque come connotato essenziale delle fattispecie rispettivamente definite la prestazione dedotta in contratto consistente nello svolgimento di un « lavoro », cioè in un *facere* a carattere eminentemente personale. Mentre, però, nel caso del lavoro autonomo di cui all'art. 2222 è sufficiente che il lavoro personale del prestatore abbia peso predominante nell'economia della prestazione rispetto a quello di suoi eventuali collaboratori (« lavoro prevalentemente proprio »), nel caso del lavoro subordinato nell'impresa il carattere personale della prestazione deve intendersi nel senso più rigoroso, non soltanto perché nell'art. 2094 il significato dell'espressione « lavoro proprio » non è temperato dall'avverbio « prevalentemente », ma anche perché l'interposizione di un terzo fra prestatore e utilizzatore di lavoro subordinato — come vedremo nel capitolo seguente (§§ 119-138) — è esplicitamente vietata dalla legge 23 ottobre 1960 n. 1369 (questo peraltro non impedisce che, con il consenso del datore di lavoro, il prestatore di lavoro subordinato possa occasionalmente adempiere il proprio obbligo lavorativo facendosi sostituire da un terzo soggetto; ma in tal caso si instaura un rapporto di lavoro occasionale fra il datore stesso e il terzo) (9).

Il « fare » personale che costituisce oggetto prevalente o esclusivo del contratto di lavoro autonomo e di lavoro subordinato si contrappone al « far fare » ad altri fattori produttivi (uomini o macchine) organizzati dal prestatore a proprio rischio, che costituisce oggetto prevalente del contratto di appalto, di cui all'art. 1655 c.c. Poiché, d'altra parte, l'organizzare a proprio rischio i fattori produttivi individua la figura dell'imprenditore, può affermarsi in via di prima approssimazione che dove oggetto della prestazione è prevalentemente una genuina attività d'impresa, la non può configurarsi un contratto di lavoro in senso stretto — né autonomo né tanto meno subordinato — bensì soltanto un contratto di appalto (10). Questo non impedisce, tuttavia, che possa assumere la veste del prestatore di lavoro autonomo anche il piccolo imprenditore, di cui all'art. 2083 c.c., quando nell'economia della prestazione dedotta in contratto prevalga la sua attività personale rispetto all'elemento organizzativo-strumentale: che il piccolo imprenditore possa essere titolare, a seconda dei casi, di un contratto di lavoro o di appalto si spiega agevolmente in considerazione del

fatto che la qualifica imprenditoriale *ex artt. 2082-2083 c.c.* preesiste al contratto, mentre la qualifica di prestatore di lavoro (subordinato o autonomo), come quella di appaltatore, dipende essenzialmente dalla struttura del contratto, collocandosi così concettualmente su di un piano diverso (11). Vedremo tra breve come possa persino accadere che un soggetto titolare di una vera e propria, seppur piccola, organizzazione aziendale, da lui stesso gestita con lavoro esclusivamente suo personale, possa trovarsi a essere titolare, in veste di lavoratore, di un contratto di lavoro subordinato.

79. Possibile rilevanza, ai fini della distinzione del contratto di lavoro dall'appalto, della strumentazione utilizzata e del « rischio » relativo alla sua gestione. — Non è incompatibile con il carattere rigorosamente personale della prestazione di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 la proprietà, in capo al lavoratore, di strumenti di lavoro che assumano un peso economico relativamente modesto nell'economia della prestazione: così come era un tempo del tutto normale che, secondo una antica consuetudine, il bracciante agricolo si presentasse al lavoro con la propria falce, nulla vieta oggi che l'impiegato adoperi la propria penna stilografica, la propria calcolatrice tascabile o anche il proprio *personal computer*, che l'operaio o il commesso indossino uno speciale indumento di lavoro di loro proprietà (e a ben vedere anche la giacca e la cravatta sono, per il dirigente, strumenti di lavoro), che il commesso viaggiatore, il tecnico impiantista o il dirigente si avvalgano per gli spostamenti della propria personale autovettura, e così via. In questi casi la proprietà dello strumento di lavoro può, tutt'al più, assumere rilievo in sede di disciplina del rapporto, ponendo la questione di un adeguato trattamento indennitario in aggiunta alla retribuzione determinata dal contratto collettivo.

Quando la strumentazione utilizzata assuma invece un peso prevalente nell'economia della prestazione (svolta senza la collaborazione di terzi), la questione non può tuttavia considerarsi per ciò stesso risolta nel senso della qualificazione del contratto come appalto, dal momento che l'art. 1655 pone in proposito un ulteriore requisito: la « gestione a proprio rischio » dell'organizzazione aziendale — nel nostro caso consistente soltanto in una organizzazione strumentale — da parte del prestatore; e la sussistenza di tale requisito non può considerarsi senz'altro accertata per il solo fatto che lo strumento o gli strumenti siano di proprietà del lavoratore, essendo possibile che per convenzione esplicita o tacita fra le parti il rischio del perimento, o cattivo funzionamento, o maggior costo di esercizio degli strumenti stessi resti cionondimeno a carico del committente. E in tal caso, non potendo la prestazione essere qualificata come oggetto di un contratto di appalto, il prestatore non potrà che essere qualificato come lavoratore in senso stretto, autonomo o subordinato, nonostante che egli sia, in ipotesi, effettivamente titolare dell'ingente strumentazione.

Il « rischio » che assume rilievo come elemento essenziale del tipo legale di cui all'art. 1655 consiste sostanzialmente nell'assunzione da parte del prestatore della piena responsabilità contrattuale per il buon funzionamento dell'organizzazione aziendale posta al servizio del committente (con conseguente alea circa il rapporto fra costi e ricavi dell'attività organizzata); concetto, questo, ben diverso dal « rischio » inteso come assunzione della responsabilità contrattuale per il compimento di un *opus perfectum*. Si consideri in proposito che proprio in riferimento al contratto di appalto il codice civile prevede esplicitamente, all'art. 1677, la possibilità che in esso venga dedotta una mera attività (ancorché, ovviamente, svolta per mezzo di una organizzazione aziendale), configurandosi così la prestazione dell'appaltatore come prestazione *continuativa* in senso tecnico (12): è questo il caso, ad esempio, dell'appalto di un servizio di vigilanza, oppure di un servizio di assistenza e informazione a turisti in transito in un aeroporto, oppure ancora di un servizio permanente di trattamento informatico di dati mediante collegamento a distanza fra il *computer* dell'appaltatore e quello del committente. Orbene, il carattere della continuità della prestazione, inteso nel senso della sua struttura tale da renderla illimitatamente divisibile in ragione del tempo, comporta per definizione che l'obbligazione debba considerarsi progressivamente adempiuta per il solo fatto del protrarsi nel tempo dell'attività dedotta in contratto; il che è quanto dire che il prestatore è contrattualmente responsabile soltanto del corretto svolgimento dell'attività, ma non del conseguimento di un risultato ulteriore (l'*opus perfectum*: un'opera o un servizio, o una serie di essi, in sé indivisibili in ragione del tempo).

L'assunzione da parte dell'appaltatore della responsabilità circa la realizzazione dell'*opus perfectum* (cioè circa il risultato ulteriore dell'attività), e quindi del relativo rischio, corrisponde soltanto alla configurazione più diffusa e studiata del contratto di appalto; ma non costituisce elemento essenziale del tipo legale. L'assenza dell'elemento del « rischio » inteso in quest'ultima accezione non costituisce pertanto un dato sufficiente per l'esclusione della configurabilità del contratto di appalto, così come non costituisce un dato sufficiente, nel caso della prestazione lavorativa a carattere personale, per escludere che essa sia oggetto di un contratto di lavoro autonomo. Il « rischio » di cui all'art. 1655 assume dunque valore di elemento essenziale del tipo soltanto se inteso come rischio inerente al buon funzionamento dell'organizzazione aziendale gestita dall'appaltatore e ai relativi eventuali costi e perdite.

È facile comprendere, a questo punto, la ragione per cui del « rischio » come elemento essenziale del tipo legale può parlarsi solo in riferimento all'appalto, e non in riferimento al contratto di lavoro autonomo: solo nell'appalto, infatti, e non nel lavoro autonomo di cui all'art. 2222, è essenziale che la prestazione sia svolta per mezzo di una organizzazione aziendale; e solo al funzionamento di questa si riferisce il « rischio », inteso quale elemento essenziale della fattispecie. Il termine « rischio » può infine essere inteso in una terza accezione, in specifico riferimento alla prestazione lavorativa prevalentemente personale (dove quindi sia comunque esclusa la configurabilità dell'appalto): il « rischio », cioè, come accollo delle conseguenze degli eventuali impedimenti personali del prestatore (malattia, maternità, servizio militare, ecc.). Inteso in questa accezione, il « rischio » — sia esso contrattualmente assunto dal prestatore o dal creditore — non costituisce elemento essenziale né del contratto di lavoro autonomo, né di quello di lavoro subordinato: la relativa pattuizione fra le parti è dunque del tutto irrilevante ai fini della qualificazione del rapporto. Effetti relevantissimi in ordine al regime applicabile nei casi di impedimento della prestazione derivano, invece, in

conseguenza della qualificazione della prestazione come subordinata (applicandosi in tal caso le disposizioni inderogabili vigenti in materia) o come autonoma (derivandone in tal caso la collocazione del rischio a carico del prestatore, ma soltanto come regime normale, pienamente derogabile senza che ne risulti snaturato il contratto). Viene qui in rilievo quel contenuto assicurativo del rapporto che, come si è detto all'inizio (§ 77), nel nostro ordinamento, come nella maggior parte degli altri, non assume il valore di elemento individuatore della fattispecie del lavoro subordinato, ma di quella fattispecie costituisce un effetto inderogabilmente imposto dalla legge.

80. *La « dipendenza » di cui all'art. 2094 c.c. come espressione moderna del vecchio concetto di locatio operarum, non ancora coincidente con quello di lavoro subordinato.* — L'art. 2094 c.c. indica come connotati essenziali della « collaborazione nell'impresa », necessari perché essa possa essere qualificata come prestazione di lavoro subordinato, il suo svolgersi « alle dipendenze » dell'imprenditore e il suo essere assoggettata al potere di « direzione » di quest'ultimo (13).

Una parte della dottrina considera le due espressioni contenute nell'art. 2094, « alle dipendenze » e « sotto la direzione » dell'imprenditore, come endiadi, negando al concetto di « dipendenza » un contenuto apprezzabilmente diverso dall'assoggettamento a eterodirezione (14). Altri Autori, recuperando più o meno esplicitamente concezioni che risalgono al diritto del lavoro delle origini, interpretano invece l'espressione « alle dipendenze » nel senso del riferimento a una situazione di inferiorità socio-economica del prestatore nei confronti del creditore, o comunque a una situazione di fatto per la quale la capacità produttiva del prestatore « dipende » dal suo inserimento nell'organizzazione del creditore (15). Senonché, con la ricomprensione della figura del dirigente nell'ambito del lavoro subordinato, operata dal codice in modo esplicito con l'art. 2095, sembra essersi compiuto definitivamente l'abbandono da parte del legislatore dell'idea originaria del diritto del lavoro come diritto della classe proletaria, dei diseredati; ne può più avere corso — se mai lo ha avuto — l'idea un po' pauperista del diritto del lavoro come sistema di tutela dei lavoratori meno professionalizzati contro lo strapotere di chi ha il dominio della tecnica (16). Lavoratore subordinato non è più soltanto né principalmente il povero, il debole e lo sprovveduto, bensì anche, e a pieno titolo, il professionista, l'esperto che nel proprio campo specifico ne sa molto più del datore di lavoro, il tecnico dal quale ... dipende il funzionamento produttivo dell'azienda, il possessore del *know-how* (17).

Per comprendere il significato del riferimento alla « dipendenza » contenuto nell'art. 2094 occorre considerare l'evoluzione dottrinale e legislativa attraverso la quale si è giunti alla definizione del lavoro subordinato fatta propria dal legislatore del 1941-1942. Agli albori della rivoluzione industriale dottrina e giurisprudenza conoscevano soltanto la distinzione fra *locatio operis* e *locatio operarum*, che è in sostanza la distinzione fra il contratto che ha per oggetto il compimento di un'opera o servizio in sé indivisibile (l'*opus*) e il contratto che ha per oggetto lo svolgimento di una mera attività (le *operae*), « continuativa » in senso tecnico-giuridico in quanto illimitatamente divisibile in ragione del tempo. Lavoratore « dipendente », in quello schema concettuale, è il prestatore di attività (*operae*) non occasionale, colui che pone durevolmente la propria forza-lavoro a disposizione dell'imprenditore, all'interno dell'azienda, ricevendone un compenso fisso orario (salario) o mensile (stipendio). A questa figura fa riferimento la nostra legislazione del lavoro nel suo primo mezzo secolo di vita, fino alla fine degli anni trenta. Ma già all'inizio del secolo XX incomincia a farsi strada nella cultura giuslavoristica d'oltr'Alpe (18) e in quella italiana (19) il concetto moderno di lavoro subordinato, individuato con precisione, all'interno del più ampio concetto della prestazione di *operae* (consistente nel mero mettere a disposizione la propria forza-lavoro), dall'assoggettamento pieno dell'attività dedotta in contratto al potere direttivo del creditore. Ed è questo il concetto di lavoro subordinato che viene accolto nell'art. 2094 del nostro codice civile, dove pertanto le due espressioni « alle dipendenze » e « sotto la direzione » ben possono leggersi come riferimento a due concetti posti fra loro in rapporto di genere a specie: in esse si esprime il passaggio dal vecchio e più ampio concetto di lavoro dipendente al concetto più preciso e circoscritto di lavoro subordinato (20). È interessante osservare come la differenza che corre fra la nozione di lavoro dipendente (prestazione durevole di mera attività) e quella di lavoro subordinato, individuata dall'assoggettamento della prestazione a eterodirezione, sia sostanzialmente la stessa che corre tra le due nozioni economiche del rapporto di lavoro di cui si è detto all'inizio del capitolo (§ 77): quella del lavoratore che cede la propria forza-lavoro all'imprenditore in cambio di un corrispettivo fisso per assicurarsi contro il rischio delle sopravvenienze e quella dell'imprenditore che « acquista » con un solo contratto l'obbedienza del lavoratore per evitare di dover rinegoziare le modalità della prestazione a ogni passo e realizzare così un risparmio di costi di transazione. Nell'un caso come nell'altro non c'è contrapposizione fra le due figure, bensì soltanto il passaggio da una figura più generica e ampia (quella di colui che vende continuativamente la propria forza-lavoro a un unico acquirente, lasciando che quest'ultimo si appropri direttamente del prodotto, per assicurarsi un flusso costante di reddito) a una figura più circoscritta (quella di colui che non soltanto vende la propria forza-lavoro, ma la assoggetta anche al potere direttivo della controparte).

La *locatio operarum*, ovvero il mero mettere a disposizione del creditore la propria attività di lavoro personale lasciando che egli si appropri direttamente dei suoi frutti, può dunque configurarsi anche senza vincolo di subordinazione; che è quanto dire, a norma dell'art. 2222 c.c., configurarsi come lavoro autonomo. Questo consente di attribuire un significato tecnico-giuridico alternativo ai due termini — « opera » e « servizio » — che nello stesso art. 2222 compaiono per indicare l'oggetto del contratto di lavoro autonomo (esattamente nello stesso modo in cui essi compaiono nell'art. 1655 per indicare l'oggetto del contratto di appalto): si può, cioè, attribuire al primo termine, « opera », il significato strettamente corrispondente all'*opus* del diritto romano, cioè un risultato indivisibile in ragione del tempo (ad esempio: la confezione di un vestito, la riparazione di una macchina, la verniciatura di una parete) e attribuire invece al secondo termine, « servizio », il significato corrispondente alla prestazione a carattere continuativo

in senso tecnico, cioè di per sé illimitatamente divisibile in ragione del tempo (ad esempio: la cura medica o infermieristica a un malato per un certo periodo, o un'attività di consulenza legale o contabile, o di assistenza informatica, misurate a ore o a giornate). Nel titolo del libro V dedicato al lavoro autonomo gli articoli da 2224 a 2228 disciplinano il « contratto d'opera » in senso stretto, avente per oggetto l'*opus* indivisibile in ragione del tempo; i successivi articoli da 2229 a 2238, in materia di professioni intellettuali, si riferiscono invece a contratti suscettibili di avere per oggetto anche un'obbligazione a esecuzione continuativa in senso tecnico. La configurabilità di una obbligazione di lavoro autonomo a esecuzione continuativa (cioè avente per oggetto la mera attività) è, del resto, espressamente contemplata anche in altra parte dello stesso codice, là dove è previsto e disciplinato il contratto di agenzia (artt. 1742 ss.); e proprio quest'altra parte del codice è richiamata nell'ultimo inciso dell'art. 2222 (« ... salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV ») (21).

Se al termine « dipendenza » che compare nell'art. 2094 si attribuisce il significato qui proposto, può dirsi, in questo senso, « dipendente » da un'impresa un lavoratore obbligato a svolgere una prestazione continuativa, anche quando questa non sia assoggettata al potere direttivo del creditore e possa pertanto essere qualificata come autonoma. L'assoggettamento pieno al potere direttivo costituisce l'*elemento ulteriore* che consente di qualificare la prestazione come subordinata.

81. *L'eterodirezione come elemento essenziale del tipo legale e la questione della rilevanza della volontà contrattuale delle parti in proposito ai fini della qualificazione del rapporto.* — A norma dell'art. 2094 c.c. il contratto di lavoro subordinato nell'impresa può dunque definirsi — in via di prima approssimazione — come il contratto in forza del quale una persona presta la propria attività lavorativa continuativa destinata a essere utilizzata immediatamente in quanto tale nell'organizzazione aziendale del creditore (elemento della « dipendenza ») e assoggettata alle direttive impartite di volta in volta da quest'ultimo (elemento della « eterodirezione »). Occorre ora chiedersi se gli elementi essenziali così individuati debbano intendersi come elementi di un rapporto di fatto, cioè come dati inerenti al comportamento concretamente tenuto dai due soggetti in sede di attuazione del contratto, oppure come dati negoziali, cioè elementi dell'assetto dei reciproci interessi contrattualmente voluto dai due soggetti.

Una parte tuttora assai rilevante della dottrina e della giurisprudenza è orientata nel senso di una svalutazione drastica della rilevanza della volontà negoziale delle parti ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro. Non è difficile individuare i motivi di questo orientamento: la ragion d'essere stessa del diritto del lavoro come branca dell'ordinamento distinta dal diritto civile e dal diritto commerciale consiste proprio nell'esigenza di limitare l'autonomia individuale in questo settore dei rapporti fra privati al fine di evitare che la parte debole, il prestatore di lavoro, possa trovarsi di fatto costretta a negoziare condizioni contrattuali inferiori rispetto a determinati standard minimi. Lo strumento tecnico essenziale di questa protezione consiste nel divieto di derogare, in sede di contratto individuale, rispetto a quegli standard, stabiliti dalla legge o dalla contrattazione collettiva. Appare dunque logico ritenere che, se al lavoratore è inibito di rinunciare con un atto di autonomia individuale a singoli benefici predisposti in suo favore mediante disposizioni inderogabili, a maggior ragione debba essergli inibito di rinunciare in blocco al complesso delle tutele, scegliendo di svolgere le proprie prestazioni in forma autonoma piuttosto che subordinata: donde, appunto, la svalutazione del contenuto negoziale del contratto di lavoro in sede di qualificazione del contratto stesso.

È questo il ragionamento che, più o meno implicitamente, è alla base di tutte le teorie che hanno proposto come riferimento unico o principale per la qualificazione del contratto di lavoro il *rapporto di fatto* intercorrente fra le parti, il loro mero comportamento in circostanze determinate, ovvero — per utilizzare un linguaggio oggi un po' in disuso — il rapporto materiale di produzione. In un primo tempo si è negato recisamente che il rapporto di lavoro subordinato corrispondesse a un tipo contrattuale e fosse disciplinato come tale dalla legge (22); in un secondo tempo, abbandonata la costruzione radicalmente acontrattualistica del rapporto di lavoro, la dottrina contraria alla rilevanza della volontà negoziale delle parti ai fini della qualificazione ha finito col riconoscere la necessità dell'atto di genuina autonomia individuale (e non di un mero comportamento fattuale) per la costituzione del rapporto, ma ha continuato a considerare irrilevante o comunque non decisivo ai fini della qualificazione l'assetto contrattuale degli interessi effettivamente voluto dalle parti (23).

82. *Le teorie della subordinazione come dato di fatto, identificabile nell'« inserimento » della prestazione dentro l'organizzazione del creditore o nell'appropriazione originaria dei frutti da parte sua.* — Il dato di fatto a cui la giurisprudenza — collocandosi nell'ordine di idee testè descritto — si è più sovente riferita considerandolo come elemento necessario e sufficiente per il configurarsi della subordinazione è costituito dall'« inserimento » della prestazione lavorativa nell'organizzazione aziendale del creditore (24). Questa nozione ha origini antiche nella concezione — di origine germanica — del rapporto di lavoro come risultato della *Eingliederung* (« inserimento », appunto) del lavoratore nell'impresa-istituzione; quando, poi, la nostra cultura giuslavoristica si è affrancata definitivamente dalla sudditanza nei confronti di quella tedesca (25), la nozione è andata assumendo un significato sempre più generico e indefinito. È accaduto così che nelle motivazioni delle sentenze gli elementi caratteristici dell'« inserimento » rilevante ai fini della qualificazione del rapporto venissero indicati, di volta in volta, nel fatto che l'attività lavorativa dovesse necessariamente essere svolta all'interno nell'unità produttiva e in un determinato orario (coordinamento spazio-temporale), e/o nel fatto che essa fosse svolta in ottemperanza alle direttive dell'imprenditore, e/o per mezzo degli strumenti e attrezzature di sua proprietà e/o in sinergia con gli altri lavoratori da lui dipendenti; ma soprattutto nel fatto che sussistesse un interesse durevole dell'imprenditore alla prestazione, col conseguente protrarsi della stessa per un periodo apprezzabile di tempo (carattere « continuativo » della prestazione in senso atecnico).

Quest'ultima è per lo più la circostanza che, a un esame attento, si rivela assumere effettivamente valore decisivo nelle sentenze ascrivibili a questo orientamento: l'« inserimento », in ultima analisi, altro non è che il carattere durevole dell'interesse dell'imprenditore a una prestazione di attività personale del lavoratore (26). Senonché tale carattere è di per sé perfettamente compatibile con l'autonomia della prestazione (27), così come viceversa il carattere occasionale — e persino di brevissima durata — della prestazione è compatibile con la sua subordinazione (28).

La versione dottrinale più elegante e concettualmente più raffinata della teoria dell'« inserimento » (certo, ormai lontanissima culturalmente dalle sue origini organicistiche) è costituita dalla teoria — che ha raccolto molti consensi nell'ultimo quarto di secolo — secondo la quale l'essenza della subordinazione starebbe nel fatto che il creditore della prestazione di lavoro si appropria a titolo originario del frutto della prestazione stessa (29). Senonché anche il dato dell'acquisizione a titolo originario del prodotto da parte dell'utilizzatore del lavoro altrui, al pari del dato dell'« inserimento », è caratteristico di tutti i rapporti aventi per oggetto una mera attività e non un'opus indivisibile (anche il malato gode immediatamente del frutto delle cure prestategli continuativamente dal medico in regime di autonomia; e il cliente si appropria a titolo originario del frutto della consulenza prestatagli dal commercialista o dal tecnico informatico); se dunque — come è ormai assolutamente pacifico — possono configurarsi quali contratti di lavoro autonomo anche contratti aventi per oggetto lo svolgimento di una mera attività (§ 80), deve convenirsi che il dato dell'« alienazione » dei frutti del lavoro non può assurgere a elemento necessario e sufficiente per l'individuazione del lavoro subordinato.

Al di fuori delle teorie che individuano l'essenza della subordinazione nell'« inserimento » della prestazione o nell'appropriazione originaria del prodotto da parte del creditore, una nozione unitaria della subordinazione come dato di fatto, ovvero come insieme ben determinato di circostanze, non è mai stata individuata. E in mancanza di una definizione del concetto di subordinazione come dato di fatto (30) è inevitabile che l'opzione teorica per la svalutazione della volontà negoziale nella qualificazione del contratto spinga l'interprete ad abbandonare il *metodo sillogistico* tradizionale (sussunzione della fattispecie concreta in un concetto, sulla base della verifica della presenza nella prima di tutti gli elementi essenziali del secondo) e a preferirgli quello che viene indicato come *metodo tipologico* di qualificazione, consistente nella valutazione della maggiore o minore approssimazione della fattispecie concreta rispetto all'uno o all'altro prototipo, costituito dall'insieme di tutti gli elementi descrittivi « tipici » rispettivamente dell'una o dell'altra fattispecie astratta (31). È questa l'opzione di metodo che, per lo più coniugandosi con la teoria dell'« inserimento » come circostanza fattuale determinante della subordinazione (e utilizzando quindi di volta in volta i vari elementi descrittivi dell'« inserimento », dal carattere durevole del rapporto al coordinamento spazio-temporale dell'attività lavorativa, al suo assoggettamento alle direttive dell'imprenditore, all'utilizzazione degli strumenti di lavoro di proprietà di quest'ultimo e ad altri ancora) ha caratterizzato l'orientamento giurisprudenziale prevalente fra la metà degli anni '60 e la metà degli anni '80.

83. *Gli argomenti a sostegno della rilevanza del voluto negoziale ai fini della qualificazione del rapporto.* — Se a prima vista la svalutazione del contenuto della pattuizione individuale ai fini della qualificazione del rapporto appare coerente con i principi e la stessa ragion d'essere del diritto del lavoro, un esame più approfondito della questione mostra però come tale opzione teorica presti il fianco a critiche difficilmente superabili.

Va rilevato, innanzitutto, come la limitazione dell'autonomia negoziale individuale per effetto della norma inderogabile operi di regola, nel diritto del lavoro, sul presupposto della qualificazione della prestazione come subordinata: tale limitazione può essere assunta pertanto come conseguenza, non certo come premessa, della qualificazione stessa. Dovrebbe altrimenti convenirsi che la limitazione dell'autonomia negoziale investa a priori tutto il campo dei rapporti di lavoro, subordinato o autonomo: ciò che nessuno, né in dottrina né in giurisprudenza, si è spinto fino ad oggi a sostenere. Oppure dovrebbe ritenersi che possa attribuirsi rilievo alla volontà negoziale delle parti soltanto quando il lavoratore, nella singola situazione concreta, sia dotato di sufficiente forza contrattuale nei confronti della controparte (32); ma il problema della misurazione di tale forza caso per caso non pare di agevole soluzione (33).

Va inoltre osservato come l'invalidità che l'ordinamento giuslavoristico commina contro gli atti dismissivi di diritti previsti da norme inderogabili operi soltanto a garanzia di standard minimi di trattamento, sulla base di un confronto essenzialmente quantitativo fra livello di tutela assicurato dalla norma inderogabile e livello pattuito tra datore e prestatore (34). Trasferire lo stesso schema di tutela sul terreno della qualificazione del rapporto implicherebbe, invece, che la comminatoria di invalidità operasse sulla base di un giudizio qualitativo di « preferibilità », per il lavoratore, del regime di subordinazione rispetto a quello di autonomia: giudizio che non sembra trovare né alcun riscontro giuridico positivo nel nostro ordinamento, né alcun riscontro fattuale nei comportamenti concreti dei lavoratori nel mercato, studiati dai sociologi e dagli economisti (35). Ad esempio, fra il contratto di agenzia (con provvigione più alta e libertà totale di autoorganizzazione del prestatore, ma senza retribuzione minima garantita) e il contratto di lavoro subordinato avente per oggetto la stessa attività di promozione delle vendite (con minimo garantito, ma provvigione più bassa e assoggettamento a direttive e controlli) non è possibile una comparazione *a priori*, ma a ben vedere neppure *a posteriori*, in termini di *plus* e *minus* di vantaggi per il prestatore.

A ciò si aggiunga che l'art. 2094 c.c. indica esplicitamente quale elemento essenziale del tipo legale del lavoro subordinato nell'impresa l'« obbligarsi » del lavoratore, cioè il vincolarsi contrattualmente, a una prestazione lavorativa pienamente assoggettata al potere direttivo del creditore: è dunque al contenuto della volontà contrattuale, e non al mero rapporto di fatto tra le parti, che la legge fa riferimento per definire il tipo legale maggiore (36). E ancora al contenuto dell'obbligazione, quindi all'assetto giuridico dei reciproci interessi pattuito fra le parti, fanno esplicito riferimento — come vedremo a loro luogo — le norme definitorie del lavoro subordinato a domicilio (§ 98) e del lavoro

subordinato sportivo (§ 106). Anche questi dati normativi contribuiscono a rendere difficilmente sostenibile l'irrelevanza, ai fini della qualificazione, della volontà negoziale delle parti circa la struttura delle reciproche obbligazioni e la rilevanza esclusiva del rapporto di fatto fra datore e prestatore di lavoro; tanto più difficile, quanto più il mercato del lavoro reale va caratterizzandosi nel senso di una marcata personalizzazione dell'offerta di lavoro: gli interessi dei lavoratori sono sempre meno facilmente riducibili entro modelli standard e sempre più diffusamente i singoli lavoratori intendono esercitare (ed esercitano effettivamente, in condizioni di sufficiente libertà sostanziale) la propria autonomia negoziale.

Questo fenomeno, che si accompagna al tramonto del vecchio modello fordista di organizzazione del lavoro, non tarda a essere percepito dai giudici del lavoro, i quali nel corso degli anni '80 prendono progressivamente coscienza della necessità di applicare con maggior rigore quel principio di libertà anche formale di scelta delle condizioni del proprio lavoro, che l'art. 4 della Costituzione attribuisce a tutti i cittadini (37).

84. *Ancora sulla eterodirezione come elemento essenziale del tipo legale.* — La rivalutazione della volontà negoziale delle parti circa l'assetto contrattuale dei reciproci interessi produce una prima conseguenza rilevante sul piano del metodo dell'operazione qualificatoria: in riferimento al contenuto giuridico della pattuizione è infatti possibile attribuire efficienza definitiva a elementi (quali il carattere continuativo in senso tecnico-giuridico della prestazione, il suo assoggettamento al vincolo di obbedienza, la ripartizione del rischio circa la gestione degli strumenti di lavoro e/o circa il risultato economico dell'attività dedotta in contratto), che invece, in riferimento al rapporto inteso come mero fatto osservabile *in rerum natura*, appaiono non suscettibili di essere assunti come tratti distintivi di un tipo. Questo ha consentito il ritorno al metodo sillogistico di qualificazione del rapporto di lavoro, che nell'ultimo quindicennio ha caratterizzato l'orientamento giurisprudenziale nettamente prevalente (38).

In questo ordine di idee l'assoggettamento a eterodirezione va considerato come modo d'essere non *dell'attività* (comportamento di fatto), ma della *prestazione* lavorativa, cioè come carattere strutturale della relativa obbligazione contrattuale: quel che rileva non è tanto la conformità dell'attività lavorativa a direttive effettivamente impartite dal creditore — le quali possono in concreto mancare — quanto l'assunzione da parte del prestatore di un vincolo di assoggettamento dell'attività dedotta in contratto al potere direttivo del creditore, cioè l'assunzione di un obbligo di obbedienza (39). Così intesa, l'eterodirezione può riacquistare quel ruolo di tratto distintivo essenziale del contratto di lavoro subordinato, che invece va inevitabilmente perduto se l'eterodirezione è identificata con un dato di fatto percepibile *in rerum natura* (poiché nell'agire concreto delle parti il vincolo giuridico può non apparire). Pensiamo per esempio all'operaio specializzato di un'impresa industriale; qui può ben accadere che l'obbligo di obbedienza non si manifesti affatto nel concreto svolgersi del rapporto: che il lavoratore sia talmente esperto da poter sempre operare senza ricevere alcuna direttiva da parte dell'imprenditore; ma non per questo può dubitarsi che il primo sia pienamente assoggettato al potere direttivo del secondo: in qualsiasi momento questi intervenisse a impartire una disposizione specifica, quello sarebbe obbligato a ottemperarvi, configurandosi altrimenti un inadempimento contrattuale. Lo stesso può dirsi di un dirigente o quadro direttivo preposto a un ufficio o reparto dell'azienda, che operi normalmente con amplissima discrezionalità: anche qui l'assoggettamento al potere direttivo, non visibile nelle modalità concrete di svolgimento del rapporto, costituisce purtuttavia indubitabilmente un elemento essenziale dell'assetto *giuridico* del rapporto. In nessuno degli esempi proposti potrebbe parlarsi di una attenuazione del vincolo contrattuale dell'eterodirezione, cioè dell'obbligo di ubbidienza, solo perché quel vincolo non si manifesta visibilmente nel concreto svolgimento del rapporto (40): la facoltà del datore di lavoro di intervenire in qualsiasi momento sulle modalità di svolgimento della prestazione sussiste appieno anche là dove essa venga esercitata in forma del tutto implicita o non venga esercitata affatto.

La varietà delle possibili figure di lavoratore subordinato e il loro distribuirsi su tutti i gradi della scala della professionalità fa sì che il potere direttivo, dove il contratto lo attribuisce al creditore, abbia di volta in volta contenuti pratici differenti; esso, inoltre, è sempre limitato in vario modo dalla legge o dal contratto collettivo. Ma tali variazioni e limitazioni non producono certo una identità di contenuto e di struttura, con riguardo all'obbligo di ubbidienza, fra la prestazione che vi è soggetta e quella che non lo è. È ben vero che « in ogni rapporto relativo a una prestazione di lavoro — anche se autonomo — la posizione attiva del creditore tende ad ampliarsi ed accentuarsi in qualche misura, e correlativamente si aggrava il vincolo del prestatore » (41); e il codice stesso, del resto, a prevedere la responsabilità del lavoratore autonomo per « difformità » dell'opera o del servizio rispetto alle disposizioni impartite in proposito dal committente (art. 2226); ma quando l'« ampliamento » contrattuale della posizione attiva del creditore si spinge al punto di attribuirgli la facoltà di intervenire *in qualsiasi momento* sulle modalità di svolgimento di qualsiasi segmento della prestazione, in ciò si configura l'assoggettamento pieno della prestazione a eterodirezione (42).

85. *La questione della compatibilità dell'assoggettamento pieno a eterodirezione con una posizione di vertice del lavoratore in seno all'impresa.* — Perché la prestazione possa essere assoggettata pienamente al potere direttivo dell'imprenditore è indispensabile che nel caso specifico esista un organo dell'impresa, quando non l'imprenditore stesso persona fisica, capace di intervenire in qualsiasi momento sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa. Questo spiega l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza nel senso di escludere, in linea generale, la configurabilità di un rapporto di lavoro subordinato tra la società di capitali e il suo amministratore in tutti i casi in cui questi si collochi da solo al sommo vertice della compagine societaria. E anche quando l'amministratore o dirigente apicale non sia posto da solo a capo dell'impresa, occorre che l'assoggettamento pieno al potere direttivo penetrante di un organo sovraordinato sia accertato in concreto (43).

Da questo principio astratto possono trarsi alcune regole pratiche, sulle quali pure si registra da tempo un orientamento

giurisprudenziale abbastanza uniforme. Perché tra la società e il suo amministratore si costituisca e si mantenga un valido rapporto di lavoro subordinato è necessario, innanzitutto, che l'amministratore non accenti in sé tutti i poteri di direzione e amministrazione, e che la volontà negoziale della società nei confronti dei terzi e di lui stesso possa essere determinata e validamente espressa anche da altri amministratori, e anche in contrasto con la sua volontà: con il che si esclude senz'altro la configurabilità di un genuino rapporto di lavoro subordinato fra la società e il suo amministratore unico (44). È necessario inoltre che l'amministratore sia *effettivamente e pienamente* assoggettato al potere direttivo, e quindi al controllo di un organo sociale sostanzialmente indipendente: con il che si può, di regola, escludere la configurabilità di un genuino rapporto di lavoro subordinato fra la società e il proprio presidente (ancorché affiancato da uno o più altri amministratori delegati, salvo che la carica sia attribuita esclusivamente per fini di rappresentanza esterna) (45), o tra la società e un amministratore che sia anche socio maggioritario (46), o comunque un amministratore i cui ampi poteri consentano di presumere che egli non si sia effettivamente vincolato a un obbligo continuativo di obbedienza nei confronti del consiglio di amministrazione (47). In generale, occorre sempre verificare caso per caso se il conferimento di « poteri » all'amministratore comporti una corrispondente spoliazione del consiglio di amministrazione della funzione decisionale, o se invece l'amministratore delegato sia abilitato soltanto a dare attuazione negoziale in modo efficace verso i terzi a decisioni del consiglio adottate di volta in volta (48).

Per altro verso, il rapporto di lavoro subordinato non può essere escluso per il fatto che l'attività svolta dall'amministratore abbia eventualmente natura esclusivamente gestoria (49): qualsiasi attività personale può infatti costituire oggetto di prestazione subordinata (50). Si osservi, però, che deve trattarsi pur sempre di una prestazione continuativa (nel senso giuridico sopra precisato) (§ 80), poiché soltanto in relazione a una prestazione siffatta può configurarsi un obbligo continuativo di ubbidienza a carico del prestatore (v. in proposito il paragrafo seguente). E la sussistenza di tale obbligo deve essere rigorosamente provata da chi vi abbia interesse: onere, questo, che di regola non può essere assolto con la sola esibizione della stipulazione iniziale, per i motivi che vedremo a loro luogo (§ 87).

Un discorso in larga parte analogo vale in riferimento alla prestazione di lavoro del socio di società di persone: la sua configurabilità come prestazione subordinata dipende essenzialmente dal suo effettivo assoggettamento a un vincolo di obbedienza nei confronti di un altro soggetto cui compete di esercitare il corrispondente potere: il che può, a mio avviso, escludersi senz'altro in tutti i casi in cui il prestatore sia socio maggioritario; e non può comunque mai darsi per scontato negli altri casi (51).

In termini differenti, invece, si pone il problema in riferimento alla prestazione dell'istitutore di cui agli artt. 2203-2208 c.c.: questi è infatti, per definizione, un soggetto diverso dal titolare dell'impresa e a questo sempre sostanzialmente subordinato. Tanto che, nell'opinione corrente, l'istitutore è per lo più considerato senz'altro come dirigente subordinato (52). Tale opinione sembra tuttavia fondarsi soltanto su due dati: il carattere continuativo in senso tecnico della prestazione dell'istitutore e il suo « inserimento » nell'azienda; caratteri che — come si è più volte sottolineato (§§ 80-82) — non sono affatto incompatibili con il possibile carattere autonomo della prestazione stessa. Non vi è, d'altra parte, alcun motivo per escludere che l'istitutore possa essere svincolato da un obbligo continuativo di obbedienza nei confronti del preponente. Donde la necessaria conclusione nel senso della possibilità che la sua prestazione sia dedotta tanto in un contratto di lavoro subordinato, quanto in un contratto di lavoro autonomo (53).

Un discorso analogo sembra proponibile in riferimento alla figura del « fattore di campagna » di cui all'art. 2138 c.c. (54).

86. Il carattere continuativo (in senso tecnico) della prestazione e il coordinamento spazio-temporale come presupposti dell'assoggettamento pieno a eterodirezione. Il tele-lavoro riconducibile al tipo legale di cui all'art. 2094 c.c. —

L'assoggettamento della prestazione a eterodirezione presuppone logicamente che la prestazione stessa abbia ad oggetto una mera attività e si configuri pertanto come prestazione *continuativa* nel senso tecnico-giuridico sopra precisato (§ 80): ciò innanzitutto perché nelle prestazioni a esecuzione istantanea o periodica viene in rilievo soltanto il risultato ulteriore (*opus*) e non l'attività necessaria per produrlo, mentre è proprio il conformarsi di quest'ultima alle direttive del creditore ad assumere rilevanza in conseguenza del vincolo dell'eterodirezione; inoltre perché, viceversa, l'assoggettamento della prestazione a tale vincolo è logicamente incompatibile con la responsabilità del prestatore riguardo al risultato ulteriore: se l'attività è diretta e organizzata dal creditore, il prestatore che si sia attenuto alle disposizioni ricevute non può evidentemente essere tenuto responsabile dell'eventuale difetto del risultato produttivo (55).

Tutte le prestazioni di lavoro assoggettate pienamente al vincolo dell'eterodirezione hanno dunque il carattere della continuità (nel senso precisato, della illimitata divisibilità giuridica *ratione temporis*). Ne consegue che dall'eventuale carattere non continuativo della prestazione lavorativa può dedursi senz'altro il suo non assoggettamento a eterodirezione (56). Non è però altrettanto vero l'inverso: sappiamo infatti (§ 80) che non necessariamente la prestazione a carattere continuativo è assoggettata a eterodirezione (57). E occorre sottolineare ancora una volta come questa affermazione abbia senso soltanto se l'indagine si appunta direttamente sulla struttura dell'obbligazione dedotta in contratto: solo in riferimento a questa, infatti, può parlarsi di continuità o non continuità della prestazione in senso tecnico-giuridico: non in riferimento alla mera attività di fatto svolta dal lavoratore (58).

Analogamente a quanto può dirsi del carattere continuativo della prestazione, anche il suo coordinamento spazio-temporale rispetto al resto dell'organizzazione aziendale costituisce normalmente un presupposto necessario per il suo assoggettamento pieno a eterodirezione: il creditore non può riservarsi contrattualmente il potere di impartire direttive circa le modalità interne della prestazione *in qualsiasi momento*, se non vincolando il lavoratore allo svolgimento della prestazione in un dato luogo e in un dato lasso di tempo.

Anche il vincolo del coordinamento spazio-temporale, come il carattere della continuit  o illimitata divisibilit  in ragione del tempo,   peraltro di per se' pienamente compatibile con il carattere autonomo della prestazione, abbia essa per oggetto un *opus* indivisibile o una mera attivita': anche nel contratto d'opera che vede come prestatore il medico libero professionista o l'avvocato, questi si obbliga a svolgere almeno una parte rilevante della propria prestazione in un determinato luogo (il domicilio del paziente o la sede del cliente, la casa di cura, il proprio studio, l'aula del tribunale) e in un determinato tempo (quello necessario perche' si realizzi l'incontro con il paziente o cliente, o con gli assistenti e infermieri che parteciperanno all'intervento chirurgico o di medicazione; o il tempo fissato per l'udienza giudiziale). Dove la prestazione si configura come subordinata, pero', il coordinamento non si estrinseca soltanto nella predeterminazione dei confini spazio-temporali per cosi' dire *esterni* alla prestazione, come presupposto dell'esercizio pieno del potere direttivo dell'imprenditore, bensı anche nella facolta' di quest'ultimo di impartire di volta in volta disposizioni circa la collocazione spaziale o temporale di singoli segmenti della prestazione, in funzione di una loro piu' stretta integrazione con il resto dell'organizzazione aziendale; oggetto del coordinamento qui non   soltanto il *tempo* della prestazione complessivamente intesa, ma sono anche i *tempi* dei singoli segmenti che la compongono (59). Mentre il coordinamento spazio-temporale *esterno* della prestazione, nel senso ora precisato,   un presupposto necessario per l'esercizio pieno del potere direttivo da parte dell'imprenditore, il coordinamento spazio-temporale *interno*   invece manifestazione dell'esercizio di quel potere.

Nel caso della prestazione lavorativa svolta mediante strumentazione informatica l'imprenditore puo' esercitare il potere continuativo di direzione e controllo proprio del rapporto di lavoro subordinato anche quando essa non si svolge in un luogo predeterminato o soggetto al suo potere di determinazione (coordinamento spaziale), a condizione che essa, nella sua configurazione contrattualmente obbligata, si svolga mediante collegamento informatico/telematico a distanza con l'organizzazione aziendale « in tempo reale ». Questo implica, per lo piu', che la prestazione sia assoggettata almeno a un vincolo di orario (60); ma non sempre: il vincolo puo' venir meno, senza compromettere l'integrita' del potere direttivo tipico del rapporto di lavoro subordinato, quando il collegamento a distanza « in tempo reale » possa funzionare ventiquattro ore su ventiquattro, essendo l'organo aziendale preposto permanentemente in funzione.

87. *Scarsa o nulla rilevanza del nomen iuris scelto dalle parti ai fini della qualificazione del rapporto: la c.d. indisponibilit  del tipo legale. Volont  cartolare e volont  negoziale effettiva.* — Affermata la necessita', nel nostro ordinamento, del riferimento al contenuto della volont  negoziale delle parti ai fini della qualificazione del rapporto, il problema della qualificazione stessa non   affatto risolto; esso ne risulta anzi, se possibile, ancora piu' complicato. Occorre sottolineare innanzitutto — poiche' sul punto   assai frequente l'equivoco, talvolta osservabile persino nelle sentenze di cassazione — che riferirsi alla volont  negoziale delle parti non significa affatto riferirsi alla qualificazione del contratto operata dalle parti stesse (individuali o collettive) (61), cioe' al c.d. *nomen iuris* da esse attribuitogli, ovvero alla sua classificazione da esse voluta: le parti non hanno la facolta' di scegliere liberamente il tipo legale cui ascrivere il contratto posto in essere, poiche' la qualificazione spetta esclusivamente al giudice. In questo (e solo in questo) consiste la regola della « indisponibilit  del tipo legale »: regola propria non soltanto del diritto del lavoro, estendendosi il suo campo di applicazione all'intero diritto dei contratti, nonche' dei negozi unilaterali;   questo un limite generale dell'autonomia privata. Cio' che assume rilievo ai fini della qualificazione non   la scelta del *nomen*, ma   la volont  negoziale relativa ai singoli elementi essenziali dell'uno o dell'altro tipo legale; in altre parole, alle parti   dato scegliere gli elementi strutturali delle reciproche obbligazioni (ad esempio: l'assoggettamento o no della prestazione lavorativa al potere direttivo del creditore, la collocazione sull'una o sull'altra parte del rischio di gestione dell'organizzazione mediante la quale il lavoro deve essere eseguito), essendo poi riservato all'interprete il giudizio circa la riconducibilit  dell'assetto contrattuale voluto dalle parti all'un tipo legale o all'altro (62).

L'opinione delle parti circa la qualificazione del contratto, e quindi il *nomen iuris* da esse attribuitogli — quando non sia funzionale a una simulazione — puo' peraltro costituire, insieme ad altri dati, un elemento rilevante ai fini dell'accertamento della volont  contrattuale effettiva circa l'assetto sostanziale dei reciproci interessi (63). In questo senso deve intendersi l'orientamento giurisprudenziale, affermatosi dalla meta' degli anni '80, tendente a valorizzare il *nomen iuris* adottato dalle parti come criterio di qualificazione in sede giudiziale, in difetto di altri elementi rilevanti in senso contrario circa la loro volont  negoziale effettiva in merito all'assetto delle reciproche obbligazioni (64).

E' importante osservare inoltre che il riferimento alla volont  negoziale delle parti non puo', di regola, esaurirsi nel riferimento alla *dichiarazione* della volont  stessa; stante la forte incidenza, nella nostra materia, del possibile interesse delle parti alla simulazione (65), l'interprete non puo' mai esimersi dalla verifica della genuinit  della loro dichiarazione congiunta, costitutiva del rapporto: verifica che deve basarsi soprattutto sull'osservazione del comportamento attuativo dell'accordo negoziale (art. 1362 c.c.) (66). Quanto piu' gravi sono i motivi per dubitare della coincidenza della dichiarazione (c.d. « volont  cartolare ») con la volont  effettiva delle parti, tanto maggiore   il peso che nella qualificazione del contratto deve essere attribuito a cio' che le parti manifestano indirettamente attraverso il loro comportamento. Questo, beninteso, non significa che torni ad assumere rilievo decisivo e diretto ai fini della qualificazione il *rapporto di fatto* intercorrente fra le parti: il loro comportamento assume rilievo soltanto in quanto esso sia significativo della loro comune *volont  negoziale effettiva* circa gli elementi essenziali dell'uno o dell'altro tipo legale di contratto (67). Poiche', per altro verso, il comportamento delle parti — a differenza della dichiarazione — manifesta soltanto indirettamente la loro volont  negoziale, ne consegue che la verifica o falsificazione del contenuto della stipulazione iniziale deve avvenire sulla base di un accertamento indiretto, cioe' essenzialmente presuntivo, della volont  stessa; e quanto piu' equivoco   il quadro complessivo risultante dalla stipulazione iniziale e dalle modalita' di svolgimento effettivo del rapporto, tanto piu' la qualificazione deve basarsi su valutazioni presuntive

(68).

Quando la controversia ha per oggetto la sussistenza o no di un elemento essenziale del tipo legale, il riferimento a indizi collaterali al fine dell'accertamento presuntivo (indiretto) dell'elemento stesso non si differenzia in modo netto da un approccio sostanzialmente tipologico (69). Questo non significa, però, che la qualificazione stessa avvenga in tal caso secondo il metodo tipologico (§ 82): passaggio obbligato ulteriore del procedimento è infatti pur sempre il confronto analitico fra (tutti) gli elementi essenziali del tipo definito dalla legge e i tratti distintivi della fattispecie concreta, che è procedimento ben più rigoroso e trasparente rispetto a quello fondato sulla « precomprensione » intuitiva e complessiva del fenomeno esaminato e sulla valutazione della sua maggiore o minore somiglianza con l'uno o l'altro prototipo.

88. *L'« inserimento » della prestazione nell'organizzazione del creditore come possibile fondamento di una presunzione di suo assoggettamento pieno a eterodirezione.* — Il primo e più importante tra i dati sui quali può fondarsi la presunzione di assoggettamento della prestazione al potere direttivo del creditore è costituito dall'inserimento della prestazione stessa in una struttura organizzativa che necessita normalmente di uno stretto coordinamento fra le attività svolte dai vari collaboratori dell'impresa: tale coordinamento, infatti, presuppone normalmente la facoltà dell'imprenditore di intervenire in qualsiasi momento sulle singole prestazioni lavorative al fine di assicurarne la sinergia. Si tratta, beninteso, di una presunzione semplice, che ben può essere vinta mediante la dimostrazione dell'inesistenza del vincolo contrattuale; ma tale dimostrazione non può basarsi sulla mera osservazione dell'assenza *di fatto* di direttive e/o sull'elevato grado di autonomia del prestatore: il fatto che quest'ultimo sia in grado di coordinarsi perfettamente da solo, di giorno in giorno e di ora in ora, con il resto dell'organizzazione aziendale nulla toglie al presumibile suo assoggettamento contrattuale a un vincolo di obbedienza a eventuali direttive in proposito (§ 84).

Torna così ad assumere un rilievo di primo piano, ai fini della sussunzione delle fattispecie concrete nel tipo legale del lavoro subordinato nell'impresa, quell'elemento dell'« inserimento » della prestazione nell'organizzazione del creditore, a cui per tanto tempo tanta importanza è stata attribuita da dottrina e giurisprudenza prevalenti (§ 82); ma esso non viene qui in rilievo nell'accezione assai indefinita a cui fanno per lo più riferimento le sentenze ascrivibili a quell'orientamento, bensì in un'accezione più ristretta e specifica, cioè come sinonimo di un coordinamento funzionale della prestazione lavorativa con il resto dell'organizzazione aziendale, tale da presupporre o far presumere l'assoggettamento pieno della prestazione stessa a un potere direttivo che il titolare dell'azienda può esercitare in qualsiasi momento (70). Pur considerato in questa accezione più ristretta, l'« inserimento » non assurge a elemento essenziale del tipo, né tanto meno può identificarsi con il concetto di subordinazione; esso può tuttavia, in numerosi casi, assumere un valore decisivo come « indice » presuntivo della sussistenza dell'elemento essenziale maggiormente caratterizzante del tipo legale di cui all'art. 2094 c.c.

È forse questo il passaggio che consente il superamento dialettico del contrasto fra l'orientamento giurisprudenziale che attribuisce rilievo decisivo, per la qualificazione, all'« inserimento » della prestazione, svalutando l'elemento dell'eterodirezione (71), e l'orientamento che attribuisce invece valore decisivo a quest'ultimo elemento, svalutando il primo (72).

89. *Il carattere continuativo (in senso atecnico) della prestazione come tratto distintivo del lavoro « parasubordinato » di cui all'art. 409 c.p.c. n. 3.* — Individuate le nozioni di « subordinazione » e di « dipendenza » cui fa riferimento l'art. 2094 c.c., nonché la nozione di prestazione autonoma di servizi (avente per oggetto una mera attività), occorre chiedersi se e quale differenza corra fra tali nozioni e quella di « prestazione d'opera (autonoma) continuativa e coordinata, prevalentemente personale », di cui all'art. 409, n. 3, del codice di procedura civile, come modificato dalla legge 11 agosto 1973 n. 533 (73).

Mentre nel concetto di « dipendenza » cui fa riferimento l'art. 2094 c.c. e in quello di prestazione autonoma di servizi è essenziale il carattere continuativo della prestazione, nel senso tecnico-giuridico già più volte richiamato (§§ 80 e 86), tutto induce a ritenere invece che nell'art. 409/3 c.p.c. il termine « prestazione continuativa » sia usato in senso del tutto atecnico, per indicare il mero protrarsi di fatto dell'attività lavorativa nel tempo (74); con l'effetto di ricomprendere nella fattispecie ivi delineata non soltanto la prestazione d'opera a carattere « periodico » (cioè consistente in una serie di adempimenti in sé indivisibili in ragione del tempo) (75), che è pur sempre oggetto di un'obbligazione di durata, ma anche la prestazione avente per oggetto un'unica opera o servizio (in sé indivisibile) che richieda un'attività lavorativa preparatoria particolarmente estesa nel tempo; e forse persino — in omaggio alla *ratio legis* di cui si dirà tra breve, anche se a costo di una forzatura rispetto alla lettera della disposizione — la serie « continua » di prestazioni d'opera, giuridicamente indipendenti l'una dall'altra in quanto oggetto di altrettante distinte obbligazioni contrattuali, ma legate fra loro in linea di fatto da un'apprezzabile frequenza del loro succedersi nel tempo (76).

A sostegno di questa interpretazione può addursi innanzitutto il fatto che in tutta la nostra legislazione lavoristica, se si esclude l'art. 1677 c.c. in materia di appalto, i termini « continuità » e « continuativo » non compaiono mai nella loro accezione tecnica; non sono, cioè, mai utilizzati per indicare l'illimitata divisibilità della prestazione in ragione del tempo. È dunque quanto meno presumibile che anche nella novella del 1973 l'espressione « prestazione continuativa » indichi esclusivamente il protrarsi di fatto dell'attività lavorativa e non abbia alcuna implicazione per ciò che riguarda l'intima struttura giuridica dell'obbligazione. Sta di fatto, comunque, che l'interpretazione qui proposta dell'espressione « prestazione continuativa » contenuta nell'art. 409/3 c.p.c., oltre a essere sostenuta dalla dottrina prevalente (77), è quella generalmente fatta propria dalla giurisprudenza di merito e di cassazione (78).

Quanto al carattere « coordinato » della prestazione di cui alla stessa norma, anche a questo elemento costitutivo della

fattispecie la giurisprudenza tende ad attribuire un significato molto elastico, per non dire indefinito: il « coordinamento » è stato di volta in volta ravvisato nella sola necessità di una determinata collocazione spaziale della prestazione presso l'azienda del committente o in altro luogo correlato con le sue esigenze produttive, in assenza di qualsiasi coordinamento temporale; oppure nella sola necessità di collocazione della prestazione entro determinati lassi di tempo, senza vincolo alcuno circa la dislocazione geografica; o anche soltanto nella generica necessità di frequenti contatti fra prestatore e committente per la determinazione delle modalità di svolgimento del lavoro (79). Ne risultano escluse dalla fattispecie di cui all'art. 409/3 c.p.c., perché non « coordinate », soltanto le prestazioni continuative, eventualmente anche di notevole durata, ma correlate a un unico incarico compiutamente determinato fin dall'inizio e quindi di per sé assolvibile senza necessità di interferenze dell'organizzazione del committente nell'attività del prestatore (si pensi all'attività dell'avvocato in una controversia giudiziale, o la commessa di ricerca o di progettazione data da un'impresa a un consulente esterno) (80). Al di fuori di queste ipotesi, è evidente la tendenza dell'elemento del « coordinamento » a confondersi, nell'interpretazione corrente della norma, con quello della « continuità » (81): e infatti quasi tutte le attività lavorative prevalentemente personali che non siano prestate solo occasionalmente in favore di un determinato committente, bensì assumano un carattere durevole, richiedono contatti più o meno frequenti tra il committente stesso e il prestatore.

L'espressione « continuativa, coordinata e prevalentemente personale » contenuta nell'art. 409/3 c.p.c. definisce, in conclusione, l'insieme delle prestazioni lavorative personali (82) caratterizzate da un coordinamento, anche di modesta entità, rispetto all'attività e alle esigenze organizzative del committente, dall'assorbimento di una parte rilevante della capacità lavorativa del prestatore (83) e soprattutto dalla rilevante estensione temporale dell'attività prestata: quest'ultimo è, a ben vedere, il tratto distintivo di maggior rilievo. E non è difficile ravvisare in esso uno dei due elementi (continuità della prestazione e monocommittenza) che abbiamo visto all'inizio di questa trattazione costituire le determinanti tipiche della situazione di « dipendenza economica » del prestatore dal committente (84).

In altre parole, nella norma in esame può individuarsi il riferimento a una nozione di « dipendenza » del prestatore dal committente assai più ampia rispetto alla « dipendenza » di cui all'art. 2094 (§ 80), comprensiva anche dei rapporti di collaborazione personale aventi per oggetto prestazioni (non continuative in senso tecnico ma) periodiche, se non addirittura prestazioni giuridicamente indivisibili in ragione del tempo ma che richiedono una attività preparatoria assai prolungata. Non è difficile cogliere la ragione essenziale di questa scelta del legislatore del 1973: con l'art. 409 c.p.c. si è inteso garantire prontezza e incisività di tutela processuale a tutti i lavoratori, subordinati o autonomi, il cui reddito « dipenda » con una certa continuità da una singola relazione professionale, proprio in considerazione di questo legame di « dipendenza » di fatto, che rende più urgente la necessità della tutela dei loro diritti (se il committente occasionale, uno fra i tanti, non paga il corrispettivo pattuito, poco male; ma quando a non pagare è il committente « continuativo », quello da cui dipende per un apprezzabile lasso di tempo una parte rilevante del reddito che il prestatore trae dal proprio lavoro, allora è necessario che si attivi la tutela più rapida e incisiva) (85).

Si manifesta così un primo profilo di rilevanza dell'elemento della non occasionalità della prestazione lavorativa: rilevanza qui limitata alla materia processuale e ad alcuni effetti sostanziali attinenti alla disciplina del rapporto, fino a pochi anni or sono tutto sommato assai marginali (86); ma verso la metà degli anni '90 a quei modesti elementi di protezione speciale del lavoro parasubordinato si è aggiunta l'imposizione dell'assicurazione obbligatoria contro vecchiaia e invalidità, sia pure con obbligo contributivo ridotto e corrispondentemente ridotte prestazioni pensionistiche (legge 8 agosto 1995 n. 335, art. 2, 26° c.) (87); e ultimamente il D.lgs. 23 febbraio 2000 n. 38 ha esteso ai « lavoratori parasubordinati indicati all'art. 49, comma 2, lettera a), del D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917 » l'applicazione dell'assicurazione antinfortunistica obbligatoria (art. 5): due tappe, queste, assai rilevanti sulla via della creazione di una sorta di *tertium genus* tra lavoro autonomo e lavoro subordinato. E un passo ancor più rilevante potrebbe essere compiuto dal legislatore con l'approvazione di un disegno di legge, peraltro assai controverso, recentemente approvato da un ramo del Parlamento (88).

Vedremo a suo luogo (§§ 99, 106 e 110), d'altra parte, come questo stesso elemento della non occasionalità possa, nell'ambito di alcune fattispecie, assumere rilievo diretto e decisivo addirittura ai fini della qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata.

90. *L'onerosità come elemento essenziale dei tipi legali di cui agli artt. 2094 e 2222 c.c., ma estraneo al concetto di subordinazione. Il lavoro dedotto in contratti associativi o societari. Il lavoro gratuito.* — Un altro dato che contribuisce a privare la categoria dei rapporti di cui all'art. 409/3 c.p.c. di una sua precisa fisionomia è l'irrelevanza, ai fini della sua individuazione, dell'onerosità della prestazione: elemento, questo, che è invece indicato come essenziale sia del contratto tipico di lavoro subordinato nell'impresa (art. 2094 c.c.), sia del contratto tipico di lavoro autonomo (art. 2222 c.c.).

Il riferimento alla « retribuzione » e al « corrispettivo » svolge, nel sistema definitorio del codice civile, la funzione di tracciare una netta linea di confine tra i due suddetti tipi legali e tutti i rapporti, tipici e atipici, la cui causa non consista in uno scambio immediato di lavoro contro compenso (89): ne restano escluse, dunque, innanzitutto le prestazioni lavorative a titolo gratuito (90), come è confermato anche dall'art. 2 della legge 11 agosto 1991 n. 266 (91), ma anche quelle a titolo associativo in senso lato (92). Il che non esclude affatto la possibilità che una parte della disciplina del contratto tipico di lavoro subordinato o di quello di lavoro autonomo si applichi anche al lavoro privo di immediato compenso, soprattutto quando esso si configuri come « prestazione » in senso proprio, cioè come oggetto di obbligazione verso una determinata controparte (di questo si dirà fra breve); ciò che è escluso è che, quando tale prestazione sia dedotta in un contratto a titolo gratuito o a titolo di conferimento associativo o societario, questo possa

essere sussunto in uno dei due tipi legali di cui agli artt. 2094 e 2222 c.c.

Resta da risolvere la questione se e in quale misura abbia un senso proporre una distinzione fra prestazione « subordinata » e prestazione « autonoma » al di fuori dell'area delimitata dal requisito dello scambio immediato lavoro/retribuzione.

Potrebbe indurre a rispondere negativamente al quesito l'osservazione secondo cui proprio dallo scambio lavoro/retribuzione deriverebbe una tipica « posizione di completa estraneità del lavoratore rispetto all'attività economica di chi utilizza le sue prestazioni lavorative » (93), che ben si presta a essere intesa come elemento essenziale del concetto di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c.; posizione di estraneità che viene meno in modo evidente quando invece la causa del contratto sia di tipo associativo; ma viene meno anche, a ben vedere, nel lavoro familiare di cui all'art. 230-bis c.c. (94) e nel contratto atipico di lavoro gratuito: basti considerare che il motivo dello scostamento dallo schema dello scambio immediato lavoro/retribuzione è costituito nella quasi totalità dei casi dall'affetto personale, dalla militanza politica o sindacale, dall'appartenenza a una comunità religiosa, o dal perseguimento di scopi comuni nell'ambito dell'attività di una associazione a carattere ricreativo, culturale, assistenziale, o di genere analogo (95).

L'osservazione contiene una parte di verità: essa coglie probabilmente la ragione principale della scelta legislativa di includere lo scambio immediato lavoro/retribuzione fra gli elementi essenziali del tipo legale di cui all'art. 2094. E' però altrettanto vero che quella tipica posizione di « estraneità del lavoratore rispetto all'attività economica del creditore », di cui si è detto, non incide direttamente sulla struttura e le modalità pratiche di svolgimento della prestazione lavorativa subordinata: gli elementi della personalità, della continuità (in senso tecnico) e dell'eterodirezione, che definiscono la posizione debitoria del lavoratore nell'impresa, appaiono del tutto indifferenti, nel loro contenuto giuridico e nel loro funzionamento pratico, alla struttura sinallagmatica o no del contratto, potendo essi manifestarsi e operare esattamente allo stesso modo nell'ambito di un contratto di lavoro subordinato, di società *pecunia/opera*, di associazione in partecipazione, di lavoro cooperativo, o di lavoro gratuito (96). Ne', d'altra parte, può dimenticarsi che nell'art. 2222 la subordinazione è indicata come « vincolo », quindi come concetto riferito essenzialmente alla prestazione lavorativa, più e prima che al rapporto contrattuale nel suo complesso.

La nozione di subordinazione ben può dunque considerarsi come sintesi di caratteri propri della sola prestazione lavorativa, anche isolata dal contesto contrattuale di cui all'art. 2094 c.c.; e conseguentemente il requisito dell'onerosità può considerarsi come un elemento estraneo — o, se si preferisce, aggiuntivo — rispetto al concetto di subordinazione (97).

Questa tesi trova conferma nell'art. 1 del D.P.R. 27 aprile 1955 n. 547 in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro (non abrogato dal D.lgs. 19 settembre 1994 n. 626 sulla stessa materia), là dove, per individuare il « lavoratore subordinato » a cui le norme antiinfortunistiche devono applicarsi, vengono indicati tutti i tratti distintivi della prestazione subordinata di cui all'art. 2094 c.c., escludendosi però esplicitamente il requisito dell'onerosità: « Agli effetti dell'art. 1, per lavoratore subordinato si intende colui che fuori del proprio domicilio presta il proprio lavoro alle dipendenze e sotto la direzione altrui, *con o senza retribuzione* » (98). La rilevanza della norma sul piano sistematico non sta tanto nella scelta lessicale (cioè nell'utilizzazione del termine « lavoratore subordinato » per indicare il soggetto destinatario della protezione), quanto nel fatto che essa assume esplicitamente *la sola struttura dell'obbligazione lavorativa* come punto di riferimento per l'estensione della protezione antiinfortunistica al di fuori dei confini tracciati dall'art. 2094 c.c., attribuendo così rilievo a un concetto di subordinazione capace di comprendere anche prestazioni lavorative dedotte in contratti diversi dal contratto di lavoro subordinato (99). Donde un ulteriore sostegno positivo alla possibilità — del resto già individuata e variamente argomentata dalla dottrina (100) — di utilizzare quel concetto, e quindi la distinzione fra prestazioni lavorative subordinate e autonome, anche in riferimento a contratti di tipo associativo (101), cooperativo (102) o più in generale societario (103), o a contratti atipici di lavoro a titolo gratuito, e di trarne conseguenze rilevanti riguardo all'applicazione selettiva, in via analogica, di disposizioni legislative relative al tipo legale di cui all'art. 2094, o a quello di cui all'art. 2222 c.c.

Si può dunque affermare, per concludere, che i tratti distintivi della subordinazione sono soltanto quelli attinenti alla struttura dell'obbligazione lavorativa, che abbiamo esaminato nei paragrafi precedenti. L'ulteriore elemento dello scambio diretto fra lavoro e retribuzione è posto dalla legge come requisito perché possa configurarsi il contratto tipico di lavoro subordinato nell'impresa. Tuttavia la costruzione testé proposta apre uno spazio di possibile conciliazione fra la tesi favorevole e quella contraria alla sussumibilità del lavoro subordinato gratuito nel tipo legale definito dall'art. 2094 c.c.: a tale contratto, infatti, ancorché qualificato come atipico, deve essere pur sempre applicata quella parte della disciplina legale del contratto tipico che è strettamente correlata con la struttura della prestazione lavorativa subordinata.

91. *La possibilità di cumulo di rapporti di lavoro subordinato e autonomo fra le stesse parti e la configurabilità del contratto misto.* — Accade assai sovente che, quando in capo a una stessa persona si cumulano le posizioni di amministratore della società e di dirigente della stessa, i due corrispondenti rapporti vengano tenuti formalmente distinti e qualificati rispettivamente come rapporto di collaborazione autonoma e come rapporto di lavoro subordinato (104); con la conseguenza che una parte del corrispettivo viene pagata a titolo di compenso per l'opera di amministratore e una parte a titolo di retribuzione per il lavoro dirigenziale. Un analogo cumulo formale di rapporti di lavoro autonomo e subordinato si verifica nel caso, meno frequente, del dirigente o impiegato che assume anche la veste di agente di commercio per la stessa impresa da cui dipende.

L'ammissibilità di questa prassi è da tempo riconosciuta dalla giurisprudenza (105), a condizione però che sia netta e

non fittizia la distinzione tra le prestazioni che sono oggetto dell'uno e dell'altro rapporto, nonché tra i rispettivi tempi di esecuzione (106). Questo orientamento appare pienamente condivisibile: non vi è alcuna ragione logica per escludere che lo stesso lavoratore possa genuinamente obbligarsi nei confronti di uno stesso datore di lavoro a svolgere una determinata prestazione con vincolo di obbedienza e un'altra prestazione, nettamente distinta, in regime di autonomia. Ma quando la distinzione fra le due attività non è sufficientemente netta, l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo in relazione a una di esse può diventare fonte di presunzione di un analogo assoggettamento anche in relazione all'altra; e, viceversa, l'accertata libertà dal vincolo di obbedienza nello svolgimento dell'una ben può talora far presumere la libertà dal vincolo anche nello svolgimento dell'altra. Così, ad esempio, se l'attività formalmente qualificata come « agenzia » si coniuga e si intreccia inestricabilmente con una attività di commesso viaggiatore sicuramente subordinata, è difficile ammettere che l'obbligo di obbedienza non si estenda in realtà a entrambe. Se tra un lavoratore e un imprenditore possono intercorrere contemporaneamente due rapporti, uno di lavoro subordinato e uno di lavoro autonomo, dovrebbe a mio avviso ammettersi anche — entro gli stessi limiti e con le stesse cautele — che le due prestazioni possano essere oggetto di un solo contratto: cioè che il lavoratore si obblighi allo svolgimento delle due prestazioni con un unico negozio, nel quale le prestazioni stesse siano causalmente collegate ancorché nettamente distinte tra loro (si pensi al caso non infrequente del contratto con il quale un *manager* viene assunto come dirigente impegnandosi contestualmente ad assumere la posizione di membro del consiglio di amministrazione, con la clausola che la cessazione di una delle due posizioni comporterà la cessazione anche dell'altra). Un siffatto contratto può forse essere classificato come contratto misto, di lavoro autonomo e di lavoro subordinato. Ma deve essere ben chiaro che la commistione dei due tipi legali in un solo contratto è possibile soltanto in quanto questo abbia per oggetto due prestazioni lavorative tra loro nettamente distinte; che se invece così non fosse, la stessa commistione non potrebbe verificarsi in riferimento a un'unica prestazione, dal momento che la sussistenza in essa dei tratti essenziali del tipo legale del lavoro subordinato esclude per definizione che possano contemporaneamente ricorrere anche i caratteri essenziali del lavoro autonomo, e viceversa. Ne consegue anche che, ammessa la configurabilità di un contratto di lavoro misto, questo non può in alcun caso significare regolamentazione mista o composita di una stessa prestazione (107).

Una ipotesi particolare di contratto misto è quella del contratto nel quale agli elementi essenziali del lavoro subordinato si aggiungono gli elementi essenziali di un contratto agrario di concessione di fondo rustico. Questa ipotesi è prevista e specificamente disciplinata dal 5° comma dell'art. 13 della legge 15 settembre 1964 n. 756, che prevede in tal caso l'assoggettamento del contratto misto rispettivamente alla sola disciplina lavoristica o alla sola disciplina agraria, a seconda che in esso assumano peso dominante gli elementi propri dell'un tipo o dell'altro. Qui non si verifica una commistione (giuridicamente impossibile, come si è detto) di lavoro autonomo e lavoro subordinato nell'ambito di una sola prestazione, bensì la coniugazione nello stesso contratto di una prestazione di lavoro subordinato e di prestazioni di natura diversa; la norma legislativa citata attiene non alla qualificazione del rapporto, ma alla disciplina ad esso applicabile. Data la specialità della materia, la norma stessa non può a mio avviso trovare applicazione al di fuori della materia agraria per la quale è stata dettata (108).

92. Possibilità di mutamento dell'assetto negoziale in corso di rapporto. — La rilevanza della volontà negoziale delle parti circa l'assetto delle reciproche obbligazioni non esclude affatto la possibilità che l'assetto stesso muti sostanzialmente durante lo svolgimento del rapporto: è possibile, al contrario, che l'accordo originario circa uno o più elementi essenziali dell'uno o dell'altro tipo contrattuale venga sostituito nel corso del rapporto da un diverso accordo circa lo stesso o gli stessi elementi, con la conseguente novazione oggettiva dell'obbligazione lavorativa e lo snaturamento del contratto (109). E può considerarsi altresì ormai pacifica la possibilità che tale mutamento avvenga anche in forma tacita (110).

Così, ad esempio, può accadere che le parti inizialmente pattuiscano, con piena genuinità di intenti, l'esclusione dell'assoggettamento della prestazione al potere direttivo del creditore (con conseguente corretta qualificazione del contratto originario come contratto di lavoro autonomo), ma che poi, nel concreto svolgimento della collaborazione, esse sperimentino l'opportunità di quell'assoggettamento ai fini della produttività del lavoro, e convengano esplicitamente — o, come sovente accade, tacitamente — di mutare in tal senso la struttura dell'obbligazione lavorativa. Analogamente può accadere il contrario (111): si pensi, ad esempio, al caso del cottimista assunto in un primo tempo come lavoratore subordinato, il quale poi col passare del tempo prenda ad avvalersi di una organizzazione di mezzi sempre più ingente, fino a trasformarsi in un appaltatore; oppure al caso (previsto e disciplinato per l'aspetto previdenziale dalla legge 27 dicembre 1953 n. 967, art. 3, 3° c. aggiunto dall'art. 4 della legge 15 marzo 1973 n. 44) del lavoratore inizialmente assunto come dirigente subordinato che, assunta la carica di amministratore della società datrice di lavoro, prosegua la propria collaborazione in forma autonoma.

La novazione deve, ovviamente, essere provata in modo rigoroso da chi vi abbia interesse; e valgono in proposito tutte le considerazioni già svolte circa l'esclusiva rilevanza dell'intendimento *effettivo* delle parti, sia in riferimento all'assetto originario del rapporto, sia in riferimento all'assetto nuovo.

Per altro verso, l'accertamento di un determinato assetto negoziale del rapporto in una sua fase non comporta necessariamente l'esclusione di un suo diverso assetto in una fase precedente; ne consegue che l'eventuale contrasto fra l'assetto negoziale accertato in riferimento a una fase intermedia o finale e l'assetto dichiarato dalle parti all'inizio del rapporto non comporta automaticamente la qualificazione della dichiarazione originaria in termini di simulazione. È evidente, tuttavia, come l'accertamento relativo a una fase del rapporto ben possa costituire valido fondamento per una presunzione circa la fase precedente.

93. Il ruolo sussidiario dell'equità nel procedimento qualificatorio. — A norma dell'art. 1371 c.c., « qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo [artt. 1362-1370], il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso » (112).

Va subito sottolineato, in proposito, il carattere sussidiario che il codice esplicitamente attribuisce a questo criterio equitativo: a esso può farsi ricorso soltanto quando ogni altro criterio ermeneutico si sia rivelato inidoneo a chiarire la volontà effettiva delle parti rilevante per la qualificazione del contratto. Non è dunque dall'art. 1371 c.c. che può trarre fondamento o giustificazione la tendenza, là dove essa si manifesta, a sacrificare sull'altare dell'equità il principio di autonomia privata in materia di scelta dell'assetto negoziale in cui dedurre l'attività lavorativa personale: la norma in esame non si pone come limite all'autonomia privata, bensì come fonte di una presunzione circa il contenuto dell'atto di autonomia privata, operante nei casi in cui il contenuto stesso non sia altrimenti determinabile. Il criterio dell'equo contemperamento ex art. 1371 c.c., essendo criterio di interpretazione integrativa della volontà negoziale, impone di prendere in considerazione tutti i dati parziali disponibili circa l'assetto dei reciproci interessi effettivamente perseguito dalle parti, e *soltanto quelli*, al fine di un « completamento del quadro » il più possibile armonico ed equilibrato. Un rilievo di primo piano può e deve essere attribuito, a tal fine, all'entità del compenso pattuito: in presenza di un compenso notevolmente superiore alle retribuzioni correnti dei lavoratori subordinati, a parità di contenuto professionale della prestazione, è ragionevole ritenere, sulla base della presunzione dell'equo contemperamento (difettando in ipotesi altri dati sulla struttura negoziale del rapporto), che l'accordo tra le parti sia nel senso dell'autonomia della prestazione, dati i maggiori oneri e rischi che questa comporta a carico del lavoratore e i corrispondenti vantaggi contrattuali per il committente (113); viceversa la pattuizione di un compenso che si collochi al livello delle retribuzioni correnti dei lavoratori subordinati mal si concilia, sul piano dell'equo contemperamento, con l'assunzione da parte del lavoratore dei rischi propri del lavoro autonomo.

Si osservi peraltro come, in questo ordine di idee, l'attribuzione al lavoratore di taluni benefici caratteristici del rapporto di lavoro subordinato (ad esempio: la pattuizione della conservazione del posto in caso di malattia, la garanzia di un periodo di riposo annuale, la previsione di un preavviso di recesso) non costituisca affatto, di per sé, un buon motivo per considerare il lavoratore stesso come subordinato: quando tali benefici si aggiungano a un compenso notevolmente elevato, essi contribuiscono semmai, alla stregua del criterio equitativo di cui all'art. 1371 c.c., a rafforzare la presunzione contraria.

94. Il gioco delle presunzioni e la ripartizione dell'onere probatorio. — Sul terreno dell'accertamento presuntivo della volontà negoziale effettiva delle parti circa gli elementi essenziali del rapporto si svolge la parte più delicata del lavoro dell'interprete. In questa come in ogni altra fase dell'operazione qualificatoria, egli deve astenersi dal piegare i criteri logici dell'accertamento presuntivo e le regole circa la distribuzione dell'onere probatorio alle esigenze di un preteso, ma in realtà inesistente, *favor* dell'ordinamento per la qualificazione della prestazione come subordinata (114). L'unica regola generale, in questa materia, è quella processuale per la quale l'onere della prova su di un fatto grava sulla parte che su di esso fonda la propria domanda o la propria eccezione (115). Se l'attore — per lo più il lavoratore, o l'istituto previdenziale — rivendica il riconoscimento della natura subordinata (o autonoma) del rapporto, su di lui grava l'onere di provare, anche per mezzo delle presunzioni di cui si è detto nei paragrafi precedenti, la sussistenza degli elementi essenziali della subordinazione (o dell'autonomia) (116). Qualora egli non riesca ad assolvere l'onere probatorio, il giudice non potrà far altro che respingere la domanda; ma non potrà spingersi a dichiarare, all'inverso, la natura autonoma (o subordinata) del rapporto, se la controparte non avrà fornito a sua volta la prova in proposito o questa non sia comunque emersa dall'istruttoria; e ben possono darsi casi in cui la prova non viene raggiunta né in un senso né nell'altro.

Salva la regola generale circa la ripartizione dell'onere probatorio in giudizio, il gioco complesso delle presunzioni circa la sussistenza o no di questo o quell'elemento essenziale dell'uno o dell'altro tipo legale — tutte presunzioni semplici, superabili mediante prova contraria — non è suscettibile di essere ricondotto ad alcuna regola generale circa il regime dell'onere probatorio: a seconda della configurazione specifica del caso concreto, l'una o l'altra parte può trovarsi a dover vincere una presunzione a essa contraria. Il che è quanto dire che in questa materia non sembrano potersi individuare *presunzioni giurisprudenziali* (presunzioni, cioè, assimilabili alle presunzioni legali relative), cui consegua *a priori* l'inversione dell'onere della prova (117); e resta senz'altro attuale il vecchio insegnamento secondo il quale le presunzioni semplici, proprio in quanto tali, non possono « svincolarsi dal singolo processo, sì da contribuire a fondare un edificio sistematico valido anche, in generale, per i rapporti instaurati fra parti diverse » (118).

Sezione II

PLURALITÀ DEI TIPI LEGALI DEL LAVORO PROTETTO DALL'ORDINAMENTO

Sommario: 95. La prospettiva della pluralità dei tipi legali del lavoro subordinato. — 96. La prospettiva del passaggio a una pluralità dei tipi legali del lavoro protetto, fra i poli estremi della subordinazione piena e della piena autonomia. — 97. La discrezionalità del legislatore nella determinazione dei criteri di qualificazione delle prestazioni lavorative e le sentenze della Corte costituzionale n. 121/1993 e n. 115/1994.

95. La prospettiva della pluralità dei tipi legali del lavoro subordinato. — Vedremo nelle pagine seguenti come alcune leggi posteriori al codice civile abbiano introdotto nell'ordinamento delle figure nuove di lavoro indicato come subordinato — in particolare quella del « lavoro subordinato a domicilio » e quella del « lavoro subordinato sportivo » —, parzialmente non coincidenti con quella del lavoro subordinato nell'impresa definita dall'art. 2094, poiché fra i tratti individuatori di quelle figure nuove non compare l'assoggettamento pieno a eterodirezione e ne compaiono invece altri, non previsti dall'art. 2094; vedremo, del resto, come nello stesso codice si trovi tipizzata una fattispecie di lavoro dipendente — quella del lavoro domestico — che anch'essa è individuata solo in parte da elementi essenziali propri del lavoro subordinato nell'impresa, ma non da tutti e non solo da quelli. Tra la grande area del lavoro subordinato e la grande area del lavoro autonomo non può dunque tracciarsi una linea retta di demarcazione teorica: in nessuno dei tratti distintivi dell'una o dell'altra fattispecie astratta può individuarsi un elemento o insieme di elementi universalmente necessari e sufficienti per la qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata. Pur non essendo, pertanto, possibile elaborare una nozione del lavoro subordinato unitaria, suscettibile di assurgere al ruolo di tipo legale onnicomprensivo, è però possibile configurare quella nozione come un insieme articolato di tipi legali distinti e individuare i diversi criteri di qualificazione di volta in volta applicabili (119).

Da questa prospettiva ricostruttiva dissentono alcuni Autori, i quali sostengono la riconducibilità di tutte le figure nuove definite e disciplinate da norme speciali, di cui si dirà nelle pagine seguenti, al tipo legale di cui all'art. 2094; ma per poter sostenere questa tesi essi devono « pagare il prezzo » dell'obliterazione di un elemento essenziale di quel tipo legale: eliminare cioè, come requisito necessario per il configurarsi del lavoro subordinato, l'assoggettamento pieno della prestazione al potere direttivo del creditore; caduto l'elemento dell'eterodirezione, la « figura generale del lavoro subordinato », capace di ricomprendere in sé quali sottotipi anche il lavoro a domicilio, il lavoro sportivo dell'atleta, il lavoro domestico e tutti gli altri di cui si dirà nelle pagine che seguono, verrebbe così a essere identificata dal solo elemento della « dipendenza », o da quello dell'« inserimento » (120). Senonché abbiamo visto sopra (rispettivamente §§ 80 e 82) come entrambi questi elementi siano di per sé compatibili con il carattere autonomo della prestazione e non possano quindi bastare per l'individuazione di una — sia pur generica — nozione onnicomprensiva di subordinazione.

96. La prospettiva del passaggio a una pluralità dei tipi legali del lavoro protetto, fra i poli estremi della subordinazione piena e della piena autonomia. — Abbandonata, dunque, l'idea che tutti i rapporti di lavoro nominati dalla legge come rapporti di lavoro subordinato possano essere ricondotti a una nozione unitaria, sia essa quella di cui all'art. 2094 c.c. o un'altra più ampia elaborata dalla dottrina, rispetto alla quale il « lavoro subordinato nell'impresa » venga a costituire un sottotipo (121), sorge il dubbio se sia ancora opportuno ricomprendere in una categoria generale intitolata al « lavoro subordinato » i rapporti di lavoro nei quali viene meno l'elemento essenziale dell'assoggettamento della prestazione al potere direttivo del creditore. Non è forse più logico, a questo punto, disattendere il *nomen* attribuito a questi rapporti dal legislatore, secondo la tesi proposta con notevole preveggenza da una Autrice verso la fine degli anni '80 (122), per ricomprenderli nella vasta e accogliente categoria del lavoro parasubordinato — o meglio nella ancor più vasta categoria del lavoro a carattere personale e continuativo — salvo applicare a ciascuno di essi la disciplina speciale che la legge per esso detta?

A quella tesi avevo obiettato, nella mia prima trattazione su questo argomento, che l'ordinamento non si limitava ad attribuire il *nomen* del lavoro subordinato a tutti questi rapporti speciali non caratterizzati dall'assoggettamento pieno a eterodirezione, ma estendeva a essi — escludendone invece tutta l'area del lavoro autonomo — un vasto sistema di disciplina e tutela, nel quale spiccava per importanza, estensione e peso economico-sociale il regime dell'assicurazione pensionistica obbligatoria: mi pareva che le discipline speciali dettate in riferimento a singoli tipi di rapporto non generassero differenziazioni di entità tale da far perdere di vista la ben maggiore differenza complessiva di disciplina che correva tra l'insieme dei rapporti di lavoro autonomo e l'insieme di quelli di lavoro subordinato (123). In altre parole, il mondo del lavoro era ancora diviso in due parti troppo nettamente distinte sotto il profilo della disciplina applicabile e troppo strettamente contigue dal punto di vista tassonomico, perché residuasse spazio per un *tertium genus* dotato di una propria apprezzabile identità rispetto alle due categorie maggiori. A quell'epoca il c.d. lavoro parasubordinato era quasi interamente sottratto alla disciplina generale del lavoro subordinato, e in particolare a quella previdenziale: accomunare in una categoria distinta dalle due maggiori il lavoro parasubordinato e — per esempio — il lavoro « subordinato » a domicilio avrebbe significato mettere insieme due rapporti di lavoro disciplinati in modo troppo profondamente differente. Allora era probabilmente un'operazione prematura.

Oggi, dopo che l'obbligo dell'assicurazione pensionistica e antiinfortunistica obbligatoria è stato esteso anche al lavoro parasubordinato (§ 89), con la conseguente assunzione di un'importanza di primo piano da parte di questa categoria (di cui si censiscono in Italia circa due milioni di appartenenti) come *tertium genus* tra quella del lavoro subordinato e quella del lavoro autonomo, la riflessione sulle tendenze dell'ordinamento mi porta a valorizzare l'intuizione che dieci anni fa mi era parso di dover respingere. Resta vero, oggi come allora, che alla collocazione legislativa nella grande categoria del lavoro (indicato come) « subordinato » di alcuni rapporti speciali non caratterizzati da assoggettamento pieno della prestazione a eterodirezione (dei quali parleremo nelle sezioni seguenti) corrispondono alcune conseguenze assai rilevanti sul piano della disciplina dei rapporti stessi, che li assimilano per questo aspetto al tipo legale maggiore del lavoro subordinato nell'impresa di cui all'art. 2094 c.c.; ma la presenza ormai conclamata di una importante categoria intermedia fra le due del lavoro autonomo e del lavoro subordinato nella loro rispettiva configurazione tradizionale, nonché la tendenza altrettanto conclamata del legislatore a incrementare questa categoria intermedia, anche in funzione di una redistribuzione generale delle tutele, inducono a non considerare più la subordinazione come « chiave che permette l'accesso alla disciplina giuslavoristica » (124), a svalutare quindi l'attributo della

« subordinazione » assegnato nei decenni passati dalla legge ai rapporti speciali qui in esame e a considerare questi ultimi invece come altrettanti componenti di una ampia gamma di tipi legali che vanno da quello del lavoro subordinato nell'impresa di cui all'art. 2094 c.c. (tuttora — ma forse non per molto tempo ancora — quantitativamente maggioritario) a quello del contratto di lavoro autonomo di cui all'art. 2222, passando per il lavoro a domicilio « dipendente » (non necessariamente assoggettato a eterodirezione piena), il lavoro decentrato non manifatturiero e in particolare il tele-lavoro, il lavoro sportivo o nello spettacolo, il lavoro domestico, le collaborazioni coordinate e continuative, e tante altre figure minori (125). Resta aperta e relevantissima, in tutti i casi menzionati, la questione della distinzione fra i rapporti che secondo la vecchia terminologia vanno qualificati come di lavoro « subordinato » — oggi potremmo dire, con maggiore precisione, « dipendente » — e quelli che invece hanno per oggetto una prestazione di lavoro schiettamente autonoma; ma in nessuno dei tipi legali che esamineremo assume rilievo come elemento essenziale l'assoggettamento pieno della prestazione a eterodirezione, mentre assume rilievo di volta in volta un rapporto di « dipendenza » tra datore e prestatore di lavoro, via via individuato da elementi diversi.

97. *La discrezionalità del legislatore nella determinazione dei criteri di qualificazione delle prestazioni lavorative e le sentenze della Corte costituzionale n. 121/1993 e n. 115/1994.* — L'idea stessa della possibile diversificazione dei criteri di qualificazione delle prestazioni lavorative in relazione a differenti tipi legali di lavoro subordinato è parsa essere messa radicalmente in discussione dalle sentenze del 1993 e del 1994 (126) nelle quali la Corte costituzionale ha affermato — in motivazione — che « non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti *che oggettivamente abbiano tale natura*, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato » (127).

Isolata dal resto della motivazione delle due sentenze, questa massima parrebbe presupporre l'esistenza di una nozione di lavoro subordinato direttamente fondata sulla Costituzione, alla quale la Costituzione stessa riconnetta i « principi, garanzie e diritti » di cui agli artt. 35 e seguenti: donde un divieto per il legislatore ordinario di modificare in tutto o in parte la definizione del tipo legale rispetto a quella nozione, di spostare in tutto o in parte la linea di confine tra lavoro autonomo e lavoro subordinato. Senonché abbiamo visto (cap. I) come il concetto di lavoro meritevole di protezione a cui la Costituzione fa riferimento nel titolo III sia per taluni aspetti più ampio rispetto a quello di lavoro subordinato definito dall'art. 2094 c.c., per altri aspetti più ristretto; e come della diversa estensione dei due concetti si trovi qualche conferma nella giurisprudenza stessa della Corte costituzionale. Ma ciò che più conta, per la parte del discorso che qui interessa, è che una nozione di « lavoro subordinato » (la quale certamente non può identificarsi con quella di lavoro meritevole di protezione) non può in alcun modo dedursi né dalla Costituzione, né dalla giurisprudenza costituzionale, le quali nulla dicono in proposito: onde l'affermazione secondo la quale il legislatore ordinario sarebbe vincolato al mantenimento della coincidenza del tipo legale del rapporto di lavoro subordinato con quella nozione — se questo davvero avesse voluto dire con le due sentenze menzionate la Corte costituzionale — sarebbe radicalmente priva di significato (128).

Potrebbe, invece, sensatamente interpretarsi l'intendimento della Corte costituzionale nel senso che, una volta definito il tipo legale, ovvero stabiliti criteri netti di distinzione fra lavoro subordinato (oggetto di protezione) e lavoro autonomo (sottratto a ogni intervento protettivo), al legislatore ordinario sia inibito di differenziare tali criteri in riferimento a particolari settori o fattispecie; ma anche questa lettura delle sentenze del 1993 e 1994 mal si concilia con la parte restante della giurisprudenza della Consulta: in tutte le sentenze nelle quali la Corte ha fornito indicazioni circa la portata concreta e il campo di applicazione delle tutele disposte dal titolo III della Costituzione, a ben vedere, si manifesta — sia pure, di volta in volta, con diversa incisività e precisione di enunciati — l'intendimento di estendere quelle tutele, con le opportune graduazioni, a tutti i rapporti di lavoro che, per la loro struttura intrinseca o per le circostanze, presentino l'esigenza di protezione del lavoratore che è caratteristica ma non esclusiva del rapporto di lavoro subordinato, e viceversa l'intendimento di disapplicare in tutto o in parte quelle tutele là dove le caratteristiche particolari del rapporto lo consigliano (si pensi alla giurisprudenza costituzionale in materia di rapporto di lavoro dirigenziale o di rapporto di lavoro domestico) (129).

Cio che probabilmente la Corte ha inteso affermare con le due sentenze in esame — e che corrisponde, del resto, precisamente all'affermazione testuale in esse contenuta — è il divieto per il legislatore di alterare i criteri di qualificazione dei rapporti di lavoro quando a tale alterazione consegua la disapplicazione delle tutele costituzionali in riferimento a rapporti di lavoro che per la loro struttura o per le circostanze ne siano invece oggettivamente meritevoli: dove il riferimento alla meritevolezza oggettiva di protezione non può che essere inteso nel senso pre-giuridico che abbiamo precisato all'inizio di questa trattazione (§§ 4-9) e sul quale torneremo nel prosieguo (§ 153). Ne risulta così consentita, e anzi confermata nella sua piena coerenza con i principi costituzionali, non soltanto la scelta del legislatore ordinario di differenziare in relazione a situazioni strutturalmente differenti i criteri di distinzione fra lavoro subordinato e lavoro autonomo, dando vita pertanto a tipi legali diversi di lavoro subordinato in diversi settori del tessuto produttivo, bensì anche la scelta di estendere alcune tutele tradizionalmente proprie del lavoro subordinato a rapporti di lavoro di diversa struttura giuridica, nonché la scelta di escludere da alcune tutele determinati rapporti che invece sono di per sé qualificabili come rapporti di lavoro subordinato (130).

IL LAVORO DECENTRATO

Sommario: 98. Il « lavoro subordinato a domicilio », secondo la definizione che ne dà la legge n. 877/1973. — 99. Rilevanza, ai fini della qualificazione, del carattere non meramente occasionale della prestazione a domicilio. — 100. La disciplina speciale del lavoro a domicilio manifatturiero « subordinato ». — 101. Il lavoro decentrato non manifatturiero. — 102. Coordinamento sistematico fra l'art. 1 della legge n. 877/1973 e l'art. 2094 c.c.. — 103. Il requisito dell'appartenenza dell'attività lavorativa decentrata non manifatturiera al settore produttivo del committente. — 104. Problemi particolari in tema di qualificazione del tele-lavoro.

98. *Il « lavoro subordinato a domicilio », secondo la definizione che ne dà la legge n. 877/1973.* — Per « lavoro a domicilio » deve intendersi, secondo l'art. 1 della legge 18 dicembre 1973 n. 877, il « lavoro retribuito », prevalentemente personale (c. 1°) (131), prestato dal lavoratore presso la propria abitazione o in altro locale di cui abbia la disponibilità, purché non si tratti di locale « di pertinenza dell'imprenditore » committente (c. 3°). Quando la prestazione abbia queste caratteristiche, essa può essere qualificata come « subordinata » — al fine dell'applicazione della disciplina speciale contenuta nella legge del 1973 e, in quanto compatibile, dalla disciplina generale di cui agli artt. 2096-2127 c.c., in virtù del rinvio operato dall'art. 2128 — a condizione che essa abbia per oggetto un'attività consistente « nell'esecuzione parziale, nel completamento o nell'intera lavorazione di prodotti oggetto dell'attività dell'imprenditore committente » e che il lavoratore sia « tenuto ad osservare le direttive dell'imprenditore circa le modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere » (c. 2°), dovendo considerarsi irrilevante sia la totale mancanza di coordinamento spazio-temporale della prestazione stessa rispetto all'organizzazione aziendale del committente, sia l'eventuale titolarità delle attrezzature e delle materie prime in capo al lavoratore (ancora c. 1°) (132).

Possono essere subito sottolineati i due elementi essenziali della definizione: anche qui, come nel tipo definito dall'art. 2094 c.c., è indicata quale elemento essenziale della fattispecie la natura imprenditoriale dell'attività svolta dal creditore (133); a questo elemento si collega poi quello, parimenti essenziale, della corrispondenza stretta fra l'oggetto dell'attività lavorativa dedotta in contratto e quello dell'attività produttiva propria dell'imprenditore, che sembra sostituire, nel lavoro a domicilio, l'inserimento fisico nell'azienda, proprio del lavoro subordinato nell'impresa (§ 86), individuando così una specie particolare di « dipendenza » della prestazione dall'impresa (134).

Un terzo tratto individuatore del lavoro a domicilio « subordinato » è costituito dal vincolo per il prestatore di attenersi alle direttive impartite preventivamente dal committente circa le modalità di svolgimento del lavoro e/o la conformità del prodotto o del semilavorato a un modello. Appare evidente cioè che distingue questo vincolo da quello dell'eterodirezione di cui all'art. 2094 c.c.: nel lavoro a domicilio non è necessario, perché la prestazione possa considerarsi subordinata, che essa sia assoggettata al potere del creditore di intervenire in qualsiasi momento su di essa (§§ 81 e 84), essendo sufficiente che essa sia vincolata a direttive predeterminate una volta per tutte (135). Assume qui rilievo, pertanto, ai fini della qualificazione del rapporto, un concetto speciale di eterodirezione; e a ben vedere la specialità del concetto è logicamente connessa con l'assenza di quel vincolo di coordinamento temporale della prestazione, che abbiamo visto caratterizzare il tipo legale di cui all'art. 2094 c.c. (§ 86) (136): quando il prestatore sia libero di determinare a suo piacimento le modalità temporali, oltre che spaziali, di svolgimento dell'attività dedotta in contratto, un potere contrattuale del creditore di intervenire in qualsiasi momento sui tempi e i modi interni della prestazione è ipotizzabile soltanto nella forma del controllo informatico su di una prestazione svolta mediante videoterminale (v. ancora § 86). D'altra parte, il carattere meno penetrante dell'eterodirezione che qui viene in rilievo fa sì che essa assuma sul piano pratico un valore assai più modesto, ai fini della qualificazione delle fattispecie concrete, rispetto a quanto può dirsi dell'eterodirezione piena di cui all'art. 2094 c.c.: valore decisivo assumono per lo più gli altri tratti distintivi del tipo legale, dei quali si è già detto (137).

Ciò non significa affatto che non possa qualificarsi come rapporto di lavoro a domicilio dipendente *anche* il rapporto nel quale, in aggiunta agli altri tratti distintivi sopra esaminati, si configuri altresì un assoggettamento pieno della prestazione al potere direttivo del creditore: ciò che si vuole sottolineare è soltanto che tale assoggettamento pieno non costituisce qui elemento necessario del tipo.

Così definito (e ridotto) il potere direttivo del creditore quale elemento essenziale del rapporto di lavoro subordinato a domicilio, è evidente come dallo stesso elemento non possa dedursi il carattere necessariamente continuativo (in senso tecnico) della prestazione (138): il vincolo di conformità del lavoro a direttive predeterminate e/o a un modello ben può conciliarsi con l'articolazione della prestazione in segmenti in sé indivisibili (le frazioni di attività necessarie per produrre i singoli « pezzi » di prodotto o semilavorato). Donde la possibilità che sia qualificata come « subordinata », a norma dell'art. 1 della legge del 1973, anche la prestazione di lavoro a domicilio a carattere periodico, cioè non *illimitatamente* divisibile in ragione del tempo (139).

99. *Rilevanza, ai fini della qualificazione, del carattere non meramente occasionale della prestazione a domicilio.* —

Nella mia precedente trattazione su questo argomento ho sostenuto che ai tratti individuatori di cui si è detto nel paragrafo precedente (personalità, omogeneità rispetto all'attività produttiva dell'imprenditore committente e assoggettamento a direttive preventive) non si aggiunge, ai fini della qualificazione del lavoro a domicilio manifatturiero come « subordinato », anche il carattere della non occasionalità della prestazione, ovvero della sua apprezzabile estensione temporale (140); fondavo questa affermazione su di una lettura del secondo comma dell'art. 11

della legge del 1973 (sul quale torneremo nel paragrafo seguente), che, a distanza di quasi un decennio, non mi convince più: mi sembra che il legislatore con questa norma non abbia inteso, neppure implicitamente, ammettere la qualificabilità come lavoro a domicilio dipendente della prestazione a carattere meramente occasionale, priva di una apprezzabile estensione nel tempo.

Viceversa, mi sembra che anche in riferimento al lavoro a domicilio manifatturiero, così come in riferimento al lavoro a domicilio non manifatturiero (§ 102) e alle altre fattispecie non riconducibili al tipo legale maggiore di cui all'art. 2094 c.c. (§ 111), debba essere valorizzato l'orientamento giurisprudenziale che, ai fini della qualificazione della prestazione lavorativa, attribuisce rilevanza alla sua estensione nel tempo (« continuità » in senso atecnico): tale orientamento corrisponde non soltanto al buon senso comune, ma anche alle elaborazioni che ci vengono proposte dalla scienza economica, che individuano nella « continuità » e nell'esclusività o prevalenza della prestazione altrettanti fattori di « dipendenza » del prestatore e di sua debolezza contrattuale nei confronti del committente (§§ 4 e 10). Se è vero che questo non basta per aggiungere l'elemento della « non occasionalità » ai tratti individuatori del tipo legale di cui all'art. 2094, poiché nel campo del « lavoro subordinato nell'impresa » è la legge stessa che prevede espressamente la configurabilità di una prestazione subordinata di durata brevissima, anche di una sola giornata (legge 18 aprile 1962 n. 230 sui contratti a termine, art. 1, 5° c.), vi sono invece buoni motivi per ritenere che quell'elemento possa assumere il valore di tratto individuatore di *altri* tipi legali di lavoro dipendente: vedremo (§ 106) come ciò sia addirittura esplicitamente previsto dalla legge in riferimento al lavoro sportivo. Le (peraltro rare) pronunce giurisprudenziali sul punto non sono però univoche (141).

Deve comunque escludersi che la prestazione a domicilio « subordinata » possa avere per oggetto la sola esecuzione di un singolo manufatto: sembra ragionevole ritenere che il contratto di lavoro subordinato a domicilio debba in ogni caso configurarsi almeno come contratto *di durata* (ancorché, eventualmente, a termine), e quindi avere a oggetto, se non una prestazione continuativa in senso tecnico, almeno l'esecuzione di una pluralità di manufatti, con affidamento del creditore sull'estensione nel tempo (per quanto eventualmente limitata) dell'obbligo del lavoratore (142). E deve comunque, a mio avviso, applicarsi in questa materia una presunzione di unitarietà dell'obbligazione lavorativa — e quindi una sua configurabilità come prestazione di durata — nel caso della successione di più commesse di lavoro tra le stesse parti, con apprezzabile reiterazione nel tempo.

100. *La disciplina speciale del lavoro a domicilio manifatturiero « subordinato ».* — L'art. 2 della legge n. 877/1973 vieta che siano dedotte in un contratto di lavoro a domicilio, subordinato o autonomo, attività che « comportino l'impiego di sostanze o materiali nocivi o pericolosi per la salute o l'incolumità del lavoratore o dei suoi familiari » (c. 1°). Vieta inoltre di avvalersi di lavoro a domicilio — e anche qui la formulazione testuale della norma sembra non distinguere fra lavoro subordinato e lavoro autonomo — alle imprese che nell'anno precedente abbiano attuato licenziamenti collettivi o sospensioni dal lavoro (c. 2°); appare coerente con la *ratio* della norma l'interpretazione secondo cui il divieto è limitato alle mansioni corrispondenti a quelle dei lavoratori che hanno subito il licenziamento o la sospensione dal lavoro.

A norma dell'art. 3, i datori di lavoro che intendano avvalersi di lavoro a domicilio devono iscriversi in un apposito registro tenuto dall'ufficio provinciale del lavoro. Ora anche questa specifica funzione, pur non specificamente menzionata nella legge n. 469/1997 — v. § 27 — deve intendersi trasferita dall'amministrazione statale a quella regionale, tenuto conto di quanto disposto dagli artt. 1 e 2, 1° c., lett. g, della stessa legge, con cui si trasferiscono alle Regioni le funzioni in materia di collocamento dei lavoratori a domicilio (precedentemente disciplinate dagli artt. 4, 5, 6 e 7 della legge del 1973).

L'art. 8 prevede che i lavoratori a domicilio siano retribuiti « sulla base di tariffe di cottimo pieno »: l'assenza di un vincolo circa l'estensione temporale della prestazione nell'unità di tempo (giorno, settimana o mese) giustifica questa eccezione alla regola — di cui parleremo a suo luogo — che vieta in linea generale il cottimo pieno per il lavoratore subordinato, imponendo la garanzia di una parte almeno della retribuzione che non vari con il variare della quantità del prodotto (c.d. « cottimo misto »). Qualora la tariffa di cottimo non sia determinata da un contratto collettivo applicabile, essa deve essere determinata da una apposita commissione paritetica regionale (c. 2°), o, in difetto, dal direttore dell'ufficio regionale del lavoro (c. 4°: è dubbio che questa funzione possa considerarsi anch'essa trasferita alle Regioni per effetto della citata legge n. 469/1997).

Ai rapporti di lavoro subordinato a domicilio si applicano le norme vigenti per i lavoratori subordinati ordinari in materia di assicurazioni sociali (escluse però quelle relative alla Cassa integrazione guadagni), con i necessari adattamenti stabiliti con decreto dal ministero del lavoro (art. 9). Si discute dell'applicabilità ai lavoratori a domicilio, che abbiano subito un licenziamento collettivo, del trattamento di mobilità previsto dalla legge n. 223/1991 (143). Ogni lavoratore a domicilio deve essere munito di un apposito « libretto di controllo », nel quale deve essere annotata « la data e l'ora di consegna del lavoro affidato dall'imprenditore, la descrizione del lavoro da eseguire, la specificazione della quantità e della qualità del lavoro da eseguire, ... della quantità e della qualità dei materiali consegnati, la indicazione della retribuzione, dell'ammontare delle eventuali anticipazioni, nonché la data e l'ora della riconsegna del lavoro eseguito, la specificazione della quantità e qualità di esso, degli altri materiali eventualmente restituiti e l'indicazione della retribuzione corrisposta, dei singoli elementi di cui questa si compone e delle singole trattenute » (art. 10, 1° c.). È particolarmente evidente in questa norma il riferimento della disciplina speciale contenuta nella legge del 1973 al solo lavoro a domicilio manifatturiero.

Il lavoratore a domicilio, analogamente a quanto disposto dall'art. 2105 c.c. per la generalità dei lavoratori subordinati, è tenuto al segreto sui modelli del lavoro affidatogli (art. 11, c. 1°). Egli inoltre è vincolato all'obbligo di non

concorrenza nei confronti del proprio datore di lavoro, salvo che la quantità di lavoro affidatagli sia tale da non assorbire interamente la capacità lavorativa corrispondente all'orario normale di lavoro (c. 2°).

Prevale l'orientamento secondo cui al rapporto di lavoro a domicilio, quando esso sia caratterizzato da una « ragionevole continuità », sono applicabili le norme generali in materia di licenziamento (144), anche se l'assenza di una disciplina inderogabile concernente la continuità del flusso del lavoro affidato dal datore al prestatore indebolisce notevolmente qualsiasi garanzia di stabilità del rapporto.

La Raccomandazione 27 maggio 1998 della Commissione Europea — rilevato che quasi il 5% della forza-lavoro dell'Unione è impegnata in rapporti di lavoro decentrato — esorta gli Stati membri a ratificare la convenzione O.I.L. 20 giugno 1996 n. 177, la quale promuove la parità di trattamento dei lavoratori a domicilio rispetto alla generalità dei lavoratori, per quel che riguarda la libertà sindacale, l'età minima di lavoro, la tutela antidiscriminatoria, l'igiene e sicurezza del lavoro, la protezione della maternità, la previdenza sociale, l'accesso alle opportunità di formazione.

101. Il lavoro decentrato non manifatturiero. — La legge sul lavoro a domicilio è stata elaborata ed emanata in un'epoca in cui il lavoro manifatturiero a domicilio era la forma tipica e quasi esclusiva di decentramento dell'attività lavorativa individuale rispetto all'impresa: quando a essere decentrata era una attività diversa dal lavoro personale di confezione o di semilavorazione di capi di vestiario, minuteria metallica, bigiotteria, piccoli congegni meccanici o elettromeccanici, o altre simili manifatture leggere, la lontananza fisica dell'attività individuale dall'azienda del committente comportava quasi sempre che la prestazione assumesse con tutta evidenza il carattere dell'autoorganizzazione, della totale indipendenza, venendo meno, col coordinamento spazio-temporale della prestazione rispetto al resto dell'organizzazione del processo produttivo, anche la possibilità pratica del suo assoggettamento a un potere direttivo del datore. Prova ne sia che fino alla fine degli anni '70 né in dottrina né in giurisprudenza si è posto il problema della riconducibilità o no alla categoria giuridica del « lavoro subordinato a domicilio » di attività non manifatturiere del tipo di quelle per le quali è stato successivamente coniato il termine « telelavoro ».

Tale situazione ha incominciato a subire un profondo mutamento nel corso degli anni '80 con l'avvento delle nuove tecnologie informatiche e telematiche, che hanno consentito uno stretto e continuativo coordinamento con l'organizzazione del datore anche di attività lavorative intellettuali svincolate da qualsiasi forma di coordinamento spaziale o temporale: il lavoratore, collegato a distanza con il computer aziendale mediante un videoterminale allacciato alla rete telefonica, può ricevere dati e direttive « in tempo reale », e trasmetterne a sua volta, essendo pressoché totalmente indifferente il luogo — e talora anche il tempo — in cui la prestazione viene svolta. Il che consente il decentramento, senza rinuncia alla piena integrazione nell'organizzazione imprenditoriale, di qualsiasi attività suscettibile di essere svolta in collegamento con il computer aziendale (dalle attività di redazione, di controllo o di trattamento dattilografico di testi, a quelle di elaborazione di dati, di progettazione tecnica, di *design* industriale, di programmazione degli acquisti, di gestione delle vendite, ecc.): il telelavoro, appunto (145).

Se allo stretto coordinamento informatico/telematico si aggiunge, nel caso concreto, anche uno stretto coordinamento temporale (vincolo di orario) e un assoggettamento pieno della prestazione a eterodirezione, nel senso che l'imprenditore si riserva di impartire a distanza in qualsiasi momento al lavoratore disposizioni concernenti le modalità di esecuzione del lavoro, la prestazione può qualificarsi senz'altro come subordinata nel senso pieno di cui all'art. 2094 c.c. (§§ 81-86). Ma quando invece facciamo difetto il vincolo d'orario e/o l'assoggettamento del lavoratore a un obbligo di obbedienza continuativo — come del resto accade nel rapporto di lavoro a domicilio tradizionale (§ 98), la sussunzione del tele-lavoro nel tipo legale del « lavoro subordinato nell'impresa » appare impossibile anche sulla base di una interpretazione marcatamente evolutiva della definizione del tipo legale maggiore: occorrerebbe altrimenti sostenere che qualsiasi forma di coordinamento informatico/telematico configuri di per sé i requisiti della dipendenza e della eterodirezione, di cui all'art. 2094, il che porterebbe a conseguenze paradossali e assurde. Occorre dunque verificare se, nei casi in cui la sussunzione del tele-lavoro nel tipo legale maggiore non è possibile, sia possibile la sua sussunzione nel tipo legale desumibile dall'art. 1 della legge n. 877/1973.

Va osservato a questo proposito che il fenomeno del telelavoro è relativamente recente, ma certamente non nuovo è il fenomeno socio-economico a cui esso è riconducibile: cioè quella forma particolare di decentramento produttivo che consiste (non nello scorporo di una parte dell'attività imprenditoriale, che viene a costituire un'impresa a sé stante — §§ 114 e 117-118 —, ma) nell'isolamento fisico della singola prestazione lavorativa individuale rispetto al resto dell'organizzazione aziendale, con conseguente possibilità di più agevole elusione della disciplina protettiva del lavoro subordinato e del controllo sindacale su di esso. E non vi è dubbio che proprio a questo fenomeno economico-sociale, nonché alla relativa esigenza di un intervento protettivo speciale, sia essenzialmente destinata la legge del 1973 sul lavoro a domicilio. Onde appare più consona allo spirito della legge medesima distinguere in essa il lavoro a domicilio manifatturiero come « tipo normativo » (146) (corrispondente al modello socio-economico tradizionale, precipuamente considerato dal legislatore nel dettare la normativa), dal tipo legale desumibile dall'art. 1, in riferimento al quale — attribuendosi ai termini « lavorazione » e « prodotti » ivi contenuti il significato più ampio — può essere considerata irrilevante la natura (manifatturiera, di servizio o intellettuale) dell'attività dedotta in contratto (147). Con la conseguenza che il criterio speciale di qualificazione indicato dall'art. 1 non si applica soltanto al lavoro manifatturiero a domicilio, bensì anche alle nuove forme di lavoro a distanza: sconosciute al legislatore del 1973 ma sostanzialmente riconducibili allo stesso fenomeno socio-economico del decentramento produttivo di attività individuali per il quale la legge del 1973 è stata emanata.

La connotazione tradizionale del lavoro a domicilio come lavoro *operaio manifatturiero* perde così il valore di tratto

distintivo del tipo legale, riducendosi il suo ruolo all'individuazione di un sottotipo di lavoro decentrato dipendente. E può ragionevolmente sostenersi che al lavoro decentrato dipendente non rientrante nel sottotipo manifatturiero non si applichi la disciplina speciale propria di quest'ultimo, bensì quella propria del lavoro subordinato in generale, in quanto compatibile con l'assenza di coordinamento spazio-temporale della prestazione.

102. Coordinamento sistematico fra l'art. 1 della legge n. 877/1973 e l'art. 2094 c.c. — Il secondo comma dell'art. 1 della legge n. 877/1973 deve dunque essere interpretato come disposizione con la quale il legislatore, considerando una fattispecie di prestazione lavorativa non soggetta a coordinamento spazio-temporale rispetto al resto dell'organizzazione aziendale del creditore, con conseguente sua non riconducibilità al tipo di cui all'art. 2094 c.c., stabilisce gli elementi tipici in presenza dei quali essa deve essere cionondimeno qualificata come lavoro « subordinato » e assoggettata alla disciplina generale di questo. Secondo questa chiave di lettura, l'inciso « in deroga a quanto stabilito dall'art. 2094 del codice civile » contenuto nello stesso art. 1 sta a indicare (con uso improprio del termine « deroga ») non l'eccezionalità della disposizione, bensì l'estraneità della fattispecie rispetto al campo di applicazione dei criteri di cui all'art. 2094 (148).

Il tipo legale definito dall'art. 1 della legge del 1973 si allarga dunque a comprendere anche fattispecie di decentramento produttivo nuove e diverse dal lavoro a domicilio tradizionale, ancorché individuate dai tratti distintivi indicati dalla norma. Anche a tali nuove fattispecie si applicano perciò i due requisiti posti dal secondo comma dell'art. 1 per la configurabilità della prestazione come dipendente in assenza di coordinamento spazio-temporale: l'assoggettamento a un vincolo di conformità del lavoro a direttive predeterminate (che, come si è detto — § 98 —, non implica il carattere continuativo in senso tecnico né della prestazione, né del potere di intervento del creditore su di essa) e l'omogeneità dell'attività lavorativa dedotta in contratto rispetto all'attività produttiva dell'imprenditore committente.

A questi elementi essenziali si aggiunge, come per il lavoro a domicilio (§ 99), quello della non occasionalità (« continuità » in senso atecnico), dovendo considerarsi come regola generale, al di fuori del tipo legale di cui all'art. 2094 c.c., quella che indica nella apprezzabile durata temporale della prestazione un requisito necessario per la configurabilità del lavoro dipendente: secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente e la coscienza sociale diffusa (149) la prestazione lavorativa « a distanza » (*rectius*: nella quale sia irrilevante la dislocazione spazio-temporale dell'attività oggetto dell'obbligazione) può essere qualificata come subordinata o dipendente soltanto se caratterizzata, oltre che dai due tratti individuati sopra, anche da una estensione temporale non limitata a un'esigenza produttiva circoscritta e contingente.

103. Il requisito dell'appartenenza dell'attività lavorativa decentrata non manifatturiera al settore produttivo del committente. — Mentre nel caso del lavoro a domicilio tradizionale, trattandosi di lavoro manuale essenzialmente manifatturiero, è facile individuare l'omogeneità o disomogeneità dell'attività dedotta in contratto rispetto all'attività produttiva del committente, nel caso del lavoro non manifatturiero l'attività dedotta assume una connotazione prevalentemente intellettuale, o se si preferisce — secondo la distinzione tradizionale (§ 181) — « impiegatizia di concetto »; quindi per sua natura meno direttamente correlata con il prodotto finale dell'impresa committente, almeno quando si tratti di impresa industriale.

Il problema evidentemente non si pone nel caso dell'impresa del settore terziario la cui attività consista nella produzione degli stessi servizi che costituiscono oggetto dell'attività del lavoratore: qui la sussistenza del requisito dell'omogeneità è indiscutibile. Si pensi, ad esempio, a una società di *marketing* che si avvalga permanentemente dell'opera di un intervistatore, o di un esperto della stessa materia; oppure a un'impresa produttrice di *software* che si avvalga di un programmatore o analista informatico (150); oppure ancora alla copisteria che affidi a un collaboratore « esterno » un'attività di dattiloscrittura di testi (ma lo stesso discorso non varrebbe nel caso in cui nella posizione di committente dell'attività di dattiloscrittura si trovasse un'impresa chimica o edile); peculiarmente propria dell'attività del committente può considerarsi, ancora, la predisposizione di prospetti-paga e relativi adempimenti fiscali e contributivi quando essa sia svolta per uno studio di consulenza del lavoro (ma non quando essa sia svolta per un'impresa qualsiasi). Laddove, pertanto, ricorrano anche gli elementi dell'assoggettamento a direttive predeterminate e della non occasionalità, in tutti i casi menzionati la prestazione potrà senz'altro qualificarsi come lavoro decentrato dipendente.

Quando invece l'attività svolta a distanza non abbia per oggetto direttamente e specificamente gli stessi prodotti o servizi offerti sul mercato dall'impresa committente, tale disomogeneità sembrerebbe precludere la possibilità di sussunzione della fattispecie nel tipo legale desumibile dall'art. 1 della legge del 1973. Ma una preclusione così drastica appare in contrasto con lo spirito della legge stessa.

Abbiamo visto (§ 98) come nel requisito dell'omogeneità dell'opera o del servizio prodotti dal prestatore rispetto all'attività produttiva del committente possa ravvisarsi una forma di « dipendenza » speciale, che nel campo del lavoro decentrato si sostituisce alla « dipendenza » di cui all'art. 2094 c.c.: al requisito dell'inserimento fisico nell'azienda mediante coordinamento spazio-temporale subentra il requisito di una stretta e specifica appartenenza del lavoro decentrato al processo produttivo dell'impresa committente. Ora, se nel caso del lavoro a domicilio, che è lavoro eminentemente operaio e manifatturiero, tale requisito implica un'omogeneità merceologica fra attività del prestatore e attività del committente, nel caso del lavoro decentrato di natura non manifatturiera la stretta e specifica appartenenza al processo produttivo del committente può individuarsi invece nel fatto che l'attività del lavoratore costituisce una fase propria *peculiarmente* di quel processo. Tali possono considerarsi, ad esempio, l'elaborazione di studi e tabelle attuariali compiuta su incarico di una compagnia di assicurazioni, o l'esecuzione di calcoli per la statica di strutture di

cemento armato eseguiti continuativamente per un'impresa edile, o la ricerca sulla resistenza di determinate sostanze agli agenti atmosferici svolta per un'impresa produttrice di vernici, o la correzione di bozze svolta per un'impresa editoriale.

104. Problemi particolari in tema di qualificazione del tele-lavoro. — Abbiamo pure già visto (§ 86) come nel caso della prestazione di lavoro informatico l'assoggettamento a coordinamento spazio-temporale, quale presupposto per l'assoggettamento pieno a eterodirezione *ex art. 2094 c.c.*, possa essere sostituito da uno stretto coordinamento informatico/telematico « in tempo reale », con vincolo d'orario, che consente all'imprenditore di impartire direttive e sottoporre la prestazione a controllo in qualsiasi momento del suo svolgimento. Diverso è il caso in cui la prestazione lavorativa sia caratterizzata dall'irrelevanza, oltre che del luogo, anche del tempo della sua esecuzione e dall'irrelevanza del suo collegamento telematico con il resto dell'organizzazione aziendale: qui, esclusa la possibilità di sussunzione del rapporto nel tipo legale maggiore di cui all'art. 2094 c.c., per l'impossibilità dell'assoggettamento pieno della prestazione a un potere continuativo di direzione e controllo del creditore, si pone invece il problema della sussunzione del rapporto nel tipo legale del lavoro decentrato dipendente, che — come sappiamo — presuppone il suo assoggettamento (almeno) a direttive predeterminate, il suo carattere non occasionale e l'omogeneità dell'attività lavorativa con l'attività imprenditoriale del creditore.

L'assoggettamento della prestazione a direttive predeterminate non può identificarsi nel mero vincolo tecnico del rispetto delle procedure imposte dal « sistema » con cui funziona il computer aziendale (c.d. « *software* di base ») per l'accesso ai singoli programmi applicativi e per il dialogo operativo fra video-terminale del lavoratore e impianto centrale aziendale: nonostante che tale vincolo incida anche sulle modalità « interne » di svolgimento dell'attività lavorativa, esso può essere sostanzialmente assimilato ai vincoli tecnico-procedurali a cui è assoggettato l'uso di tutte le macchine complesse, vincoli nei quali non può identificarsi una forma di eterodirezione della prestazione, per quanto attenuata, e che pertanto non sono inconciliabili con il carattere autonomo della prestazione. L'assoggettamento a direttive predeterminate che assume rilievo ai fini della qualificazione della prestazione può invece essere individuato — quando la prestazione abbia per oggetto il trattamento informatico di dati — nella facoltà contrattualmente riservata al creditore di scegliere e all'occorrenza sostituire unilateralmente il programma operativo specifico (il *software* applicativo): qui infatti il lavoratore è vincolato in ogni fase della propria attività alle direttive inserite nel programma, e non soltanto alle procedure tecniche di carattere generale per il buon funzionamento della macchina (151). Così, ad esempio, se oggetto della prestazione è la memorizzazione ed elaborazione di dati relativi alla contabilità aziendale ai fini degli adempimenti fiscali e contributivi, l'assoggettamento a direttive predeterminate rilevante ai fini della qualificazione del lavoro informatico decentrato come subordinato può esprimersi nella facoltà, che il creditore si sia contrattualmente riservato, di scegliere e sostituire in qualsiasi momento il programma per la gestione della contabilità aziendale, mentre altrettanto non può dirsi se è il prestatore a poter scegliere liberamente il programma applicativo a lui più congeniale, con conseguente assunzione da parte sua del rischio circa l'idoneità e il buon funzionamento del programma in relazione agli obiettivi del lavoro da compiere.

Il lavoro decentrato non manifatturiero può anche, come è ovvio, non consistere essenzialmente nel trattamento informatico di dati: si pensi all'attività di progettazione, di ricerca, di elaborazione di strategie aziendali, oppure — a un livello professionale inferiore — alle attività meramente redazionali, a quelle di correzione di bozze tipografiche o di dattiloscrittura e alle molte altre analoghe che possono essere svolte utilmente anche in condizioni di isolamento, nei luoghi e tempi di volta in volta liberamente decisi dal prestatore. In tal caso il vincolo di conformazione a direttive predeterminate, rilevante per la qualificazione della prestazione come subordinata, non può che consistere nella facoltà, riservata per contratto al creditore, di impartire istruzioni e direttive circa il metodo da seguire e/o la struttura dell'attività da svolgere, anche soltanto all'inizio del lavoro o di un segmento di esso, quindi anche senza quella possibilità di intervenire in qualsiasi momento sulle modalità di svolgimento della prestazione che è preclusa dall'assenza di qualsiasi forma di coordinamento spazio-temporale e di inserimento continuativo nel sistema informatico aziendale. Così, ad esempio, nel caso del ricercatore operante in condizioni di isolamento rispetto al committente il potere direttivo di quest'ultimo rilevante ai fini della qualificazione del contratto può manifestarsi nell'emanazione di istruzioni sulle caratteristiche metodologiche della ricerca da svolgere, o sull'impianto analitico delle relazioni da presentare a determinate scadenze. Nel caso del lavoro di dattilografia l'eterodirezione può manifestarsi nella predeterminazione di modelli grafici e/o di impaginazione ai quali il prestatore debba attenersi. E così via.

Quanto al carattere non occasionale e durevole della prestazione decentrata — anch'esso essenziale ai fini della sua qualificabilità come dipendente (§§ 99 e 102) — esso può talora essere dissimulato sotto l'apparenza di una serie di contratti aventi per oggetto singole opere o servizi in sé indivisibili in ragione del tempo. In tal caso una ragionevole presunzione di unicità (ovvero estensione nel tempo, quindi durevolezza) della prestazione può fondarsi, salvo prova contraria, sullo svolgersi di fatto dell'attività lavorativa senza apprezzabili intervalli temporali e sul carattere permanente dell'interesse produttivo del creditore al riguardo.

Sezione IV

IL LAVORO SPORTIVO O NELLO SPETTACOLO

Sommario: 105. La legge sul lavoro sportivo n. 91/1981. — 106. Gli elementi essenziali del contratto di lavoro sportivo « subordinato ». — 107. La disciplina speciale del lavoro sportivo « subordinato ». — 108. Desumibilità dalla disciplina del lavoro sportivo di un tipo legale di lavoro dipendente più ampio.

105. *La legge sul lavoro sportivo n. 91/1981.* — Quando, nel 1980, il Parlamento affrontò la questione della disciplina organica del lavoro sportivo degli atleti, sembrò prevalere in un primo tempo la scelta di qualificare senz'altro tale attività come lavoro autonomo (152). Una deviazione così drastica rispetto al criterio di qualificazione di cui all'art. 2094 veniva motivata sul piano politico adducendo l'inconciliabilità della disciplina generale del lavoro subordinato con le caratteristiche peculiari del rapporto in questione, nonché con la particolare posizione di forza contrattuale degli atleti professionisti, che si sosteneva rendesse superflua l'estensione a essi della tutela predisposta dall'ordinamento per la generalità dei lavoratori subordinati. Sul piano tecnico-giuridico si osservava inoltre come nel lavoro sportivo gli elementi essenziali della prestazione subordinata (coordinamento spazio-temporale, eterodirezione, ecc.) assumessero rilievo secondario nell'oggetto del contratto rispetto all'elemento dell'esibizione personale dell'atleta in pubblico. A questa tesi si contrapponeva l'osservazione che la prestazione dell'atleta professionista è per lo più caratterizzata da un assoggettamento a eterodirezione assai più esteso e intenso di quanto accada nella generalità dei casi di lavoro subordinato (ci si riferiva soprattutto ai calciatori, notoriamente soggetti a direttive rigorose non soltanto nello svolgimento della prestazione atletica, ma anche nell'uso del tempo libero, nell'alimentazione, nell'assunzione di farmaci e in altri aspetti anche assai rilevanti della loro vita privata) (153); donde — si sosteneva — l'improponibilità della qualificazione automatica del lavoro sportivo come prestazione autonoma.

Un esame più approfondito della questione portò, in sede di seconda lettura, a una integrale ristesura della parte del testo legislativo relativa alla qualificazione e alla disciplina del rapporto di lavoro dell'atleta, poi confermata nel testo finale (legge 23 marzo 1981 n. 91 (154), tendente per un verso a individuare un criterio speciale di qualificazione che fosse di agevole applicazione e tenesse conto della particolarità dell'oggetto del contratto e degli interessi in gioco (art. 3), per altro verso a escludere comunque, anche nel caso in cui la prestazione ne risultasse qualificata come « subordinata », l'applicazione di una parte notevole della normativa giuslavoristica (art. 4, commi 8° e 9°), sdrammatizzando così il problema stesso della qualificazione (155).

In altre parole, constatata l'inadeguatezza delle categorie giuslavoristiche tradizionali rispetto alle caratteristiche del lavoro sportivo, il legislatore ha saputo sottrarsi all'alternativa tra far violenza a quelle categorie e far violenza al sistema reale degli interessi in gioco, scegliendo di dar vita a una nozione particolare di « subordinazione » (oggi preferiremmo il termine « dipendenza »: v. § 96) e di collegare a essa una disciplina del tutto speciale (156).

106. *Gli elementi essenziali del contratto di lavoro sportivo « subordinato ».* — Nella definizione del nuovo tipo legale scompare ogni riferimento all'elemento dell'eterodirezione e assumono invece rilievo decisivo (oltre all'onerosità, per la quale può richiamarsi tutto quanto esposto nel § 90) (157) tre elementi, tutti indicati come necessari dalla legge: che « l'atleta sia contrattualmente vincolato per ciò che riguarda la frequenza a sedute di preparazione o allenamento » (art. 3, 2° c., lett. b); che la prestazione non sia « circoscritta nell'ambito di una singola manifestazione sportiva o di più manifestazioni tra loro collegate in un breve periodo di tempo » (lett. a); e che la prestazione impegni una parte rilevante della capacità lavorativa dell'atleta, avendo durata superiore a otto ore settimanali, cinque giorni al mese e trenta giorni all'anno (lett. c). Il venir meno anche di uno solo dei requisiti indicati determina automaticamente la qualificazione della prestazione come autonoma.

Pur non menzionato nella definizione legale, il vincolo contrattuale del coordinamento spazio-temporale della prestazione conserva qui il ruolo di elemento necessario per il configurarsi del lavoro sportivo dipendente: sia nelle sedute di preparazione a cui l'atleta subordinato è vincolato, infatti, sia soprattutto nel momento culminante dell'esibizione davanti al pubblico, la prestazione deve pur sempre collocarsi in un determinato tempo e luogo, la cui determinazione è riservata unilateralmente al datore di lavoro. Nel caso della prestazione sportiva autonoma, invece, quel vincolo opera soltanto nel momento dell'esibizione davanti al pubblico, ma non necessariamente in quello delle sedute di preparazione, le quali possono del resto anche essere ignorate del tutto dall'assetto negoziale del rapporto. Il requisito della estensione temporale *assoluta* della prestazione (art. 3, lett. a) implica la necessità che la prestazione, per potersi considerare dipendente, abbia il carattere della non occasionalità: il contratto non deve avere per oggetto soltanto la partecipazione — occasionale, appunto — a una manifestazione (ad es. un incontro di pugilato, una « riunione » di atletica leggera) o a una serie di manifestazioni tra loro collegate in breve lasso di tempo (ad es. un torneo di tennis in cui siano previste diverse partite nell'arco di una settimana o un mese), bensì una prestazione estesa nel tempo al di là del singolo evento sportivo organizzato. Tale connotato della non occasionalità della prestazione dedotta in contratto è richiamato alla lett. c dell'art. 3 con il riferimento al carattere « continuativo » della prestazione stessa, che va senz'altro inteso qui nel senso atecnico di una durata temporale che trascenda la singola occasione sportiva.

Alla non occasionalità deve poi aggiungersi un rilevante impegno della capacità di lavoro dell'atleta, di cui è misura l'estensione temporale *relativa* della prestazione, cioè la sua durata nell'unità di tempo: quando tale durata non superi la soglia minima settimanale, quella mensile e quella annuale indicate nell'art. 3, lett. c (tutte e tre le soglie devono essere superate), si considera che il relativo rapporto di lavoro non abbia un peso predominante nella vita professionale dell'atleta, ovvero che l'esercizio della sua professionalità non « dipenda » in misura prevalente dal rapporto stesso (158). E a questa « non dipendenza » la legge ricollega senz'altro il carattere autonomo della prestazione: scelta la cui

ratio può forse almeno in parte individuarsi in quanto si è detto all'inizio della trattazione in materia di « dipendenza economica » del prestatore nei confronti del creditore (§§ 4 e 10).

Sembra dunque che nel definire il concetto di « subordinazione » in riferimento al lavoro sportivo il legislatore abbia compiuto una sorta di « passo indietro » rispetto al codice del 1941-1942: la subordinazione non è più individuata dall'elemento dell'eterodirezione (che resta pur sempre, nella maggior parte dei casi, elemento causale relevantissimo nel contratto di lavoro sportivo, manifestandosi sovente con straordinaria intensità; e resta comunque un *naturale negotii*, per effetto dell'applicazione dell'art. 2104 c.c.; ma perde il valore di tratto distintivo del tipo legale), bensì torna a identificarsi con un concetto di mera « dipendenza » individuato dal necessario concorso dei tre elementi di cui si è detto (159). Con la conseguenza che, per un verso, può ipotizzarsi una prestazione atletico-sportiva pienamente assoggettata al potere direttivo del creditore ma cionondimeno qualificabile come autonoma perché, ad esempio, limitata a un'unica manifestazione; per altro verso, può ipotizzarsi una prestazione atletico sportiva non assoggettata al potere direttivo del creditore, ma cionondimeno qualificabile come dipendente perché caratterizzata dal vincolo della frequenza alle sedute di preparazione e da una rilevante estensione temporale, sia relativa, sia assoluta: si pensi, ad esempio, al caso di un corridore ciclista ingaggiato a tempo indeterminato da uno *sponsor* per far parte della squadra che ne reca le insegne, al quale tuttavia il contratto riconosca la piena libertà di autodeterminazione della condotta di gara (160).

Va osservato, a questo proposito, che laddove venga meno — per volontà delle parti — l'assoggettamento pieno della prestazione a eterodirezione, viene meno anche la necessità logica che la prestazione stessa si configuri come di per sé illimitatamente divisibile in ragione del tempo, cioè *continuativa* in senso tecnico (§§ 80 e 86): donde la configurabilità anche nel campo del lavoro atletico-sportivo, al pari di quello del lavoro decentrato (§ 98), di una prestazione dipendente a carattere periodico, che è quanto dire una prestazione consistente in una serie di segmenti in sé indivisibili (le singole gare o manifestazioni sportive).

107. La disciplina speciale del lavoro sportivo « subordinato ». — Il primo comma dell'art. 4 stabilisce la necessità della forma scritta del contratto di lavoro sportivo dipendente, a pena di nullità. Prevede inoltre che il contratto sia inderogabilmente (c. 3°) strutturato secondo un modello (« contratto-tipo ») negoziato triennialmente « dalla federazione sportiva nazionale e dai rappresentanti delle categorie interessate »: disposizione, questa, di dubbia costituzionalità, dal momento che essa in sostanza attribuisce efficacia *erga omnes* a un accordo collettivo stipulato, in rappresentanza dei prestatori di lavoro, da soggetti del tutto indeterminati.

Il contratto individuale — caso unico nel panorama del nostro diritto del lavoro — può legittimamente contenere, senza necessità di una corrispondente disposizione collettiva, una « clausola compromissoria con la quale le controversie concernenti l'attuazione del contratto e insorte fra la società sportiva e lo sportivo sono deferite a un collegio arbitrale » (art. 4, c. 5°).

È invece vietato il patto di non concorrenza per il periodo successivo alla cessazione del rapporto (c. 6°).

Il rapporto di lavoro sportivo subordinato è infine sottratto all'applicazione degli artt. 4 (controllo a distanza della prestazione), 5 (visite mediche di controllo), 13 (*ius variandi* del datore di lavoro), 18 (licenziamento) dello Statuto dei lavoratori, nonché degli artt. 1, 2, 3, 5, 6, 7 e 8 della legge n. 604/1966 in materia di licenziamenti (resta applicabile, in questa materia, soltanto il divieto, sotto pena di nullità, del licenziamento discriminatorio o dettato da motivi intrinsecamente illeciti) (c. 8°). L'apposizione del termine al contratto — non superiore a cinque anni, ma con possibilità illimitata di rinnovo o proroga fra le stesse parti (art. 5, 1° c.) — è disciplinata dal solo art. 2097 c.c., essendo inapplicabile la legge n. 230/1962 (ancora c. 8°).

L'esercizio del potere disciplinare da parte della società sportiva resta disciplinato dall'art. 7 St. lav.; ma la norma non si applica ai provvedimenti disciplinari irrogati dalla federazione sportiva (c. 9°).

Il secondo comma dell'art. 5 enuncia la regola — che deve ritenersi peraltro applicabile a tutti i rapporti di lavoro — secondo cui il contratto può essere ceduto dalla società sportiva titolare a un'altra, ma soltanto quando il lavoratore interessato vi presti il proprio consenso.

108. Desumibilità dalla disciplina del lavoro sportivo di un tipo legale di lavoro dipendente più ampio. — Il criterio di distinzione fra lavoro autonomo e lavoro subordinato posto dalla legge n. 91/1981 riguarda una fattispecie alla quale non potrebbe applicarsi il criterio dettato dall'art. 2094 c.c. se non con rilevanti difficoltà pratiche e a prezzo di forzature: il concetto di « dipendenza » indicato come elemento essenziale della subordinazione dalla norma del codice (§ 80) non può svolgere adeguatamente la propria funzione di tratto distintivo in riferimento a rapporti contrattuali nei quali l'« inserimento » fisico continuativo della prestazione nell'azienda del creditore è elemento causale tutto sommato secondario, mentre assumono sempre rilievo dominante e assorbente le eccezionali doti fisiche personali del prestatore, la cui esibizione davanti al pubblico costituisce la ragion d'essere essenziale del contratto. Prova ne sia che il giudice del lavoro, posto di fronte a fattispecie che presentano marcate analogie con quella del lavoro sportivo dell'atleta (ad es. la prestazione dell'attore teatrale o dell'indossatrice in una sfilata di moda), pur rimanendo culturalmente legato all'idea tradizionale dell'unitarietà del concetto di lavoro subordinato e trascurando il riferimento positivo offerto dalla legge n. 91/1981, percepisce tuttavia chiaramente l'estraneità delle fattispecie stesse rispetto alla materia disciplinata dall'art. 2094 c.c. e finisce con l'applicare criteri di qualificazione diversi (161).

Non soltanto un ragionamento astratto, dunque, ma anche l'osservazione attenta dell'orientamento giurisprudenziale prevalente forniscono argomento a sostegno dell'estensione del campo di applicazione dei criteri di qualificazione dettati dalla legge n. 91/1981 a un'area più ampia di quella del solo lavoro sportivo (162): essi possono, più precisamente, ritenersi applicabili anche in tutti gli altri casi in cui la prestazione lavorativa consista, per la sua parte

piu` rilevante, nell'esibizione in pubblico della persona. E' questo sicuramente il caso degli attori teatrali o cinematografici (163), dei presentatori (164), dei musicisti (orchestrali e solisti) (165), degli artisti circensi, delle spogliarelliste (166), dei comici di cabaret, delle indossatrici e indossatori nelle sfilate di moda (167); ma nella stessa categoria possono a mio avviso ricomprendersi anche prestazioni che pure presentano una analogia strutturale meno marcata con il lavoro sportivo e teatrale, come quella delle fotomodelle (168), quella degli « animatori » di villaggi turistici o intrattenimenti mondani (169), quella delle *hostess* ingaggiate per il ricevimento del pubblico in occasione di congressi o manifestazioni commerciali, o quella delle *entraîneuses* ingaggiate da un *night club* (170). La giurisprudenza perviene solitamente, in riferimento a queste figure professionali, allo stesso risultato a cui si perviene applicandosi la regola dettata dalla legge in riferimento al lavoro sportivo: quale che sia l'impostazione teorica enunciata dal giudice, la sua decisione finisce per lo piu` coll'essere centrata sugli elementi della non occasionalita` della prestazione, della sua rilevanza quantitativa nell'unita` di tempo, o comunque della « indipendenza » sostanziale del prestatore, desunta da un limite di estensione della prestazione dedotta in contratto.

Se ci si colloca nell'ordine di idee qui proposto, dunque, anche nei casi sopra menzionati gli elementi dell'eterodirezione e dell'inserimento organico della prestazione nell'azienda perdono il ruolo di tratti distintivi del contratto di lavoro dipendente, mentre assumono tale ruolo gli elementi indicati dalla legge in riferimento al lavoro sportivo: in particolare il vincolo contrattuale della partecipazione a sedute di preparazione (se richiesta dal tipo di attivita`), la non occasionalita` e la rilevante estensione della prestazione nell'unita` di tempo.

Nessun problema sorge in proposito per cio` che riguarda il primo requisito: come nel caso del lavoro sportivo, anche in ogni altro caso in cui la prestazione culmini in una esibizione davanti al pubblico tale esibizione puo` richiedere una o piu` sedute di preparazione (ad esempio: prove teatrali, prove d'orchestra, prove di una sfilata di moda). Ben si comprende come l'assenza del vincolo contrattuale di partecipazione a tali sedute costituisca elemento sufficiente per determinare il carattere indipendente della prestazione: cosi`, dovra` qualificarsi come prestazione autonoma quella del pianista impegnato a tenere una pur lunga serie di concerti, ma svincolato da qualsiasi obbligo di partecipazione a prove organizzate dal creditore; o quella del *clown* impegnato continuativamente a partecipare agli spettacoli di un circo, ma libero di allenarsi e provare i propri numeri come, dove e quando vuole.

Non meno evidente e` la ragion d'essere del requisito della non occasionalita`, ne` meno agevole la sua applicazione, in riferimento alla fattispecie del lavoro implicante l'esibizione in pubblico: quando la prestazione dell'attore, del presentatore, del musicista, dell'artista, dell'acrobata, ecc., sia circoscritta nell'ambito di una singola manifestazione o di un ciclo di manifestazioni in un breve lasso di tempo (ad esempio una *tourne'e*, un ciclo di trasmissioni televisive), viene meno il carattere della sua « dipendenza » dall'impresario che lo ha ingaggiato, anche se il contratto prevede l'obbligo di partecipazione alle prove. Alla stregua di questo criterio puo` qualificarsi senz'altro come autonoma la prestazione dell'indossatrice che partecipa a una serie di sfilate nell'ambito di una manifestazione di moda della durata di una settimana, dovendo considerarsi insufficiente per l'opposta qualificazione il fatto che l'indossatrice stessa debba partecipare ad alcune prove, e irrilevante pure il fatto che nel corso della sfilata le possano essere impartite in qualsiasi momento da un regista, o dallo stilista in persona, precise direttive sul come e quando muoversi (171). Parimenti irrilevante e` il pur intensissimo assoggettamento a eterodirezione dell'attore teatrale o dell'orchestrante, cui il regista (o, rispettivamente, il direttore d'orchestra) impartisce disposizioni che configurano un coordinamento *interno* della prestazione penetrantissimo: l'attore si obbliga contrattualmente a seguire le direttive del regista addirittura nelle espressioni del viso, nell'intonazione della voce, nei movimenti anche millimetrici delle membra; e altrettanto puo` dirsi, *mutatis mutandis*, dell'orchestrante; eppure, se la prestazione e` contrattualmente circoscritta entro una manifestazione teatrale o musicale o un ciclo breve di manifestazioni, non si instaura un rapporto di dipendenza e la prestazione deve qualificarsi come autonoma.

Qualche problema sorge invece per l'applicazione, al di fuori del settore del lavoro sportivo, del requisito della rilevante estensione della prestazione nell'arco della settimana, del mese e dell'anno: le soglie di estensione minima indicate dalla legge n. 91/1981 in riferimento al lavoro sportivo dell'atleta non possono infatti essere meccanicamente applicate anche in riferimento al lavoro dell'attore teatrale, del comico di cabaret, del musicista o dell'indossatrice, poiche` le diverse caratteristiche di ciascuna di tali attivita` determinano diversi tempi e ritmi di lavoro. Qui dunque spetta all'interprete applicare la regola desumibile dalla legge, individuando, in relazione alle caratteristiche di ciascuna attivita`, le soglie di orario settimanale, mensile e/o annuale al di sotto delle quali puo` ritenersi che il rapporto di lavoro non abbia un peso predominante nella vita professionale del lavoratore e non generi quindi « dipendenza economica » (§§ 4 e 10). Ad esempio, l'obbligo contrattuale di partecipazione a trenta concerti o rappresentazioni teatrali nell'arco di un anno puo` considerarsi come un impegno lavorativo notevolmente assorbente per un musicista o per un attore, mentre altrettanto non potrebbe dirsi dell'obbligo di partecipazione a trenta sfilate di moda per un'indossatrice.

Analogamente a quanto gia` affermato in riferimento al tipo legale del lavoro decentrato (§ 101), anche in riferimento al tipo legale qui in esame deve ritenersi che alle fattispecie in esso sussumibili, ma estranee al tipo normativo (lavoro sportivo dell'atleta) non si applichi la disciplina speciale contenuta nella legge n. 91/1981, bensì la disciplina generale comune a tutti i tipi del lavoro subordinato, in quanto compatibile con le caratteristiche particolari del rapporto.

Sezione V

GLI ALTRI TIPI LEGALI DI LAVORO DIPENDENTE

Sommario: 109. Il lavoro prestato a non imprenditore. — 110. Il lavoro domestico « subordinato ». — 111. Carattere non eccezionale dei criteri di qualificazione desumibili dalla legge in materia di lavoro domestico. — 112. Altri tipi legali di lavoro subordinato o dipendente. — 113. I contratti di sola formazione e di « borsa-lavoro ».

109. Il lavoro prestato a non imprenditore. — L'art. 2239 del codice civile stabilisce che « i rapporti di lavoro subordinato che non sono inerenti all'esercizio di un'impresa sono regolati dalle disposizioni delle sezioni II, III e IV del capo I del titolo II [artt. 2094-2134], in quanto compatibili con la specialità del rapporto ». Tale formulazione letterale sembrerebbe porre come condizione per l'applicazione delle norme dettate per il tipo legale maggiore (in quanto compatibili) la preventiva qualificazione, secondo criteri a sé stanti, del lavoro prestato al non imprenditore come lavoro subordinato; ma il fatto che in nessuna altra parte del codice siano indicati criteri di qualificazione speciali per il lavoro prestato a soggetto non imprenditore, e ancor più il fatto che tra le norme richiamate dall'art. 2239 vi sia anche l'art. 2094, inducono a ritenere che la definizione del contratto di lavoro subordinato dettata dal codice in riferimento al datore di lavoro imprenditore si applichi anche in questo campo, « in quanto compatibile » (172). Nessun problema di compatibilità sembra porsi in riferimento ai caratteri della personalità (§ 78), della continuità (in senso tecnico) (§§ 80 e 86) e dell'onerosità della prestazione (§ 90), che devono pertanto considerarsi senz'altro come tratti distintivi anche del lavoro subordinato prestato al non imprenditore.

Più complesso è invece il discorso sull'inserimento materiale della prestazione nell'azienda (coordinamento spazio-temporale) e sul suo assoggettamento a eterodirezione: elementi, questi, che sono più strettamente legati alla natura imprenditoriale dell'attività del creditore. Sembra logico ritenere che la « compatibilità » di tali requisiti con le caratteristiche specifiche della fattispecie qui in esame dipenda innanzitutto dal fatto che la prestazione lavorativa sia funzionale a una attività del creditore avente carattere professionale, o quanto meno durevole nel tempo; e dal fatto che tale attività sia svolta per mezzo di una organizzazione aziendale morfologicamente analoga all'organizzazione imprenditoriale: senza di che non sembra potersi ravvisare quel coordinamento penetrante della prestazione, ovvero quel suo « inserimento » perfezionato dall'assoggettamento al potere direttivo, che costituisce elemento essenziale del lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c. (173).

È ben vero che l'assoggettamento a un potere direttivo assurge al ruolo di tratto distintivo del lavoro subordinato anche in relazione a fattispecie in cui fa difetto l'inserimento materiale nell'organizzazione del creditore (§§ 101-102); ma abbiamo visto come in questo caso il potere direttivo sia sensibilmente attenuato nel suo contenuto, proprio in corrispondenza con il difetto di coordinamento spazio-temporale della prestazione; e come, per altro verso, tale vincolo sia previsto quale elemento essenziale del tipo da una disposizione legislativa (l'art. 1 della legge n. 877/1973) che pone pur sempre la natura imprenditoriale dell'attività del creditore come limite del proprio campo di applicazione e che associa indissolubilmente all'elemento dell'eterodirezione, ai fini dell'individuazione del lavoro subordinato, l'elemento dell'omogeneità fra l'attività lavorativa non inserita fisicamente nell'azienda e l'attività produttiva del committente: requisito, quest'ultimo, che non può evidentemente ricorrere se non nell'ambito di un processo produttivo organizzato. Sembra dunque profilarsi una netta distinzione, nell'ambito delle prestazioni svolte nell'interesse di soggetti non imprenditori, a seconda che questi svolgano o no un'attività a carattere professionale, ovvero apprezzabilmente estesa nel tempo e con carattere di esclusività o prevalenza rispetto ad altre loro attività, e siano o no dotati di una apprezzabile organizzazione aziendale (174). Nella prima ipotesi possono senz'altro considerarsi applicabili i criteri di qualificazione desumibili dall'art. 2094: è il caso delle associazioni, di vario tipo e natura, degli enti morali, degli studi professionali. Nella seconda ipotesi sembrano invece doversi applicare criteri di qualificazione in parte diversi.

Una duplice conferma di questo orientamento interpretativo può trarsi dagli artt. 2238 e 2240 dello stesso codice. La prima norma dispone senz'altro l'applicabilità degli artt. 2094-2134 al rapporto di cui sia titolare, come datore di lavoro, chi eserciti una professione intellettuale: dove la *ratio* della norma sembra consistere essenzialmente nell'analogia tra la figura del libero professionista e quella dell'imprenditore, ravvisabile nel carattere professionale dell'attività di entrambi e nell'essere il primo dotato di una — per quanto ridotta — organizzazione produttiva, lo studio professionale, assimilabile al concetto di azienda. L'altra norma citata ha invece per oggetto il lavoro domestico: figura che non presuppone l'esistenza di una apprezzabile organizzazione strumentale di cui sia titolare il creditore; e in relazione alla quale, significativamente, il codice non indica in alcun modo l'assoggettamento pieno a eterodirezione come requisito essenziale per il configurarsi della subordinazione.

110. Il lavoro domestico « subordinato ». — L'art. 2240 c.c. non contiene una vera e propria definizione del « lavoro domestico subordinato », ma assoggetta a una disciplina tipicamente propria del lavoro subordinato (patto di prova, obblighi di sicurezza del datore, riposo settimanale e annuale, trattamento di fine rapporto) tutte le prestazioni che abbiano per oggetto « servizi di carattere domestico », dovendo intendersi per tali i servizi necessari per il normale funzionamento della vita familiare e/o personale del creditore (175). Nessun accenno, nell'art. 2240, alla necessità che la prestazione sia assoggettata al potere direttivo del creditore (assoggettamento che, se la prestazione è subordinata, costituisce elemento naturale del contratto, in base al combinato disposto degli artt. 2239 e 2104 (176), ma che non assume il valore di tratto distintivo del tipo) (177), mentre al requisito dell'inserimento organico in una azienda si sostituisce quello dell'adibizione del lavoratore ai servizi domestici (178), che implica certamente una ben precisa dislocazione spaziale della prestazione (all'interno dei locali o comunque nei luoghi in cui si svolge la vita personale o familiare del creditore), ma non necessariamente uno stretto coordinamento temporale: il servizio domestico può

dunque essere svolto con amplissima libertà d'orario per il prestatore, senza che per questo debba ritenersi inapplicabile la disciplina di cui agli artt. 2240-2246 c.c. (179).

Lo stesso può dirsi in riferimento alla legge 27 dicembre 1953 n. 940, che ha istituito la tredicesima mensilità per tutti « gli addetti ai servizi domestici », senza ulteriori specificazioni.

Deve ritenersi, viceversa, che quando la « convivenza » assuma notevoli dimensioni, con conseguente necessità di una vera e propria organizzazione di mezzi e persone addette alle relative incombenze — come nel caso di conventi, collegi, convitti e simili — venendo meno la connotazione « familiare » del servizio e prevalendo in esso l'elemento organizzativo, tornino ad applicarsi i criteri di qualificazione di cui all'art. 2094 c.c. (180).

La materia del rapporto di lavoro domestico è oggetto anche della legge 2 aprile 1958 n. 339, la quale tuttavia — al pari della precedente legge 18 gennaio 1952 n. 35, in materia di assicurazione contro le malattie degli addetti ai servizi domestici — limita il proprio campo di applicazione ai rapporti nei quali la prestazione lavorativa domestica sia « continuativa e prevalente » (art. 1); dove il primo termine può essere senz'altro interpretato in senso atecnico, come indicativo del carattere non occasionale della prestazione, mentre il secondo è pacificamente interpretato come requisito di durata della prestazione superiore alle quattro ore giornaliere. Ne è sorto in passato il problema se tali due requisiti debbano considerarsi necessari per la qualificabilità della prestazione come subordinata, oppure soltanto per l'applicabilità della disciplina speciale del rapporto contenuta nella legge (181). Il problema è stato parzialmente risolto con l'emanazione del D.P.R. 31 dicembre 1971 n. 1403 (182), che ha esteso il regime delle assicurazioni obbligatorie a tutti i « lavoratori addetti ai servizi domestici e familiari, che prestano lavoro subordinato presso uno o più datori di lavoro, ... qualunque sia la durata delle prestazioni svolte ». Risulta con certezza dalla « storia » di questo intervento legislativo che con l'espressione « qualunque sia la durata » si è inteso fare riferimento alla durata della prestazione *nell'arco della giornata*, con l'intento preciso di eliminare ogni dubbio circa la qualificabilità come subordinate anche delle prestazioni non superiori alle quattro ore giornaliere (183).

Resta il problema del requisito della « continuità », a cui fa riferimento la legge del 1958. La soppressione, nella nuova disposizione, di ogni riferimento a tale requisito ha indotto alcuni a ritenere che al termine « durata » in essa contenuto debba attribuirsi un significato duplice, comprensivo sia dell'estensione della prestazione nell'arco della giornata, sia dell'estensione dell'intero rapporto nel tempo (184): si è ritenuto, in altre parole, che il legislatore abbia inteso qui escludere il requisito della non occasionalità ai fini della qualificabilità della prestazione come subordinata. Senonché vi è un'altra particolarità della disposizione che deve essere attentamente valutata: per la prima volta, in questa materia, la legge non si limita a fare riferimento alla natura « familiare », « personale » o « domestica » del servizio, bensì aggiunge il requisito che si tratti di « lavoro subordinato ». E proprio l'assoluta novità di questo dato testuale esclude che esso possa essere stato inserito nella norma in modo casuale: il legislatore, innovando profondamente rispetto alla legge del 1958, non si è limitato a sopprimere il riferimento alla « continuità » e alla « prevalenza », ma li ha sostituiti con un riferimento al carattere « subordinato » della prestazione, che non può essere privo di significato. Il riferimento al carattere « subordinato » della prestazione può essere letto in due modi: come richiamo specifico degli elementi della « dipendenza » e dell'eterodirezione di cui all'art. 2094 c.c., o come richiamo generico al sistema dei criteri di qualificazione nel suo complesso. Delle due letture sembra senz'altro preferibile la seconda, essendo difficile pensare che il legislatore abbia inteso improvvidamente far dipendere la qualificazione del rapporto di lavoro domestico da elementi, quali quelli dell'assoggettamento a potere direttivo e dell'inserimento organico, la cui sussistenza in questo particolare settore è assai difficile accertare e che comunque assumono qui solitamente un rilievo causale modesto; mentre è logico ritenere che il legislatore abbia voluto invece richiamare sinteticamente il sistema definitorio desumibile dagli artt. 2094 e 2239 c.c. nel suo complesso. Il riferimento alla « subordinazione » contenuto nell'art. 1 del D.P.R. n. 1403/1971 innova, dunque, rispetto alla definizione del campo di applicazione della legge n. 339/1958, ma non rispetto al sistema del codice civile, nel quale — se quanto si è sostenuto sopra ha fondamento — la subordinazione del lavoro domestico è sottratta ai criteri di individuazione di cui all'art. 2094 e si identifica in un concetto generico, atecnico, di « dipendenza ».

Ne consegue che anche in materia di lavoro domestico può attribuirsi il valore di tratto distintivo del lavoro subordinato a quell'elemento della non occasionalità della prestazione, che — come abbiamo visto a suo luogo (§§ 99 e 102) — concorre a identificare l'elemento della « dipendenza » del lavoratore nei rapporti nei quali, per la loro particolare natura e struttura, l'inserimento della prestazione nell'organizzazione del creditore ha scarso o nullo rilievo causale (185). La stessa regola è stata enunciata esplicitamente anche nel contratto collettivo di categoria fino al 1992; ma dall'ultimo rinnovo il contratto su questo punto tace (186).

In conclusione il lavoro domestico può, in quanto tale, qualificarsi come subordinato a condizione che la prestazione non abbia carattere meramente occasionale, cioè che tra prestatore e creditore si instauri quel rapporto di (generica) dipendenza che si concreta in una apprezzabile (ancorché eventualmente limitata) estensione della prestazione nel tempo, quale che ne sia la durata nell'arco della giornata. Quando la durata giornaliera sia pari o inferiore a quattro ore non si applicano le disposizioni della legge n. 339/1958, che disciplinano il periodo di prova, i riposi festivi e le ferie annuali; ma la riduzione di tutela è qui più apparente che reale, applicandosi pur sempre in ogni caso le norme contenute nell'art. 36 Cost. e gli artt. 2240-2246 c.c. (187). A tutta l'area del lavoro domestico subordinato si estende inoltre, almeno nelle intenzioni delle associazioni stipulanti e nell'opinione diffusa, la tutela prevista dal contratto collettivo nazionale di categoria (188).

111. Carattere non eccezionale dei criteri di qualificazione desumibili dalla legge in materia di lavoro domestico. — Se nel caso delle leggi sul lavoro a domicilio e sul lavoro sportivo il carattere non eccezionale dei criteri di qualificazione

ivi indicati ha dovuto essere desunto da considerazioni di natura sistematica, nel caso della legge sul lavoro domestico tale carattere può invece desumersi direttamente e agevolmente dall'art. 2239 c.c.: è il codice stesso a escludere, con questa disposizione, che in materia di lavoro prestato a non imprenditori l'art. 2094 possa applicarsi automaticamente, e quindi anche che i diversi criteri di qualificazione eventualmente dettati dalla legge per fattispecie particolari, in questo campo, si pongano con quella norma in un rapporto di eccezione a una regola generale. In altre parole, l'applicabilità dell'art. 2094 solo « in quanto compatibile con la specialità del rapporto » fa sì che in caso di incompatibilità si applichino comunque criteri diversi; donde la sicura ammissibilità di una applicazione in via analogica, ricorrendone i presupposti, dei criteri desumibili dalla disciplina del lavoro domestico.

Dove, pertanto, al pari del lavoro domestico, il rapporto sia caratterizzato dall'assenza di una rilevante organizzazione aziendale del creditore non imprenditore, con conseguente perdita di rilievo causale dell'« inserimento » della prestazione (§ 109), la qualificazione deve essere operata in riferimento a un concetto di « subordinazione » più generico di quello definito dall'art. 2094: una « dipendenza » del lavoratore che è individuata dal carattere personale, continuativo (in senso tecnico) e non occasionale della prestazione, ma non necessariamente dall'assoggettamento pieno a eterodirezione (189). A questi elementi deve poi aggiungersi, come nel caso del lavoro domestico, il requisito che la prestazione sia svolta in un contesto logistico di stretta pertinenza del creditore, anche se non necessariamente con un vincolo di orario: assume, cioè, qui rilevanza decisiva la collocazione spaziale della prestazione, ma non il coordinamento temporale.

Così, ad esempio, dovrà qualificarsi come subordinata la prestazione del dattilografo ingaggiato da uno scrittore e retribuito esclusivamente a tempo (dove il carattere sicuramente continuativo in senso tecnico della prestazione), per eseguire presso l'abitazione dello scrittore stesso attività di copiatura di manoscritti che lo impegnano per un rilevante periodo di tempo. A opposta qualificazione dovrà invece pervenirsi qualora il dattilografo sia contrattualmente libero di svolgere la prestazione nel luogo che più gli aggrada, oppure qualora la prestazione abbia carattere meramente occasionale.

Nella fattispecie in esame (creditore non imprenditore sprovvisto di rilevante organizzazione di mezzi e persone) l'interprete non deve dunque attribuire rilievo, ai fini della qualificazione della prestazione, al potere direttivo del creditore. L'assoggettamento a eterodirezione emergerà tuttavia quale effetto della qualificazione della prestazione come subordinata: se infatti nel caso in esame deve considerarsi incompatibile con la specialità del rapporto l'art. 2094 c.c., tali non possono considerarsi le norme che stabiliscono diritti e obblighi derivanti dal contratto, e in particolare l'art. 2104 c.c.

112. Altri tipi legali di lavoro subordinato o dipendente. — Quelli fin qui individuati non sono gli unici tipi legali di lavoro subordinato o dipendente desumibili dal nostro ordinamento attuale; altri possono individuarsi. Alcuni tipi legali a sé stanti di lavoro dipendente possono essere individuati innanzitutto nel grande e articolato settore dell'impiego pubblico (dove in diversi casi viene meno l'elemento dell'eterodirezione come tratto distintivo del tipo: basti pensare ai professori, ai ricercatori e ai lettori universitari) (190), ma anche nel settore del lavoro nautico (anche nei contratti di arruolamento e di lavoro aereo di cui agli artt. 323-375 e 900-938 c. nav. l'elemento della eterodirezione sembra essere soltanto un effetto naturale, non un elemento essenziale del tipo; e ciò indipendentemente dalle interferenze pubblicistiche che qui si manifestano nella disciplina del rapporto) (191).

In questo ordine di idee, un tipo legale a sé stante di lavoro subordinato (distinto da quello di cui all'art. 2094 c.c. essenzialmente per la diversa struttura del nesso causale tra prestazione lavorativa e retribuzione) può essere utilmente ravvisato anche nel rapporto tra socio-lavoratore e cooperativa di produzione, di cui all'art. 23 del D.L.C.p.S. 14 dicembre 1947 n. 1577 (previsto e parzialmente disciplinato anche dall'art. 2 del regolamento di cui al R.D. n. 1955/1923, dall'art. 2 della legge n. 370/1934 sul riposo settimanale, dall'art. 1, 3° c., della legge n. 4/1953 sui prospetti-paga, dall'art. 8 della legge n. 236/1993, che ha esteso alle cooperative di lavoro la disciplina della Cassa integrazione guadagni e dei licenziamenti collettivi, dall'art. 24 della legge n. 196/1997, che ha esteso alle stesse la disciplina della garanzia in caso di insolvenza, e da altre disposizioni in materia fiscale e previdenziale) (192). Altrettanto non può dirsi invece, a mio avviso, in riferimento al lavoro giornalistico, mancando qualsiasi fondamento positivo alla tesi secondo cui la subordinazione in questo settore assumerebbe caratteri essenziali peculiari rispetto ai tipi legali già esaminati (193): il rapporto di lavoro del giornalista deve pertanto, ricorrendone gli elementi essenziali, essere qualificato come lavoro subordinato ordinario ex art. 2094 c.c., in quanto materialmente inserito nell'organizzazione aziendale (coordinamento spazio-temporale) e pienamente assoggettato al potere direttivo dell'imprenditore; oppure come lavoro subordinato decentrato, in quanto non soggetto a coordinamento spazio-temporale, ma avente a oggetto una attività omogenea rispetto a quella dell'impresa datrice di lavoro, vincolato alla conformità del « prodotto » rispetto a direttive preventivamente impartite dal creditore e avente carattere non meramente occasionale (194). Si osservi, tuttavia, come tali criteri di distinzione del lavoro giornalistico subordinato da quello autonomo non coincidano con i criteri di delimitazione del campo di applicazione del contratto collettivo nazionale di categoria: questo infatti pone esplicitamente alcuni requisiti ulteriori ai fini della propria applicazione (195).

Un discorso analogo vale in riferimento al lavoro degli addetti ai servizi di pulizia, non potendo ravvisarsi una modificazione dei criteri di cui all'art. 2094 c.c. nell'art. 26 del D.P.R. 31 dicembre 1971 n. 1403 (196); nonché in riferimento al lavoro subordinato agricolo, che rientra a pieno titolo nel tipo legale del lavoro subordinato nell'impresa di cui all'art. 2094 c.c. (197).

Di tipi legali a sé stanti non può parlarsi, a mio avviso, neppure in riferimento ai contratti di apprendistato (198) e di

formazione e lavoro (199) (§ 34); si tratta infatti di figure contrattuali individuate dagli stessi tratti distintivi che definiscono il tipo di cui all'art. 2094 c.c., con l'aggiunta di un elemento ulteriore: l'obbligo contrattuale a carico del datore di lavoro di impartire al giovane prestatore l'addestramento e la formazione professionale. Anche apprendistato e contratto di formazione e lavoro devono dunque considerarsi come sottotipi rispetto al tipo legale maggiore (diverso, ovviamente, e' il caso dei contratti di sola formazione, tra i quali in particolare le « borse-lavoro », di cui si dira' nel paragrafo seguente).

Occorre chiedersi se gli stessi contratti formativi possano configurarsi anche come sottotipi del contratto di lavoro subordinato decentrato. La risposta al quesito e' sicuramente negativa per l'apprendistato, poiche' l'inserimento materiale nell'organizzazione aziendale e' esplicitamente indicato dalla legge come essenziale ai fini dell'insegnamento e addestramento che al lavoratore devono essere impartiti (v. in proposito gli artt. 2, 1° c., e 11, lett. a, della legge 19 gennaio 1955 n. 25) (200). In riferimento al contratto di formazione e lavoro la risposta non puo' essere altrettanto netta, non potendosi escludere che in futuro i « progetti di formazione » contrattati in sede sindacale e/o approvati dall'organo amministrativo competente (§ 34), giungano a prevedere la possibilita' di una « formazione a distanza » mediante videoterminale collegato con il computer dell'impresa. Appare, anzi, prevedibile che il computer sia destinato a giocare in futuro un ruolo sempre piu' importante nel campo della formazione professionale.

Dal contenuto degli stessi « progetti di formazione » dipende anche la configurabilita' di contratti di formazione e lavoro come sottotipi del contratto di lavoro subordinato sportivo o artistico e del contratto di lavoro nautico.

Della riconducibilita' al tipo legale di cui all'art. 2094 c.c. anche del rapporto tra il lavoratore e l'agenzia fornitrice di lavoro temporaneo, disciplinato dalla legge n. 196/1997, si dira' nel capitolo che segue (§ 139).

Devono invece considerarsi come oggetto di un tipo legale a se' stante i c.d. « lavori socialmente utili », sperimentati come rimedio « fuori mercato » alla disoccupazione fin dall'immediato dopoguerra e disciplinati da numerose leggi speciali, dalla n. 264/1949 alla n. 223/1991 (201).

113. *I contratti di sola formazione e di « borsa-lavoro ».* — In sede di trattazione della disciplina della formazione professionale in azienda (§ 33) si e' detto dei contratti di inserimento in azienda a soli fini di formazione o addestramento, cioe' dei contratti di « tirocinio formativo e di orientamento » (L. n. 196/1997, art. 18) (202), di *stage* o di « borsa-lavoro » (L. n. 196/1997, art. 26, c. 3°; D.lgs. n. 280/1997, artt. 5-6), con i quali il datore di lavoro si obbliga ad accogliere nella propria struttura produttiva un lavoratore e ad assegnargli una o piu' mansioni al fine precipuo di arricchire la sua professionalita' e/o la sua capacita' di inserimento nel tessuto produttivo, affiancandolo a uno o piu' lavoratori esperti, capaci di svolgere il ruolo di istruttori.

Si e' anche gia' accennato al fatto che, con l'art. 18, lettera d), della legge n. 196/1997, il legislatore ha escluso esplicitamente la sussumibilita' del contratto di sola formazione nel tipo legale di cui all'art. 2094 c.c., per escludere in radice l'applicabilita' al giovane in formazione dell'apparato di tutele inderogabili che si attiva con la stipulazione del contratto di lavoro subordinato (203). Alla luce della giurisprudenza costituzionale sulla discrezionalita' del legislatore in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro (§ 97), la disposizione puo' considerarsi legittima in quanto sostanzialmente ricognitiva della estraneita' del contratto in questione rispetto al tipo legale del contratto di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c., per difetto dell'elemento causale essenziale dello scambio tra lavoro e retribuzione (204). Per lo stesso motivo la disposizione non puo' considerarsi come fonte di un'« eccezione » alle regole generali del diritto del lavoro: l'applicabilita' in favore del lavoratore dell'intero apparato di tutele inderogabili deve escludersi in tutti i casi in cui la prestazione lavorativa sia oggetto di un contratto non sussumibile nel tipo legale di cui all'art. 2094 c.c., o in altro tipo legale di lavoro subordinato o dipendente, per difetto dell'elemento causale essenziale di cui si e' detto.

La norma in esame deve, piuttosto, intendersi come fonte di disciplina della fattispecie e in particolare di una procedura preventiva (la convenzione) che impone la presenza di un ente terzo operante senza fini di lucro, in funzione di controllo sulla genuinita' del rapporto di tirocinio. La legge, pero', non impone che la convenzione preveda la corresponsione da parte dell'ente terzo di un'indennita' al lavoratore: cioe' che il rapporto di tirocinio assuma la forma della « borsa-lavoro ». Ne' la stessa legge prevede, peraltro, alcuna sanzione per il caso in cui il contratto di tirocinio o *stage* sia stipulato al di fuori della procedura stabilita, e in particolare senza l'intervento e il controllo dell'ente terzo; in tal caso il contratto deve considerarsi nullo per vizio di forma, ma, in difetto degli elementi essenziali dello scambio di lavoro contro retribuzione e/o dell'assoggettamento pieno della prestazione a eterodirezione, esso non sembra potersi « convertire » automaticamente in un contratto di lavoro subordinato ordinario.

(1) Con l'affermazione della coincidenza del campo di applicazione del diritto del lavoro con l'area della subordinazione si aprono tradizionalmente tutti i manuali della nostra materia. E ora anche la rassegna di F. Lunardon, *La subordinazione*, in *Diritto del lavoro*, commentario dir. da F. Carinci, vol. II cur. da C. Cester, Torino, 1998, p. 3.

(2) V. *Digesto*, XIX, 2, 51: « si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur: tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur ».

(3) F.H. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, Chicago-London, 1971 (ed. orig.: 1921): « In presenza dell'incertezza [circa la domanda futura espressa dal mercato e circa il risultato dell'attivit  produttiva], il fare le cose ... diventa ... una parte secondaria della vita; il problema o ruolo primario consiste nel decidere che cosa fare e come farlo » (p. 268); donde « ... il sistema nel quale il soggetto piu' sicuro di se' e intraprendente "si accolla il rischio" o "assicura" il piu' timido e dubbioso garantendogli un determinato reddito in cambio della cessione dei risultati effettivi » (pp. 269-270; trad. mia; l'intero testo di K. puo' leggersi in traduzione it.: *Rischio, incertezza e profitto*, Firenze, 1960).

- (4) *Op. ult. cit.*: « Stante la natura umana come la conosciamo, sarebbe impraticabile o molto insolito per una persona di garantire a un'altra un determinato risultato delle azioni di quest'ultima senza acquisire il potere di dirigere il suo lavoro » (p. 270); in questo senso K. parla di « inseparabilità » di questi due elementi, responsabilità [circa il risultato futuro e assunzione del rischio relativo] e potere direttivo » (p. 271 e *passim*; t. m.).
- (5) R. Coase, *La natura dell'impresa: la natura, il significato, l'influenza*, nella raccolta di scritti dello stesso A., *Impresa mercato e diritto*, a cura di M. Grillo, Bologna, 1995 (ma lo scritto originario è del 1988), pp. 145-146.
- (6) V. in proposito anche § 114 e ivi particolarmente note 1 e 2.
- (7) V. nota 19.
- (8) V. nota 18.
- (9) V. in proposito Cass. 24 maggio 1999 n. 5045, *MGL*, 1999, p. 875 (nonché p. 1174 con nota vivacemente critica di R. Pessi, *Impresa ed esclusività per via giudiziaria del rapporto di lavoro subordinato*): « Il rapporto di lavoro nel quale sia prevista la possibilità della prestazione dell'attività lavorativa da parte di un sostituto del lavoratore (da questi individuato nell'ambito di un gruppo noto al datore di lavoro) non cessa, per questo, di essere configurabile come subordinato, in presenza dei relativi presupposti. Infatti, la prestazione del sostituto non esclude la personalità della prestazione se a venire retribuito è comunque colui che la effettua in concreto » (sentenza riferita al rapporto di lavoro di un addetto alla ricezione di scommesse in un ippodromo). Sui precedenti giurisprudenziali e dottrinali in proposito v. § 121.
- (10) Cfr. M. Stolfi, *Appalto*, *Enc dir.*, II, 1958, pp. 629-632; D. Rubino, *Dell'appalto*, nel *Commentario del Codice civile* cur. A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1973, partic. pp. 4-6 e 25; C. Assanti, *Le professioni intellettuali e il contratto d'opera*, *Trattato di diritto privato* dir. P. Rescigno, vol. 15°, t. I, Torino, 1986, p. 1482; O. Cagnasso, *Appalto nel diritto privato*, *Digesto IV*, sez. comm., I, 1987, p. 167.
- (11) Ritiene invece che dal tipo legale dell'appalto sia senz'altro escluso il contratto di cui sia titolare il piccolo imprenditore C. Assanti, *loc. ult. cit.*
- (12) Sulla nozione tecnico-giuridica di « continuità » o « continuatività », nel senso della illimitata divisibilità della prestazione *ratione temporis*, v. §§ 80 e 86. Si osservi, in proposito, come una prestazione lavorativa la cui struttura la renda di per sé illimitatamente divisibile in ragione del tempo (prestazione di mera attività) possa essere resa in tutto o in parte indivisibile *per contratto*: nulla infatti vieta alle parti, in linea di principio, di pattuire un vincolo di indivisibilità di un segmento determinato della prestazione (ad esempio: la prestazione di una giornata, oppure la prestazione del conducente relativa a un determinato viaggio), col risultato che non potrebbe configurarsi un inadempimento parziale *ratione temporis* dell'obbligo lavorativo e il difetto della prestazione in una frazione del segmento reso indivisibile dal contratto determinerebbe la perdita della retribuzione per l'intero segmento.
- (13) Prevale nettamente in dottrina la tesi secondo cui al termine « collaborazione », nell'art. 2094, non può attribuirsi il significato dell'aggiunta di elementi definitivi ulteriori rispetto a quelli desumibili dalla parte restante della norma: v. in questo senso R. Scognamiglio, *Lezioni di diritto del lavoro*, Bari, 1963, dove l'A. parla dell'« insuperabile ambiguità » dell'idea di collaborazione »; L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in AA.VV., *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Milano, 1965, pp. 440-441; S. Magrini, *Lavoro (contratto individuale)*, *Enc dir.*, XIII, 1973, pp. 385-387; E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 1996, pp. 45-47. Attribuiscono invece valore all'uso dell'espressione « collaborare », per l'individuazione dell'obbligo peculiare del lavoratore subordinato, D. Napoletano, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1955, pp. 39-65, e M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, pp. 252-259, nell'ambito di costruzioni che sottolineano l'elemento dell'« inserimento » della prestazione nell'organizzazione dell'imprenditore; M.F. Rabaglietti, *La subordinazione nel rapporto di lavoro. I. Fondamento e principi*, Milano, 1959, pp. 74 e 157-158; nonché A. Cessari, *Fedelta', lavoro, impresa*, Milano, 1969, pp. 96-116, nell'ambito della teorizzazione del contratto di lavoro com contratto a causa associativa.
- (14) Così V. Cassi, *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro*, Milano, 1947, pp. 125-138; M.F. Rabaglietti, *La subordinazione ecc.*, cit., partic. p. 80; G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1988⁶, pp. 233-239.
- (15) Per una versione raffinata della teoria della « dipendenza » come dato inerente al contesto socio-economico del rapporto v. soprattutto M. Mazziotti, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, 1974, pp. 66-77; F. Santoni, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Napoli, 1979, partic. pp. 99-105 e 188-198; più recentemente, sulla stessa linea, S. Chiusolo, *Il lavoro subordinato e le nuove forme di organizzazione del lavoro*, L80, 1987, pp. 458-463. Un significato diverso rispetto all'assoggettamento a eterodirezione viene attribuito al termine « dipendenza » di cui all'art. 2094 da L. Spagnuolo Vigorita, *Relazione*, in AA.VV., *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Milano, 1988, pp. 31-32, dove il concetto di « prestazione subordinata dipendente » viene, per un verso, contrapposto alla prestazione subordinata dedotta in contratti di tipo associativo; per altro verso contrapposto al concetto di prestazione autonoma nell'area in cui « l'elemento forte della "direzione" non riesce a operare con attendibile efficacia qualificativa ».
- (16) Cfr. G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, PD, 1986, partic. pp. 81-82, dove nella contrapposizione fra lavoro professionalizzato, originariamente prerogativa del lavoratore autonomo e dell'imprenditore, e lavoro dequalificato (*operari*) viene individuata una radice storica della distinzione moderna tra lavoro autonomo e lavoro subordinato. Ma v. sul punto U. Romagnoli, *Alle origini del diritto del lavoro l'età pre-industriale*, RIDL, 1985, I, partic. pp. 516-521, dove proprio nell'idea di « mestiere » si ravvisa il principale valore originario, e mai del tutto dismesso, del diritto del lavoro.
- (17) Per una incisiva rassegna delle tesi dottrinali circa il significato del termine « dipendenza » nell'art. 2094 c.c. v. L. Gaeta (P. Tesaurò), *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, vol. I, *La subordinazione*, Torino, 1993, pp. 73-75.
- (18) Nella legge belga 10 marzo 1900 compare, all'art. 1, la definizione dell'operaio subordinato come lavoratore che « s'engage a travailler sous l'autorité, la direction et la surveillance d'un chef d'entreprise ou patron, moyennant une rémunération à fournir par celui-ci » (definizione tuttora in vigore, essendo stata poi ripresa nella legge 3 luglio 1978).
- (19) L'inessenzialità dell'elemento dell'eterodirezione nella *locatio operarum* è colta lucidamente già da L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901¹ e 1915-1917², che invece indica quell'elemento come essenziale nella figura socialmente tipica del lavoro subordinato nell'impresa: « questo rapporto di subordinazione implica una unilaterale affermazione della volontà del creditore di lavoro, una affermazione signorile, imperativa (di cui sono manifestazioni tipiche gli "ordini di servizio", i divieti, i contrordini, le assegnazioni a lavori diversi, entro i limiti contrattuali e via dicendo), che non ha bisogno di incontrare sul suo cammino un attuale consenso del lavoratore, poiché questi già nel contratto si è impegnato a sottostare senz'altro a quei comandi. ... io credo che questa distinzione tra lavoro autonomo e subordinato sia troppo profondamente radicata nella natura umana perché abbia a sparire » (pp. 698-700). La nozione di subordinazione, definita essenzialmente nei termini proposti da L. Barassi, ricorre poi frequentemente nella dottrina degli anni '20 e '30: v. tra gli altri M. Casanova, *Studi di diritto del lavoro*, Pisa, 1929, pp. 66-67; D.R. Peretti Griva, *Il rapporto di impiego privato*, Milano, 1935: « lo stato di subordinazione continua ... veramente è elemento necessariamente integrante del rapporto di impiego » (p. 124); G. D'Eufemia, *Nozioni generali sul contratto individuale di lavoro*, in *Tratt. dir. lav. dir.* da Borsi e Pergolesi, vol. I, Padova, 1939, pp. 98-104, dove la continuità in senso tecnico e l'eterodirezione sono indicate esplicitamente come distinti elementi costitutivi del « concetto giuridico di dipendenza », sinonimo di « subordinazione ». Molto meno ben definito, invece, appare il concetto di « subordinazione » in P. Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, pp. 58-64; e non è un caso: vedremo tra breve come questo A. opti per una nozione acontrattualistica della subordinazione (§ 81 e ivi nota 22) e come tale nozione non sia suscettibile di una definizione precisa.
- (20) È il passaggio che non sembra essere compiutamente colto da R. Corrado *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino, 1956; *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, Torino, 1966), quando egli propone una nozione unitaria del contratto di lavoro subordinato imperniata sul dato della continuità — in senso giuridico proprio — della prestazione, in contrapposizione al carattere istantaneo o periodico della prestazione di lavoro autonomo: « La differenza consiste... nella particolarità che la reiterazione riguarda, nella *locatio operis*, prestazioni istantanee; nella *locatio operarum*, prestazioni continuative. In questa affermazione è probabilmente il segreto della natura del contratto di lavoro » (*op. ult. cit.*, p. 290). La stessa tesi era stata sostenuta in precedenza da M. Savino, *Il lavoro nei rapporti di diritto privato*, Torino, 1950, pp. 69-76. Per una trattazione più ampia in proposito mi sia consentito rinviare al mio commento all'art. 2094 nel *Commentario* del codice civile diretto da P. Schlesinger, Milano,

1992.

- (21) V. ancora, per una trattazione più ampia, *op. ult. cit.*, pp. 44-50; ivi i riferimenti dottrinali in materia di lavoro autonomo, cui *adde* ora: G. e D. Giacobbe, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera. Artt. 2222-2228*, Milano, 1995, i quali ripropongono il criterio distintivo già proposto nella voce *Lavoro autonomo* in *Enc. dir.*, XXIII (1973), centrato sull'« inserimento » o no della prestazione nell'organizzazione del creditore; A. Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in questo *Trattato*, vol. XXVII, t. 1°, 1996; Id., *Locatio operis e lavoro « sans phrase » nella prospettiva di un nuovo statuto giuridico dei lavori*, *QDLRI*, n. 21, 1998, partic. pp. 78-88.
- (22) V. in questo senso, pur nel contesto di argomentazioni fra loro in parte differenti, P. Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, pp. 33-64 e 159-165; S. Pugliatti, *Proprietà e lavoro nell'impresa*, *RGL*, 1954, I, pp. 135-152; R. Scognamiglio, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit. (1963), partic. pp. 51 e 105-119 (« Erano ... queste posizioni elaborate con grande finezza, ma ... pericolose: negando il ruolo fondamentale del contratto mortificavano la volontà delle parti fino ad azzerarla »: così, in riferimento alle due ultime opere citate, F. Mancini, *Intervista*, *RIDL*, 1993, I, p. 154; cui R. Scognamiglio — *ivi*, 1994, I, p. 19 — risponde: « A mio avviso ... la nostra dottrina giuslavoristica ha conservato ... una posizione di male inteso ossequio agli schemi concettuali e ai criteri esegetici validi nei confronti del diritto civile e dei contratti ... il rapporto di lavoro subordinato non è un tipo di contratto, né è disciplinato come tale dal diritto »; di quest'ultimo A. v. anche, ultimamente, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, *ADL*, 1999, particolarmente pp. 275-276). Sostanzialmente nello stesso senso acontrattualistico v. A. Torrente, *I rapporti di lavoro. Parte generale*, Torino, 1966, pp. 87-98; P. Petino, *Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro su subordinato*, cit. nella nota 43.
- (23) V. in questo senso M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, *ADL*, 1995: « nel diritto del lavoro non è l'interpretazione del regolamento voluto dalle parti a stabilire la natura del contratto, ma è la qualificazione *in base alla natura obbiettiva del rapporto* a modellare la volontà delle parti entro uno schema contrattuale tassativo, in funzione di un ordine che, pur essendo fondato sulla volontarietà del vincolo, rispecchia interessi (collettivi, pubblici) in larga misura superiori ai loro » (p. 78; c. m.); dove il riferimento alla « natura obbiettiva del rapporto » va evidentemente inteso come riferimento al rapporto di lavoro quale mero dato fattuale, e non come dato negoziale (« regolamento voluto dalle parti »): « il giudizio sulla subordinazione è orientato a realizzare i valori sottesi dal sistema dei diritti costituzionali del lavoratore subordinato, ogni volta che si configuri *nei fatti* il relativo rapporto economico sociale » (ivi; c. m.). Sostanzialmente — ancorché meno esplicitamente — in questo senso v. le relazioni introduttive dello stesso D'Antona e di O. Mazzotta al congresso giuslavoristico di Udine su *Il ruolo dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro*, *DLRI*, 1991, pp. 451-512, e nel volume degli atti dello stesso congresso, Milano, 1994, pp. 3-67.
- (24) In giurisprudenza v. soprattutto Cass. 3 febbraio 1986 n. 648, *NGL*, 1986, p. 295, in riferimento al lavoro di una ortofonista; Cass. 28 agosto 1986 n. 5301, *ivi*, 1987, p. 138: « quello dell'organizzazione (più precisamente, dell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione) non è affatto un "criterio sussidiario" o come dire un dato indiziario da utilizzare come mezzo di ricerca, ma costituisce ... il punto d'arrivo della ricerca stessa, l'elemento portante della figura giuridica in questione » (in motivazione, p. 140; la sentenza si riferiva al caso di un direttore commerciale); v. inoltre Cass. 10 settembre 1988 n. 5158, *OGL*, 1989, p. 55, in riferimento al rapporto fra un medico e una casa di cura; Cass. 13 febbraio 1990 n. 1037, *mass.*; più recentemente v. Cass. 3 giugno 1998 n. 5464, *GC*, 1998, I, p. 1485, dove il requisito dello « stabile inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale » è indicato come elemento necessario del contratto di lavoro subordinato insieme a quello del suo « assoggettamento al potere organizzativo, gerarchico e disciplinare »; e, in riferimento al rapporto di lavoro del direttore di testata editoriale, Cass. 6 maggio 1999 n. 4558, *LPO*, 1999, p. 1874.
- (25) Cfr. F. Mancini, *Intervista cit.*, pp. 152-153: « La cultura giuridica tedesca aveva tradizionalmente una notevole influenza sulla nostra; ed è innegabile che il peso delle dottrine organicistiche tedesche ... si fosse già fatto sentire nella preparazione del nuovo codice civile italiano. A metà degli anni '50 non si sarebbe potuto davvero escludere che finisse col prevalere anche da noi una concezione del rapporto di lavoro come risultato dell'"inserimento" — la *Eigliederung* — del lavoratore nell'impresa-istituzione, nell'impresa-comunità, e perciò del suo assoggettamento a poteri attribuiti direttamente all'imprenditore dall'ordinamento in funzione dell'interesse superiore dell'impresa (se non anche "della nazione") ».
- (26) V. soprattutto L. Spagnuolo Vigorita, *Riflessioni in tema di continuità, impresa, rapporto di lavoro*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, vol. V, Napoli, 1972 (ma lo scritto era già pubblicato in *RDC*, nel 1969), pp. 1023-1072; M. Rusciano, *Note sulla giurisprudenza in tema di subordinazione nel rapporto di lavoro*, *DG*, 1972, pp. 587-590.
- (27) *Opp. e locc. citt.* nella nota precedente. In giurisprudenza v. ultimamente in tal senso T. Milano 20 gennaio 1999, *Giustizia a Milano*, 1999, n. 6, pp. 51-52.
- (28) V. per tutti su questo punto G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pp. 60-61.
- (29) U. Romagnoli, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, partic. pp. 194-195; la stessa idea è ripresa e sviluppata da F. Mazzotti, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, 1974, pp. 61-82; Id., *Diritto del lavoro*, Pisa, 1979, pp. 149-193; O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, partic. pp. 263-365, dove l'A., che pure dichiara di non voler negare la natura negoziale del rapporto di lavoro (p. 336), individua l'essenza della fattispecie nel rapporto di fatto attraverso il quale l'imprenditore si appropria dei frutti del lavoro personale del prestatore: « un comportamento "socialmente" valutabile quale contratto di lavoro »; e precisa di ispirarsi in proposito al *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato* di G. Stella Richter (p. 337, nt. 107); L. Mariucci, *Il lavoro decentrato*, Milano, 1979, partic. pp. 89-90; F. Santoni, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Napoli, 1979, pp. 101 e 189-190. Rende omaggio a questa teoria anche A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, cit. (1996), il quale dà atto dell'orientamento giurisprudenziale dominante nel senso dell'identificazione dell'essenza della subordinazione nell'assoggettamento al potere direttivo del creditore (p. 201), ma propone di temperare la nozione di potere direttivo in una nozione più ampia di « collegamento tra ruolo lavorativo e progetto produttivo-organizzativo altrui » (p. 202), per concludere infine con l'identificazione di questo « collegamento » nell'« alienazione del risultato e dell'organizzazione del lavoro », indicati come i veri « elementi decisivi »: « l'alienazione dei mezzi di produzione costituisce il sottinteso prenormativo che segna la pertinenza della prestazione di lavoro all'organizzazione che la utilizza » (pp. 206-207).
- (30) Cfr. M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, cit. nella nota 23 (1995): « la subordinazione non è una nozione concettualizzabile una volta per tutte » (p. 80).
- (31) L'opzione per questo metodo di qualificazione del rapporto di lavoro è esplicita in L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-criterici*, Napoli, 1967, p. 142; L. Mariucci, *Il lavoro decentrato*, cit., p. 84; O. Mazzotta, *Rapporti interpositori ecc.*, cit., pp. 330-331; M. Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione*, Milano, 1985, pp. 307-311; P. Tosi, in AA.VV., *Autonomia e subordinazione nelle figure professionali del terziario*, cit. (1988), pp. 125-126; L. Nogler, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, *RIDL*, 1990, I, pp. 182-224, alla cui opzione per il metodo « tipologico funzionale » di qualificazione aderisce, all'esito di una ampia discussione critica, S. Renga, *Mercato del lavoro e diritto*, Milano, 1996, pp. 49-81; M. D'Antona, *Limiti costituzionali ecc.*, loc. cit. nella nota prec.: « un ragionamento che partendo da elementi di fatto ne stabilisce la connessione con un valore o un fine, e impronta a questa relazione la conclusione, che è pertanto aperta, è appunto un ragionamento sintetico o tipologico, in contrapposizione con il ragionamento analitico o sussuntivo, che verifica l'identità di ciascun elemento di fatto rispetto a un concetto fisso che li contiene già tutti per arrivare a una conclusione logicamente necessitata » (pp. 78-79). In giurisprudenza si segnala, per una opzione esplicita e argomentata con particolare *vis* polemica in favore del metodo tipologico, P. Torino, 12 febbraio 1996, *RIDL*, 1997, II, p. 290, con nota di L. Zanutelli, *Il caso dei pony express ancora al centro della disputa sul metodo della qualificazione dei rapporti di lavoro*. Per una compiuta teorizzazione dell'applicazione del metodo tipologico nell'operazione qualificatoria, in riferimento al diritto italiano, v. G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974; ivi particolarmente sulla qualificazione del contratto di lavoro v. pp. 103-105, 114, 150. Per una critica dell'applicazione del metodo tipologico e una difesa dell'applicazione anche nel nostro campo del metodo sussuntivo v. L. Mengoni, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, *RIDL*, 1986, I, pp. 5-19; sostanzialmente nello stesso senso E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 1982 (come nelle ed. successive), pp. 41-46; Id., *La questione della subordinazione tra modelli tradizionali e nuove proposte*, *DLRI*, 1988, pp. 621-639; Id., *La qualificazione del contratto di lavoro subordinato: spunti teorici e criteri pratici*, in AA.VV., *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Milano, 1993, pp. 3-15 (anche se qui, a p. 14, l'alternativa tra metodo sussuntivo e tipologico è considerata dall'A. come « mal posta »); A.

Cataudella, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, DL, 1983, I, pp. 77-90; R. Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989, pp. 18-23; G. Proia, *Rapporto di lavoro e tipo (considerazioni critiche)*, Milano, 1997, partic. pp. 43-58; G. Perone, *Lineamenti di diritto del lavoro*, Torino, 1999, pp. 205-207. Per una esposizione incisiva dei termini del dibattito sul punto v. L. Gaeta (P. Tesaurò), *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, vol. I, *La subordinazione*, cit., pp. 54-58.

(32) V. in questo senso Cass. 14 luglio 1993 n. 7796, RIDL, 1994, II, p. 317, con nota di L. Nogler, *Forza contrattuale delle parti e qualificazione del rapporto di lavoro del direttore generale di una s.p.a. con società collegate*: ivi i riferimenti ad alcuni precedenti conformi sul punto specifico, nella giurisprudenza di legittimità e in quella di merito.

(33) Diverso è il discorso sulle circostanze individuate dalla scienza economica come fattori di « dipendenza economica » del prestatore nei confronti del creditore (§§ 4, 10 e 155), essendo pacifico che, per effetto di quei fattori, in posizione di « dipendenza economica » possono venire a trovarsi anche lavoratori sicuramente qualificabili come autonomi, nonché addirittura imprenditori titolari di aziende di piccole o medie dimensioni (v. infatti il recente intervento legislativo in materia di « subfornitura », di cui si dirà nel § 155).

(34) E' ben vero che, come è stato posto in rilievo da R. De Luca Tamajo (*La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, 1976, pp. 175-184), fra le norme inderogabili di diritto del lavoro possono individuarsi anche alcuni « divieti di carattere qualitativo »; ma, significativamente, lo stesso A. giunge alla conclusione che tali divieti sono « destinati a restare fuori dalla struttura contrattuale, e la loro portata si esaurisce nel determinare la semplice nullità ex art. 1418 c.c. o ex art. 1419, 1° co., c.c., delle contrarie manifestazioni di autonomia privata ».

(35) Sulla percezione del lavoro autonomo come preferibile rispetto a quello subordinato da parte dei lavoratori italiani v. Censis, *29° rapporto sulla situazione sociale del Paese*, 1995, pp. 72-75; in precedenza P. Sestito, *Alcune note sull'occupazione indipendente in Italia*, EL, 1989, n. 3, pp. 71-85. Per ulteriori indicazioni bibliografiche, estese anche alla letteratura straniera, faccio rinvio al mio *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, pp. 182-183.

(36) In questo senso v. soprattutto F. Pergolesi, *Il contratto individuale di lavoro nella nuova codificazione*, Bologna, 1942, pp. 31-37; L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. I, Milano, 1947, pp. 115-123; L. Delitala, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1949, pp. 39-49; L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in AA.VV., *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Milano, 1965 (ma lo scritto è del 1962): « nella definizione dell'articolo 2094, il prestatore di lavoro subordinato non è qualificato dall'esercizio di una attività, bensì dal compimento di un determinato atto giuridico, successivamente denominato contratto di lavoro » (p. 425); M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit. (1966), partic. pp. 43-47, e *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie del lavoro subordinato*, in *Studi in onore di S. Santoro Passarelli*, vol. V, Napoli, 1972, partic. pp. 862-863; S. Magrini, *Lavoro (contratto individuale)*, *Enc. dir.*, XXIII, 1973, pp. 377-381; L. Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1973, p. 63; G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 1982, pp. 168-188 e 239; E. Ghera, *Diritto del lavoro*, cit., pp. 41-46; M. Grandi, *Rapporto di lavoro*, *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, pp. 313-314; nonché ultimamente G. Perone, *Lineamenti di diritto del lavoro*, cit. nella nota 31, pp. 201-205.

(37) *Ex plurimis* Cass. 3 giugno 1985 n. 3310, GC, 1985, I, p. 2735; Cass. 8 ottobre 1988 n. 5437, DPL, 1989, p. 190; Cass. 13 marzo 1990 n. 2024, ivi, 1990, p. 1949; Cass. 19 agosto 1991 n. 8893, ivi, 1991, p. 2864; ultimamente Cass. 28 luglio 1999 n. 8187, OGL, 1999, p. 645 (in corso di pubblicazione anche in RIDL, 2000, n. 2, con nota di C. Pisani, *Lavoro subordinato e oggetto dell'onere della prova*). Per ulteriori riferimenti, ma soprattutto per una rassegna molto analitica e precisa dell'intera vicenda giurisprudenziale e dottrinale, v. L. Menghini, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, QDLRI, n. 21, 1998, pp. 143-232.

(38) Cfr. A. Manna, *Subordinazione e autonomia della prestazione di lavoro nella più recente giurisprudenza*, D&L, 1996: « Numerose sentenze della Suprema Corte statuiscano che dato fondamentale [ai fini della qualificazione] è quello della subordinazione/sottoposizione all'altrui potere direttivo ... esso va integrato con ulteriori criteri non per svalutare tale requisito essenziale, bensì perché esso stesso è oggetto dell'indagine ... proprio per accertare induttivamente se esista o meno nel caso concreto una sottoposizione all'altrui potere direttivo » (pp. 869-870). In questo senso, in riferimento alla previsione contrattuale di un vincolo di orario, del riposo settimanale o annuale, o della distribuzione della retribuzione in tredici mensilità, come elementi soltanto sussidiari su cui fondare la qualificazione, v. Cass. 6 febbraio 1995 n. 1350, RIDL, 1995, II, p. 817, con nota di C. Pollera, *Sulla qualificazione dei servizi di « accudienza » nel settore delle Ferrovie*.

(39) Nel senso che l'essenza della subordinazione vada ravvisata nell'assoggettamento pieno al potere direttivo del creditore e non nello sfuggente concetto di « inserimento » v. tra le numerose altre Cass. 3 giugno 1985 n. 3310, GI, 1986, I, 1, c. 1061, con nota di G. Gabrielli, *Sulla rilevanza decisiva della « subordinazione » ai fini della qualificazione dei rapporti di lavoro*; Cass. 8 luglio 1988 n. 4529, GI, 1989, I, 1, c. 1032; Cass. 27 gennaio 1989 n. 3930, DL, 1990, II, p. 242; Cass. 10 luglio 1991 n. 7608, RGL, 1992, II, p. 505, con nota di A. Chiacchieroni; Cass. 7 aprile 1992 n. 4220, RIDL, 1993, II, p. 258, con nota di L. Nogler, *Due massime standard in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*; Cass. 1° febbraio 1993 n. 1182, RIDL, 1993, II, p. 415 con nota dello stesso L. Nogler, *Il futuro si predice nel segno dell'autonomia*; T. Milano 8 settembre 1993, RIDL, 1994, p. 85, con nota di A. Fortunat, *L'« inserimento » organico del lavoratore in azienda come fonte di presunzione del suo assoggettamento all'obbligo di obbedienza*; Cass. 11 agosto 1994 n. 7374, cit. nella nota 61; Cass. 17 novembre 1994 n. 9718, IPrev, 1995, p. 108; Cass. 4 agosto 1995 n. 8565, GI, 1996, I, 1, c. 1402; Cass. 29 maggio 1996 n. 4948, DPL, 1996, p. 3338; Cass. 29 gennaio 1998 n. 894, DL, 1999, I, p. 211.

(40) L'idea che il potere direttivo del datore di lavoro « si attenui » in determinate fattispecie di lavoro subordinato, in corrispondenza della marcata autonomia attribuita al prestatore in ragione della sua professionalità specifica, è diffusissima in dottrina e in giurisprudenza; ma essa si basa evidentemente sulla confusione del dato fattuale con il dato negoziale. Nel senso che l'intensità dell'assoggettamento contrattuale al potere direttivo del creditore non varii con il variare del contenuto tecnico delle mansioni v. invece lucidamente S. Spano, *L'attore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, p. 31; E. Ghera, *La questione della subordinazione fra tradizione e nuove proposte*, cit. nella nota 31.

(41) R. Scognamiglio, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 49.

(42) L'idea dell'« attenuarsi » (fino a sfumare quasi completamente) del potere direttivo del creditore in numerose figure di lavoro subordinato è invece molto diffusa in dottrina. C. Lega (*Il diritto del lavoro e il lavoro autonomo*, RDL, 1950, I, pp. 126-129) è l'Autore che ha svolto per primo e più compiutamente questa idea, a sostegno della propria tesi circa la necessità di accomunare il lavoro autonomo al lavoro subordinato nell'ambito del diritto del lavoro; tra i numerosi altri scritti in cui essa compare successivamente v. in particolare V. Cassi, *La subordinazione del lavoratore ecc.*, cit., pp. 251-288; U. Prosperetti, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Milano, 1958, pp. 73-74; M. Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione*, cit., cap. V, interamente dedicato alla « variabilità della subordinazione ». Ma, a ben vedere, in tutti questi scritti viene in considerazione il manifestarsi esteriore del potere direttivo e non l'assoggettamento contrattuale della prestazione al potere stesso, che nel tipo legale definito dall'art. 2094 c.c. è sempre un assoggettamento pieno, sia pure entro i confini del debito professionale del lavoratore dedotto in contratto.

(43) L'orientamento giurisprudenziale nel senso della configurabilità, a queste condizioni, della subordinazione anche dell'amministratore o dirigente apicale ha incominciato ad affermarsi con la sentenza della Corte di Cassazione 24 marzo 1956 n. 845, MGL, 1956, p. 73; nello stesso senso, negli ultimi due decenni, v. tra le numerose altre, oltre a quelle citate nelle note seguenti, le sentenze della stessa Corte 4 aprile 1980 n. 2361, NGL, 1980, p. 898; 22 dicembre 1983 n. 7562, LPO, 1984, p. 344; 11 ottobre 1984 n. 5097, NGL, 1985, 262; 19 agosto 1987 n. 6953, OGL, 1987, p. 934; 10 novembre 1987 n. 8279, ivi, 1988, pp. 44 e 359 con nota di M. Di Ruocco, *Cumulo di cariche sociali e lavoro subordinato*; Cass. 29 gennaio 1998 n. 894, DL, 1999, I, p. 211; Cass. 8 febbraio 1999 n. 1081, NGL, 1999, p. 291; Cass. 19 aprile 1999 n. 3886, mass. In argomento v. però anche le circolari della Direzione generale dell'INPS 21 giugno 1983 n. 627 RCU/117 e 8 agosto 1989 n. 179 (§ b.3), dove si esprime un orientamento amministrativo ispirato a criteri di particolare rigore, evidentemente al fine di contrastare la diffusione della simulazione del lavoro subordinato dell'amministratore di società. La stessa questione è stata ampiamente trattata in dottrina: in linea con l'orientamento giurisprudenziale prevalente si pongono L. Angiello, *Autonomia e subordinazione nella prestazione lavorativa*, Padova, 1974, pp. 99-106; e, sia pur dubitativamente, G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1988⁶, pp. 266-268; I. Prasca, *Brevi cenni sull'amministrazione di società di capitali: problemi sostanziali e processuali*, RGL, 1990, II, pp. 265-269; e M. Papaleoni, *Note minime ad un recente convegno sui rapporti associativi*, MGL, 1991, pp. 132-133. G. Nicolini, *La simulazione del rapporto di lavoro subordinato*, cit., pp. 201-230, sostiene invece l'incompatibilità assoluta della posizione di

amministratore di società (di persone o di capitali) con quella di lavoratore alle dipendenze della stessa società; va segnalata inoltre la monografia di P. Petino, *Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro su subordinato*, Milano, 1968, caratterizzata dall'opzione teorica per la qualificazione del rapporto basata esclusivamente sulle modalità di fatto del suo svolgimento e sul suo « sostrato economico-sociale » (posizione di sostanziale alienazione del prestatore rispetto ai mezzi e al risultato del suo lavoro: § 82): donde, secondo l'A., la configurabilità della prestazione lavorativa subordinata nell'attività extragestoria dell'amministratore, a condizione che egli non rivesta anche la qualità di socio, o detenga comunque una quota del capitale irrilevante ai fini del controllo sulla società (v. in proposito anche nota seguente).

(44) V. in particolare in tal senso ultimamente Cass. 29 gennaio 1998 n. 894 cit.; Cass. 19 aprile 1999 n. 3886, mass. Nello stesso senso in precedenza Cass. 19 agosto 1987 n. 6953, *OGI*, 1987, p. 934; P. Torino 12 ottobre 1987, *GPiem*, 1988, p. 145; Cass. 3 aprile 1989 n. 1589, *DL*, 1990, II, p. 235.

Ma v. P. Parma 5 novembre 1988, *DPL*, 1989, p. 1086, dove è stata ritenuta compatibile la titolarità di un rapporto di lavoro subordinato con la posizione di socio amministratore unico di una società di capitali, sul presupposto che tale carica fosse operativamente limitata ai fini della rappresentanza esterna della società stessa, essendo per il resto l'attività del prestatore vincolata a uno « stretto collegamento decisionale e operativo con gli altri soci ». La stessa compatibilità è ritenuta da P. Petino, *Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato*, cit. nella nota prec., ma in riferimento alla sola attività extra-gestoria dell'amministratore unico (p. 285). Per ulteriori riferimenti v. la rassegna di A. Lassandari, *Lavoro e associazione*, in *Diritto del lavoro*, commentario dir. da F. Carinci, vol. II cur. da C. Cester, Torino, 1998, p. 66.

(45) Per un caso di questo genere v. T. Firenze 15 luglio 1969, *OGI*, 1970, p. 45. Sul punto che la subordinazione deve essere esclusa quando non vi sia un organo societario cui il dirigente debba rispondere del proprio operato, v. Cass. 11 novembre 1993 n. 11119, *MGL*, 1994, suppl. I; Cass. 6 novembre 1995 n. 11565, *MGL*, 1996, suppl. 5.

(46) Cass. 19 aprile 1999 n. 3886, mass. Su questo punto specifico, però, la giurisprudenza precedente sembra più possibilista: v. Cass. 28 novembre 1987 n. 8890, *GI*, 1988, I, 1, c. 2006; Cass. 19 maggio 1987 n. 4586, *NGL*, 1987, p. 510; e P. Milano 16 dicembre 1987, *DPL*, 1988, p. 879, nelle quali si afferma che la posizione di socio maggioritario di capitali « non è di per sé ostacolo alla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra socio e società, quando in concreto possa ravvisarsi esistente un rapporto di subordinazione almeno potenziale tra il detto socio e l'organo societario preposto all'amministrazione »; P. Lecco 30 novembre 1990, *RIDL*, 1991, II, p. 787, con nota di L. Nogler, *Intorno all'alternativa qualificatoria tra rapporto (sociale) di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato*. In senso opposto v. tuttavia T. Torino 4 dicembre 1987, *GPiem*, 1988, p. 827; P. Monza 12 gennaio 1988, *L80*, 1989, p. 730, che ha escluso la configurabilità del rapporto di lavoro subordinato tra una società a responsabilità limitata e il socio detentore del 90% delle relative quote.

(47) Cfr. Cass. 6 marzo 1987 n. 2386, mass.

(48) Cfr. P. Modena 8 luglio 1985, *IPrev*, 1985, p. 1348, e P. Parma 5 novembre 1988, cit. nella nota 44. Nel senso che il conferimento di una procura, anche ampia, non è di per sé incompatibile con la posizione di lavoratore subordinato v. anche P. Bergamo 20 gennaio 1986, *DPL*, 1986, p. 2547.

(49) Sulla piena compatibilità della natura gestoria dell'attività dedotta in contratto con la posizione di lavoratore subordinato v. già P. Greco, *Il contratto di lavoro*, cit. (1939), pp. 26 e 113-114, in riferimento all'ordinamento precedente al codice civile; inoltre G. Ardaù, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., vol. I, p. 25; L. Angiello, *Autonomia e subordinazione nella prestazione lavorativa*, cit., cap. III su « contratto di mandato e di lavoro subordinato » (pp. 77-112); e, pur nell'ambito di una costruzione radicalmente divergente da quella qui accolta (v. nota 43), P. PETINO, *Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato*, cit., particolarmente pp. 214-219. Nel senso dell'incompatibilità del carattere elettivo della carica ricoperta da un funzionario di associazione sindacale con il carattere subordinato della prestazione (qualificata in termini di mandato) v. invece P. Campobasso 4 gennaio 1994, *RIDL*, 1994, II, p. 666, con nota di V.A. Poso, *Sulla qualificazione della prestazione del funzionario sindacale*, e T. Campobasso 18 novembre 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 515, con nota di A. Avio, *L'elettività della carica non si concilia con la subordinazione*. Sul caso del « segretario generale » dell'istituto di ricerche di una grande confederazione sindacale, qualificato dal giudice come collaboratore autonomo per l'assenza di subordinazione nei confronti di un organo interno all'istituto stesso, essendo ritenuto irrilevante il controllo esercitato dall'associazione sindacale « dall'esterno », v. P. Roma 3 novembre 1998, *RGL*, 1999, II, p. 511, con nota di L. Valente, *Carica elettiva e rapporto di lavoro subordinato: il difficile percorso della qualificazione del rapporto e la rilevanza selettiva del criterio della subordinazione in senso gerarchico*.

(50) L'irrelevanza del tipo di attività lavorativa prestata ai fini della qualificazione del rapporto è da sempre universalmente riconosciuta: v. per tutti G. Mazzoni, A. Grechi, *Corso di diritto del lavoro (pro-manuscripto)*, Bologna, 1946, pp. 205-206; L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, cit., p. 431; G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 8-10; R. Corrado, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, cit. nella nota 20, pp. 293-297; U. Romagnoli, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, cit., pp. 184-189; G. Nicolini, *La simulazione del rapporto di lavoro*, cit., pp. 77-78; G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 301 (nell'ultima ed. curata da M. Papaleoni, 1988, p. 254); M. D'Antona, *Il lavoro e i lavori*, *LD*, 1988, p. 413; B. Brattoli, *Qualificazione del rapporto, accesso al lavoro ecc.*, *MGL*, 1999, p. 855. In giurisprudenza, tra le numerose altre nel senso che « ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di rapporto di lavoro autonomo, a seconda delle concrete modalità del suo svolgimento », v. Cass. 27 novembre 1986, *OGI*, 1988, p. 410; Cass. 17 febbraio 1987 n. 1714, *DPL*, 1987, p. 2009; Cass. 3 aprile 1990 n. 2680, *DPL*, 1990, p. 2066; Cass. 7 febbraio 1994 n. 1219, *GC*, 1994, I, p. 2257; Cass. 16 gennaio 1996 n. 326, mass.; Cass. 28 luglio 1999 n. 8187, cit. nella nota 37; si segnala inoltre, per la particolare precisione della motivazione e abbondanza di riferimenti alla giurisprudenza di cassazione su questo punto specifico, P. Torino 7 febbraio 1995, *RIDL*, 1995, II, p. 501, con nota di M. Tiraboschi, *Su qualificazione e inquadramento previdenziale degli istruttori di nuoto e di ginnastica*.

(51) Nel senso della astratta configurabilità del rapporto di lavoro subordinato tra socio e società di persone, salva la verifica in concreto della sussistenza dei relativi elementi essenziali, è orientata la giurisprudenza consolidata della Cassazione (v. Cass. 4 febbraio 1987 n. 1099, *GComm*, 1987, II, p. 552; Cass. 7 agosto 1991 n. 8612, *IPrev*, 1991, p. 1214; Cass. 12 maggio 1999 n. 4725, *NGL*, 1999, p. 568, e *OGI*, 1999, p. 652). Per una posizione drasticamente negativa sul punto v. invece P. Ascoli Piceno 15 febbraio 1986, *DL Marche*, 1987, p. 215, con nota di C. Brugnoli. In dottrina v. sul punto, con ampia argomentazione, nel senso della configurabilità del rapporto subordinato a patto che il socio resti estraneo all'amministrazione della società, G. Nicolini, *La simulazione del rapporto di lavoro subordinato*, cit., pp. 201-212. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali in argomento v. la rassegna di A. Lassandari, *Lavoro e associazione*, cit., pp. 55-56.

(52) F. Galgano, *L'imprenditore*, Bologna, 1970, p. 132; A. Anastasi, *Instutore*, *Enc dir*, XXI, 1971, p. 840; ivi ulteriori riferimenti dottrinali. Lo stesso Anastasi propende però per escludere dall'oggetto del rapporto di lavoro tra preponente e instutore l'attività propriamente gestoria, sul presupposto (non condiviso dalla dottrina prevalente: v. nota 49) dell'estraneità di questa rispetto al concetto di « lavoro » di cui agli artt. 2094 e 2222: si configurerebbe, pertanto, una « combinazione » tra contratto di mandato e contratto di lavoro (pp. 840-845).

(53) V. in questo senso T. Milano 31 maggio 1996, *LG*, 1996, p. 856.

(54) Per la qualificazione di un fattore di campagna come lavoratore autonomo — motivata peraltro in modo assai discutibile — v. T. Camerino 29 gennaio 1991, *RIDL*, 1992, II, p. 114, con nota di L. Nogler. Nel senso della possibile natura autonoma o subordinata della prestazione del fattore di campagna v. in dottrina L. Angiello, *Autonomia e subordinazione nella prestazione lavorativa*, cit., pp. 106-111; ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali su questa particolare figura.

(55) In questo senso, e solo in questo, si giustifica la distinzione fra prestazione di lavoro come prestazione « di attività » o « di comportamento » e prestazione d'opera come prestazione « di risultato », purché sia tenuto fermo che anche il « comportamento » conforme alle direttive, e quindi utilmente inserito nell'organizzazione aziendale, costituisce un « risultato » essenziale nella fisiologia del rapporto obbligatorio (v. sul punto soprattutto L. Mengoni, *Obbligazioni « di risultato » e obbligazioni « di mezzi »*, *RDComm*, 1954, I, pp. 188 ss.; M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pp. 100-148; v. inoltre il frammento del *Digesto* citato nella nota 2).

(56) Sulla possibilità di desumere il carattere continuativo (in senso tecnico) della prestazione lavorativa dalle modalità di determinazione dell'orario e della retribuzione rinvio alla trattazione più ampia svolta nel già citato *Commentario* del codice civile, *sub art.* 2094, pp. 196-198.

(57) V. infatti Cass. 28 luglio 1999 n. 8187, cit. nella nota 37, dove è esplicitamente affermata la compatibilità del carattere continuativo della

prestazione con il rapporto di collaborazione autonoma.

(58) Assai significativo, da questo punto di vista, è il caso dei c.d. « pony express » affrontato, e risolto in modi opposti, da P. Milano 20 giugno 1986 e da T. Milano 10 ottobre 1987 (entrambe in *RIDL*, 1987, II, risp. p. 70 e p. 688), dove il Pretore, muovendo da una radicale svalutazione della rilevanza del contenuto della pattuizione *inter partes*, ha coerentemente preso in considerazione il dato della « continuità » come modo d'essere del comportamento del lavoratore storicamente osservabile, ravvisando la sussistenza di tale indice della subordinazione; il Tribunale, invece, muovendo dalla premessa contraria, ha escluso la qualificabilità della prestazione come « continuativa ». L'impostazione della questione seguita dal Tribunale di Milano è quella che ha poi prevalso nella giurisprudenza di cassazione, con la sentenza 10 luglio 1991 n. 7608 (*RGL*, 1992, II, p. 505, con nota di A. Chiacchieroni, *Ancora sul pony express*); v. anche, successivamente, Cass. 25 gennaio 1993 n. 811, *RIDL*, 1993, II, p. 425, con nota di M. Caro; ma non sono mancate sentenze di merito successive in senso contrario: v. P. Torino 12 febbraio 1996, *RIDL*, 1997, II, p. 290, con nota di L. Zanotelli, *Il caso dei pony express ancora al centro della disputa sul metodo della qualificazione dei rapporti di lavoro*. Nel senso della rilevanza della continuità giuridica della prestazione, in riferimento a svariate figure professionali diverse dai *pony express*, v. T. Milano 22 aprile 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 28, con nota di M.T. Carinci, *Autonomia e subordinazione nel rapporto di lavoro del consulente tecnico, dell'osservatore ippico, dell'installatore di programmi informatici, del trasportatore e del facchino*.

(59) V. Cass. 26 maggio 1983 n. 3650, cit.: « La previsione di un rigido orario per la prestazione lavorativa costituisce sicura estrinsecazione del potere direttivo del creditore del servizio (e, quindi, della natura subordinata del rapporto di lavoro) quando sia espressione dell'autonomia decisionale nell'organizzazione aziendale, non quando inerisca alla prestazione richiesta, tale da dover essere espletata, per sua natura o per fattori estranei alle parti, in tempi non modificabili, che anche l'imprenditore o il lavoratore autonomo, debitori del risultato, sono obbligati a rispettare ». La massima può considerarsi consolidata: v. tra le numerose altre Cass. 5 dicembre 1988, *DPL*, 1989, p. 945; Cass. 6 febbraio 1995 n. 1350, cit. nella nota 38. V. però, per un caso in cui l'assoggettamento di un medico di guardia di casa di cura ai turni di lavoro predisposti dal direttore sanitario è stato considerato come indice di subordinazione, Cass. 26 ottobre 1994 n. 8804, *RIDL*, 1995, II, p. 496, con nota di M. Mariani, *Sul rapporto di lavoro dei medici di guardia delle case di cura private*.

(60) Nel senso della qualificazione come prestazione autonoma del lavoro dell'esperto informatico non soggetto al potere direttivo del creditore né a un vincolo di orario, v. P. Milano 24 aprile 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 509, con nota di O. Bonardi, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di subordinazione e autonomia nel lavoro informatico*; P. Milano 28 agosto 1996, *RIDL*, 1997, II, p. 282, con nota di M. Caro, *Sulla qualificazione del lavoro informatico*.

(61) Nel senso della indisponibilità della qualificazione anche in sede collettiva v. Cass. 11 agosto 1994 n. 7374, *RIDL*, 1995, II, p. 480, con nota di A. Lassandari, *Qualificazione del rapporto di lavoro, oneri probatori e rilievo della volontà delle parti*. In senso contrario v. però, in dottrina, M. Pedrazzoli, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, *RIDL*, 1984, I, p. 554; Id., *Democrazia industriale e subordinazione*, cit., pp. 366-367; Id., *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, *LD*, 1990, pp. 355-406 e 549-591 (« le norme collettive sono omologhe alla legge, sono cioè fonte », ma « solo con riguardo alla qualificazione »: p. 586); concorda sul punto L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e impresa*, *OGI*, 1986, p. 990.

(62) Attribuire rilievo decisivo alla volontà negoziale effettiva delle parti non significa dunque affatto ridurre l'operazione qualificatoria alla mera interpretazione di tale volontà negoziale (sarebbe altrimenti condivisibile il rifiuto di questa impostazione espresso da M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale ecc.*, cit., partic. p. 75 e ivi nota 33), poiché la volontà negoziale che rileva — giova ripeterlo ancora una volta — non è quella che attiene alla qualificazione, o classificazione, o denominazione del rapporto, bensì quella che attiene al suo assetto strutturale effettivo, e più precisamente all'assoggettamento pieno del lavoratore al potere direttivo del creditore (v. ultimamente in tal senso, in modo molto netto, Cass. 28 luglio 1999 n. 8187, cit. nella nota 37).

(63) V. in proposito L. Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione del contratto*. Artt. 1362-1371, Milano, 1991, dove la qualificazione attribuita dalle parti al contratto è indicata come « elemento non decisivo ma blandamente concorrente alla determinazione del senso reale da attribuire alla fattispecie realizzata, in quanto tale incapace di imporsi al giudice » (p. 23). In proposito, in riferimento specifico alla qualificazione del rapporto di lavoro, v. la sintesi equilibrata e precisa dello stato del dibattito dottrinale sulla questione proposta da L. Angelini, *Sulla rilevanza del nomen iuris nel processo di qualificazione del rapporto di lavoro*, *RGL*, 1999, II, pp. 669-679.

(64) Nella giurisprudenza di cassazione è venuta consolidandosi dalla metà degli anni '80 la massima secondo la quale « Il principio per cui ai fini della distinzione tra rapporto di lavoro autonomo e subordinato è necessario avere riguardo all'effettivo contenuto del rapporto stesso, indipendentemente dal *nomen iuris* usato dalle parti, non implica che la loro dichiarazione di volontà in ordine alla fissazione di tale contenuto debba essere stralciata nell'interpretazione del contratto e che non debba tenersi conto del relativo affidamento reciproco delle parti, costituendo per contro tale dichiarazione, anche in relazione al suddetto affidamento, in presenza di modalità esecutive non incompatibili con l'espletamento in forma autonoma della prestazione di lavoro, un elemento di carattere fondamentale e prioritario per risolvere le situazioni di ambiguità fattuale »: v. ultimamente in questo senso Cass. 19 novembre 1998 n. 11711, *RGL*, 1999, II, p. 665, con nota di L. Angelini, cit. nella nota prec.; in precedenza v., tra le molte, nello stesso senso Cass. 3 giugno 1985 n. 3310, *GC*, 1985, I, p. 2735; Cass. 17 aprile 1990 n. 3170 (*IPrev*, 1991, p. 103, e *RGL*, 1991, II, p. 208, con nota di L. Menghini, *Autonomia e subordinazione: sollecitazioni dottrinali e risposte della giurisprudenza*), dove si precisa che dal *nomen* utilizzato dalle parti può dedursi il loro intendimento di imprimere alla prestazione lavorativa il carattere dell'eterodirezione o della continuità; Cass. 17 novembre 1994 n. 9718, *IPrev*, 1995, p. 108; Cass. 4 agosto 1995 n. 8565, cit.: « Ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come subordinato o autonomo, il giudice deve in primo luogo ricercare la volontà delle parti, atteso che, se queste hanno dichiarato di voler escludere la subordinazione, è possibile pervenire a una diversa qualificazione del rapporto solo se si dimostra che tale subordinazione si è di fatto realizzata in fase di esecuzione, con l'assoggettamento del lavoratore al potere del datore di lavoro di disporre della prestazione e controllarne intrinsecamente lo svolgimento, restando altrimenti esclusa l'utilizzabilità, ai fini dell'affermazione della natura subordinata dell'attività, di elementi compatibili con l'uno o con l'altro tipo di rapporto, quali la continuità della prestazione, la retribuzione fissa, l'orario predeterminato, le direttive e i controlli sull'esecuzione, l'inesistenza di un'organizzazione imprenditoriale in capo al lavoratore »; Cass. 29 maggio 1996 n. 4948, mass.; Cass. 20 giugno 1997 n. 5520, *RIDL*, 1997, II, con nota di G. Pera, *Sul valore della volontà cartolare per la qualificazione del rapporto di lavoro*; Cass. 4 novembre 1997 n. 10824, *NGL*, 1997, p. 722; Cass. 7 aprile 1998 n. 3603, mass.; Cass. 25 maggio 1998 n. 5214, *GI*, 1999, I, 1, p. 1406, con nota di A. Lepore. Per la giurisprudenza di merito v. recentemente, nello stesso senso, P. Ancona 11 gennaio 1999, *DLMarche*, 1999, p. 87. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali sul punto v. F. Lunardon, *La subordinazione*, cit., p. 16. Nel senso della mera annullabilità della transazione a posteriori circa la qualificazione del rapporto (ma la decisione è assai discutibile, poiché la transazione può investire soltanto le conseguenze della qualificazione stessa, essendo questa radicalmente sottratta all'autonomia individuale) v. Cass. 8 luglio 1988 n. 4529, cit. nella nota 39; l'inefficacia di una siffatta transazione nei confronti dell'istituto previdenziale è comunque fuori discussione.

(65) La riferibilità del concetto di simulazione alla materia del lavoro subordinato non è pacifica in dottrina. Logica conseguenza, questa, del nesso ineliminabile tra simulazione e autonomia negoziale (v. in proposito G. Nicolini, *La simulazione del rapporto di lavoro*, Milano, 1969, pp. 79-119): se si nega la rilevanza della volontà negoziale ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro, deve coerentemente negarsi anche la configurabilità in questa materia del fenomeno simulatorio; v. infatti F. Mazziotti, *Diritto del lavoro*, Pisa, 1979: « ... individuandosi la fattispecie concreta nella stessa esecuzione, con irrilevanza di ogni altra contraria dichiarazione di volontà ... risultano nel nostro caso irrilevanti sia l'istituto della simulazione (artt. 1414-1417 c.c.), sia quello del contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.) » (p. 495). Nel senso, invece, della configurabilità del fenomeno simulatorio nella nostra materia è orientata la dottrina prevalente: v. per tutti, oltre alla monografia di G. Nicolini citata sopra, F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1981, p. 146; G. Arda, *Manuale di diritto del lavoro*, vol. II, Milano, 1972, pp. 827-828.

(66) Cfr. A. Manna, *Subordinazione e autonomia della prestazione di lavoro nella più recente giurisprudenza*, cit., p. 874, dove l'A. parla della « imprescindibilità della sintesi d'indagine tra la volontà negoziale manifestata (ove ne risulti il tenore) e contenuto effettivo che le parti hanno poi dato al rapporto ». V. -proposito, tra le numerose altre, Cass. 20 gennaio 1995 n. 649, *DPL*, 1995, p. 1508; Cass. 22 agosto 1997 n. 7885, *RIDL*, 1998,

II, p. 666.

(67) Cfr. recentemente sul punto P. Roma 29 settembre 1998 (DL, 1999, II, p. 222, con nota di R. Sciotti, *Volontà negoziale « effettiva » e assoggettamento a direttive « specifiche » nella qualificazione delle prestazioni infermieristiche*), che ha qualificato come prestazione autonoma quella di una infermiera, dalle cui modalità di esecuzione il giudice ha desunto un assetto negoziale del rapporto che non prevedeva un assoggettamento pieno a eterodirezione.

(68) Per una trattazione analitica dei problemi dell'accertamento analitico presuntivo della sussistenza degli elementi essenziali del tipo rinvio ancora al mio commento all'art. 2094 nel *Commentario* diretto da P. Schlesinger, cit., pp. 163-223.

(69) G. De Nova (*Il tipo contrattuale*, cit., pp. 111 e 117-118) ritiene che in questo caso sotto il ragionamento formalmente sillogistico si nasconde sempre, nella sostanza, l'applicazione del metodo tipologico. Nel senso della piena compatibilità di quest'ultima operazione concettuale con il metodo sillogistico v. invece L. Mengoni, *La questione della subordinazione ecc.*, cit., pp. 14-16. È su questo terreno che può, a mio avviso, realizzarsi una saldatura tra il metodo sillogistico e il metodo « tipologico funzionale » proposto da L. Nogler (v. nota 31).

(70) È questo, a ben vedere, il significato che assume il concetto di « organizzazione », come elemento essenziale del tipo legale del lavoro subordinato, nella costruzione proposta da M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit. (1966), che tuttora costituisce un punto di riferimento dottrinale essenziale in questa materia.

(71) Per i riferimenti giurisprudenziali in proposito v. nota 24.

(72) Per i riferimenti giurisprudenziali in proposito v. nota 39.

(73) Il riferimento alla prestazione lavorativa « continuativa e coordinata » compare anche nell'art. 2 della legge 14 luglio 1959 n. 741, dove peraltro manca l'indicazione del requisito del carattere « prevalentemente personale » della prestazione stessa (su tale differenza di formulazione v. P. Sandulli, *Il lavoro autonomo. Disposizioni generali*, in *Tratt. dir. priv.* dir. da P. Rescigno, vol. XV, t. 1°, Torino, 1986, pp. 1417-1418). Un riferimento del tutto analogo alla « collaborazione coordinata e continuativa ... senza vincolo di subordinazione » era contenuto nell'art. 49 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 597, in materia di imposta sul reddito delle persone fisiche, norma rimasta sostanzialmente invariata nell'art. 49 del testo unico emanato con il D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917, dove si indicano a titolo esemplificativo le figure dell'« amministratore, sindaco o revisore di società, associazioni e altri enti » nonché quella del collaboratore di « giornali, riviste, enciclopedie, e simili »; anche qui manca il requisito del carattere prevalentemente personale della prestazione lavorativa. All'ultima norma citata fa ora riferimento l'art. 5 del D.lgs. 23 febbraio 2000 n. 38 per individuare i « lavoratori parasubordinati » ai quali il decreto stesso estende il regime di assicurazione anti-infortunistica obbligatoria.

(74) Così P. Sandulli, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 1419. Svaluta invece la possibilità di individuare « indici di distinzione » tra rapporto di lavoro subordinato e di lavoro parasubordinato « riferiti esclusivamente alla prestazione di lavoro o, più esattamente, al suo concreto atteggiarsi » R. Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, cit., pp. 200-202, il quale propone come criterio essenziale di distinzione del lavoro parasubordinato « l'inesistenza di una garanzia reddituale "sufficiente", assimilabile a quella del lavoro subordinato » (ma in questo modo, a mio avviso, si opera una indebita confusione tra elementi essenziali della fattispecie, così come individuati dal nostro ordinamento attuale, e disciplina della stessa: v. in proposito nota 97).

(75) Sulla distinzione fra prestazioni lavorative a carattere continuativo da un lato, istantaneo o periodico dall'altro, rinvio alla mia monografia *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. I, Milano, 1994, pp. 15-35. Per una discussione critica circa la rilevanza di questa distinzione ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro v. L. Nogler, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, cit., pp. 195-200, dove l'A. sostiene che la distinzione stessa costituirebbe soltanto una nuova versione della vecchia distinzione fra obbligazioni « di mezzi » e obbligazioni « di risultato »; ma, a mio avviso, proprio il fatto — sottolineato dallo stesso N. sulla scorta della migliore dottrina (citata nella nota 55) — che anche una prestazione a carattere continuativo in senso tecnico possa realizzare un « risultato » rilevante nell'economia del rapporto obbligatorio dimostra come la contrapposizione fra prestazioni continuative e non continuative non corrisponda affatto alla discussa contrapposizione fra prestazioni « di mezzi » e prestazioni « di risultato ».

(76) Cfr. M. Pedrazzoli, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, RIDL, 1984, I: « deve essere riscontrabile, anche solo *ex postea*, un qualche dato di unificazione a partire dal quale sia lecito desumere che, con il complesso delle prestazioni, si è soddisfatto un bisogno del committente ... dotato del grado di persistenza e di omogeneità che consenta di considerare unitariamente l'interesse che vi è correlato » (p. 522). In senso contrario su questo punto G. Nicolini, *Lezioni di diritto del lavoro*, Rimini, 1985, pp. 87-88; v. inoltre Cass. 19 agosto 1987, mass., che ha escluso la configurabilità della collaborazione « continuativa e coordinata » ex art. 409/3 c.p.c. nel contratto di mediazione, stante il fatto che esso è caratterizzato dalla mancanza di un vincolo durevole di collaborazione tra il mediatore ed il committente.

(77) V. in tal senso G. Ghezzi, *I rapporti di diritto privato soggetti al nuovo « rito del lavoro »*, RGL, 1974, I, pp. 99-105; A. Cessari, *Sul campo soggettivo di applicazione del nuovo rito del lavoro*, DL, 1974, I, pp. 6-19; G. Pera, *Rapporti c.d. di parasubordinazione e rito del lavoro*, RDP, 1974, pp. 422-429; G. Santoro Passarelli, *Il lavoro « parasubordinato »*, Milano, 1979, particolarmente pp. 59-70; R. Pessi, *Considerazioni sul rapporto di lavoro parasubordinato: individuazione di una fattispecie*, DL, 1980, II, p. 361; P. Sandulli, *loc. ult. cit.*, e *In tema di collaborazione autonoma continuativa e coordinata*, DL, 1982, I, particolarmente pp. 247-255; A.M. Grieco, *Lavoro parasubordinato e diritto del lavoro*, Napoli, 1983, pp. 18-19, nota 7; C. Cester, G. Suppiej, *Lavoro subordinato (contratto e rapporto)*, AppNDI, IV, 1983, p. 762; M. Pedrazzoli, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, cit., pp. 519-525; M.V. Ballestrero, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, LD, 1987, pp. 60-62. Aderisce a questo orientamento anche A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, cit., pp. 220-222, ma « con qualche riserva, data l'incertezza che una simile valutazione della "durata" del rapporto può ingenerare ».

(78) V., tra le prime sentenze in argomento, Cass. 22 luglio 1976 n. 2906, FP, 1976, I, c. 146; Cass. 24 aprile 1976 n. 1473, ivi, 1976, I, c. 180; nell'ultimo decennio Cass. 30 gennaio 1989 n. 573, mass., in riferimento all'opera artistica svolta da un *designer* pubblicitario per un rilevante periodo di tempo in funzione della pubblicizzazione dei prodotti di un'impresa; Cass. 15 aprile 1991 n. 4030, mass., in riferimento alla consulenza prestata da un avvocato a un imprenditore « nelle fasi di progettazione e realizzazione di una rilevante iniziativa economica »; Cass. 9 gennaio 1996 n. 96, GC, 1997, I, p. 824, con nota di C. Asprella, *Collaborazione di un legale « esterno » e parasubordinazione*; Cass. 24 luglio 1998 n. 7288, DPL, 1999, p. 211, nella cui massima pubblicata si legge che il requisito della « continuatività », necessario per il configurarsi della fattispecie di cui all'art. 409/3 c.p.c., « può sussistere anche in caso di unicità dell'opus, quando la sua realizzazione implichi un'interazione tra le parti » (in riferimento alla prestazione resa nei confronti di un calzaturificio da un professionista incaricato di realizzare il disegno di un nuovo prodotto e di seguirne poi personalmente le fasi di produzione industriale). È stata però esclusa (da Cass. 4 novembre 1982 n. 5801, FL, 1983, I, c. 936) la riconducibilità alla fattispecie di cui all'art. 409/3 c.p.c. del « rapporto avente a oggetto due singoli e separati incarichi di progettazione, sia pure impegnativi e richiedenti un notevole tempo di esecuzione, ma aventi carattere occasionale e non suscettibili di realizzare un vero e proprio inserimento funzionale del prestatore di opera autonoma nell'organizzazione del preponente ». Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali circa il requisito della « continuità » della prestazione v. la rassegna di C. Pisani, *I rapporti di collaborazione continuativa e coordinata*, in *Diritto del lavoro*, commentario dir. da F. Carinci, vol. II cur. da C. Cester, Torino, 1998, pp. 38-40.

(79) Cfr. G. Santoro Passarelli, *Il lavoro « parasubordinato »*, cit., p. 66-70, che individua l'essenza del « coordinamento » di cui all'art. 409/3 c.p.c. nel « collegamento funzionale » della prestazione lavorativa con l'attività del creditore. È significativa, da questo punto di vista, la disposizione contenuta nell'art. 14, 11° comma, lettera c, della legge 5 agosto 1981 n. 416 (c.d. « riforma dell'editoria »), come modificato dall'art. 7 della L. 25 febbraio 1987 n. 67, che qualifica senz'altro come collaborazione autonoma « coordinata e continuativa » la prestazione degli addetti alla vendita ambulante o « porta a porta » di prodotti editoriali, quando la prestazione stessa non sia svolta in forma subordinata; tale qualificazione ha, tuttavia, rilievo soltanto sul piano fiscale (art. 49 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 597, e ora del D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917: v. in proposito nota 73), almeno laddove faccia difetto l'ulteriore requisito del carattere prevalentemente personale della prestazione, di cui all'art. 409/3 c.p.c.

(80) Cfr. G. Santoro Passarelli, *op. ult. cit.*, pp. 170-170; ivi ulteriori riferimenti in tema di qualificazione del lavoro dei liberi professionisti. Ben può essere però considerata « continuativa e coordinata » ex art. 409/3 c.p.c. la prestazione professionale dell'avvocato stabilmente incaricato della

consulenza e assistenza giudiziale a favore di un'impresa, associazione o ente pubblico: Cass. S.U. 28 giugno 1984 n. 3815, *FI*, 1984, I, c. 1813; Cass. 21 febbraio 1986 n. 1061, *ivi*, 1987, I, c. 1558; Cass. 12 ottobre 1987 n. 7550, *mass.*; Cass. 5 dicembre 1987 n. 9092, *mass.*; Cass. 3 marzo 1988 n. 2246, *mass.*; Cass. 9 luglio 1988 n. 4546, *mass.*; Cass. 19 maggio 1994 n. 4918, *RIDL*, 1995, II, p. 49, con nota di L. Calafà, *Consulenti del lavoro, parasubordinazione e pluralità di clienti* (sulla quale v. nota 83).

(81) Parla a questo proposito di una « tendenziale "confusione" del requisito [della coordinazione] con quello della "continuità" » A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 223; in precedenza, nello stesso senso, M. Pedrazzoli, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, cit., dove si osserva come la giurisprudenza « attui con facilità un interscambio, per cui la continuità » è vista in effetti come indice di coordinazione e viceversa » (p. 521). In senso parzialmente contrario P. Sandulli, *Il lavoro autonomo*, cit.: « il coordinamento costituisce una ulteriore, più complessa modalità organizzativa della prestazione che, pur restando autonoma, è da essa programmaticamente vincolata, senza tuttavia l'attribuzione di poteri in capo al committente diversi da quelli di un più accentuato controllo » (p. 1419). Per ulteriori riferimenti in proposito v. la rassegna di C. Pisani, *I rapporti di collaborazione continuativa e coordinata*, cit., pp. 40-41.

(82) Sul requisito del carattere « prevalentemente personale » della prestazione di lavoro autonomo v. § 78; in riferimento specifico alla fattispecie qui in esame v. ampiamente P. Sandulli, *op. ult. cit.*, pp. 1420-1422; e più recentemente A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, cit., pp. 224-225. In giurisprudenza v. Cass. 26 luglio 1996 n. 6752, *mass.*, dove si precisa che il requisito del carattere « prevalentemente personale » della prestazione va inteso nel senso della « prevalenza » del lavoro personale non soltanto sull'eventuale apporto di collaboratori, ma anche sull'utilizzazione di mezzi materiali; inoltre Cass. 25 giugno 1987 n. 5613, *DPL*, 1987, p. 3271, dove si è ritenuto compatibile con il « carattere prevalentemente personale » della prestazione *ex art.* 409/3 c.p.c. il fatto che l'attività fosse svolta da soggetti costituiti in società, essendo quest'ultima titolare dell'obbligazione lavorativa (nella specie, prestazioni di radiologia e fisioterapia eseguite, in convenzione con una U.S.L., da due professionisti uniti in società semplice); nello stesso senso Cass. 30 ottobre 1991 n. 11651, *GC*, 1992, I, p. 2441; Cass. 18 novembre 1994 n. 9775, *FI*, 1995, I, c. 1487. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali sul punto v. C. Pisani, *I rapporti di collaborazione continuativa e coordinata*, cit., pp. 41-43.

(83) Cfr. Cass. 19 maggio 1994 n. 4918, cit. nella nota 80, in riferimento al caso di un consulente del lavoro operante per una pluralità di clienti e pertanto non ritenuto qualificabile come lavoratore parasubordinato.

(84) V. §§ 4 e 10; sulla nozione di « dipendenza economica » e la sua possibile rilevanza in campo giuridico v. anche § 155.

(85) In questo senso — ma solo in questo — mi sembra condivisibile la tesi di G. Santoro Passarelli (*Il lavoro « parasubordinato »*, cit.): la debolezza contrattuale del lavoratore conseguente al carattere personale e continuativo della prestazione non costituisce un tratto distintivo essenziale della fattispecie del lavoro « parasubordinato » cui fa riferimento l'art. 409/3 c.p.c., ma il motivo essenziale della norma; essa rileva come elemento non del contenuto definitorio della norma, ma della *ratio legis*.

(86) L'applicabilità ai rapporti di cui all'art. 409/3 c.p.c. della norma contenuta nell'art. 2113 c.c. in tema di rinunce e transazioni ha importanza teorica notevole, poiché estende il regime di inderogabilità ai contratti collettivi stipulati per la regolamentazione di quei rapporti (cfr. sul punto M.V. Ballestrero, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, cit., pp. 45-46), ma importanza pratica assai scarsa, dal momento che la contrattazione collettiva per lo più fa difetto nell'area delimitata dall'art. 409/3 c.p.c., se si esclude la categoria degli agenti di commercio (il contratto collettivo 8 aprile 1998 per le collaborazioni coordinate e continuative di cui ha dato notizia la stampa specializzata — se ne può leggere il testo in *DPL*, 1998, p. 1592 — ha un campo di applicazione limitatissimo per la scarsa rappresentatività delle associazioni stipulanti). Più rilevante sul piano sostanziale è invece l'applicabilità in questo campo della norma relativa alla rivalutazione dei crediti di lavoro (art. 429 c.p.c., c. 3°); che peraltro si colloca, per così dire, a cavallo tra il diritto sostanziale e il diritto processuale. Troppo poco, comunque, perché, prima della legge previdenziale del 1995, potesse parlarsi di un vero e proprio *tertium genus* fra lavoro subordinato e lavoro autonomo: v. in questo senso le osservazioni incisive di M.V. Ballestrero, *op. ult. cit.*, particolarmente pp. 63-64; inoltre P. Sandulli, *Il lavoro autonomo*, cit., pp. 1424-1425 e 1431; L. Spagnuolo Vigorita, *Relazione in AA.VV., Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, cit., p. 23; e ultimamente S. Leonardi, *Il lavoro coordinato e continuativo: profili giuridici e aspetti problematici*, *RGL*, 1999, I, pp. 501-545 (ivi una ampia e aggiornata rassegna della dottrina in argomento). Certo, il discorso sarebbe stato diverso se fosse stato possibile accedere all'idea di G. Santoro Passarelli (*Il lavoro « parasubordinato »*, cit., pp. 95-137), che — come si è visto — proponeva l'applicazione analogica al lavoro « parasubordinato » di alcune norme dettate originariamente per il lavoro subordinato, sul presupposto della posizione di debolezza socio-economica del prestatore che caratterizzerebbe entrambe le fattispecie.

(87) V. in proposito le acute osservazioni di R. Vianello, *La nuova tutela previdenziale per le attività di lavoro autonomo, libero-professionale e di collaborazione coordinata e continuativa*, ne *La riforma del sistema pensionistico*, a cura di C. Cester, Torino, 1996, pp. 272-274.

(88) Mi riferisco al d.d.l. n. 2049, approvato dal Senato il 3 febbraio 1999, sul quale v. le notazioni critiche in vario senso di M. Magnani, *Verso un nuovo « Statuto dei lavori »?*, *DRI*, pp. 311-313; L. Montuschi, *Un « nuovo » lavoro da regolare*, *ADL*, 1998, pp. 692-696; S. Leonardi, *Il lavoro coordinato e continuativo ecc.*, cit., pp. 534-542; S. Hernandez, *Il disegno di legge sui lavori « atipici »: verso nuove rigidità?*, *DL*, 1999, I, pp. 386-394; M. Sala Chiri, *Il lavoro « atipici » nel progetto di legge approvato dal Senato*, *ivi*, pp. 399-406; *ivi* anche, pp. 394-398, il testo del disegno di legge approvato dal Senato e trasmesso per la seconda lettura alla Camera. Sulla questione più generale dell'introduzione nel nostro ordinamento di una gamma di tipi legali intermedi fra lavoro subordinato e lavoro autonomo v. R. De Luca Tamajo, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del « lavoro coordinato »*, *ADL*, 1997, pp. 41-64; M. Dell'Olio, *La subordinazione nell'esperienza italiana*, *ivi*, 1998, pp. 707-713; nonché gli atti del convegno dell'Aidlass svoltosi nel maggio 1998 a Salerno sul tema *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, Milano, 1999 (ivi si segnalano in particolare le relazioni introduttive di G. Ferraro e M. Pedrazzoli). V. inoltre in proposito il quaderno monografico di *QDLRI* n. 21, 1998, sul tema *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, e *ivi* particolarmente gli scritti di M. Pedrazzoli, *Consensi e dissensi sui recenti progetti ecc.*, pp. 9-32, e P. Tosi, *La distinzione tra autonomia e subordinazione*, pp. 41-46 (*ivi*, pp. 285-345, i testi di diversi progetti di legge presentati in Parlamento nella prima parte della 13ª legislatura); e ultimamente il fascicolo monografico di *LD* (1999, n. 4) curato da S. Scarponi e F. Bano su *Lavoratori « parasubordinati » e rappresentanza sindacale*: *ivi* in particolare la rassegna critica di M. Biagi e M. Tiraboschi su *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno « Statuto dei lavori »?* (pp. 571-592).

(89) Dove il concetto di scambio non implica affatto l'effetto traslativo di un bene (le energie): non di un *dare* si tratta, ma di un *facere* (v. in proposito § 79); onde non pare esatta l'affermazione secondo cui il concetto di scambio « implica necessariamente oggettivare l'energia lavorativa, concepirla come distaccata dal soggetto » (A. Cessari, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milano, 1959, p. 85; nello stesso senso M.F. Rabaglietti, *La subordinazione nel rapporto di lavoro*, vol. I, cit., pp. 77-78), né la conseguenza che gli stessi AA. ne traggono circa la necessità di ripudiare la qualificazione del contratto di lavoro come contratto di scambio e di concepirlo invece come contratto a struttura associativa, caratterizzato cioè da una comunanza di fini da raggiungere tra datore e prestatore di lavoro (A. Cessari, *op. cit.*, pp. 81-88; *Id.*, *Fedelta' lavoro, impresa*, cit., pp. 89-96; M.F. Rabaglietti, *op. ult. cit.*, pp. 71-91; aderiscono a questa tesi G. Nicolini, *La simulazione del rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 1969, p. 96, nt. 21, e L. Galantino, *Diritto del lavoro*, Torino, 1991, pp. 97-98). A me resta poi oscuro come possa ravvisarsi una comunanza di fini (siano pure fini « strumentali », come precisano gli AA. citati) contrattualmente rilevante nel caso del contratto a termine di breve o brevissima durata, o nel caso del contratto di lavoro con la collaboratrice domestica a ore; e perché, viceversa, in quell'ordine di idee ogni comunanza di fini dovrebbe essere esclusa nel caso della collaborazione autonoma coordinata e continuativa di lunga durata.

(90) Non è, ovviamente, necessario che la retribuzione sia pagata dallo stesso soggetto che usufruisce della prestazione lavorativa, affinché la prestazione stessa si qualifichi come onerosa: v. Cass. 29 luglio 1987 n. 6548, *mass. NGL*, 1988, p. 154, e *ivi* soprattutto la nota esplicativa del caso a cui la sentenza si riferisce.

(91) Terzo comma: « La qualità di volontario è incompatibile con qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte ».

(92) Nel senso che il sinallagma causale tra lavoro e retribuzione costituisca elemento necessario per la configurabilità del contratto di lavoro

subordinato di cui all'art. 2094 v. L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. I, Milano, 1949, pp. 255-257; G. Ghezzi, *Osservazioni sulla prestazione gratuita di lavoro subordinato*, RTDPC, 1959, partic. pp. 1365-1369, poi ne *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, Milano, 1960, pp. 60-65; L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, cit., pp. 426 e 445-446; R. Corrado, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, Torino, 1966, pp. 378-381; nonché l'ampia argomentazione svolta da T. Treu, *Onerosità e corresponsività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, pp. 118-134. Aderiscono a questa tesi L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Padova, 1982, p. 118; E. Ghera, *Diritto del lavoro*, cit., pp. 51-52. In giurisprudenza v. nello stesso senso Cass. 13 maggio 1982 n. 2987, RIDL, 1983, II, p. 571. In senso contrario G. Pera, *Osservazioni sulla nullità della clausola del contratto individuale di lavoro relativa alla retribuzione*, RGL, 1964, II, particolarmente p. 562; P. Rescigno, *Lavoro prestato contro promessa di adozione*, MGL, 1965, pp. 412-416 (ora anche nella raccolta di scritti dello stesso A. intitolata *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, pp. 233-269), che spiega il riferimento allo scambio lavoro/retribuzione nell'art. 2094 come mera conseguenza dell'« eccezionalità » del lavoro subordinato gratuito (p. 415). Concordava con quest'ultima tesi U. Romagnoli, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, p. 189, nota 89 (ma ora v. nell'altro senso G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 203). Una tesi a se' stante su questo punto e' infine quella sostenuta da R. Scognamiglio, *Lezioni di diritto del lavoro*, 1963, pp. 146-147, il quale non soltanto esclude senz'altro la qualificabilità del contratto di lavoro gratuito come contratto di lavoro subordinato ex art. 2094, ma ne esclude addirittura la configurabilità come contratto atipico, sostenendo l'« inammissibilità » assoluta della rinuncia del lavoratore alla retribuzione, per contrasto con l'art. 36 Cost., sulla base di una presunzione generale di suo stato di bisogno. Una correzione di questa costruzione e' proposta da L. Menghini (*Nuovi valori costituzionali e volontariato. Riflessioni sull'attualità del lavoro gratuito*, Milano, 1989), il quale, anticipando quanto verra' poi sancito dalla L. 11 agosto 1991 n. 266 (v. nota prec.) sostiene la necessità che, nel quadro dei principi costituzionali, il lavoro gratuito sia « ammesso anche oltre [rectius: entro] i limiti dello stato di bisogno, venendo così legittimate scelte di vita solidale e austera, impegni e condivisioni totali di elevato contenuto etico, qualora se ne accerti con il dovuto rigore l'effettiva autenticità » (pp. 156-162 e 172-173); meritano invece, secondo M., « una valutazione negativa le forme ibride del semivolontariato, nelle quali la presenza di aspetti solidaristici non può giustificare l'abbassamento delle garanzie » predisposte dall'ordinamento per il lavoro subordinato ordinario (pp. 162-167). Per una articolata — ma ormai invecchiata — rassegna di giurisprudenza in tema di lavoro gratuito v. L. Bonaretti, *Il lavoro a titolo gratuito secondo la giurisprudenza*, Milano, 1978; ivi una interessante classificazione della ricca casistica in materia; per i riferimenti alla dottrina e giurisprudenza piu' recenti v. invece L. Menghini, *Lavoro gratuito e volontariato*, in *Diritto del lavoro*, commentario dir. da F. Carinci, vol. II cur. da C. Cester, Torino, 1998, pp. 82-103.

(93) L. Spagnuolo Vigorita, *Lavoro subordinato e associazione partecipazione*, RDC, 1965, I, pp. 412-420.

(94) Interessante a questo proposito Cass. 4 marzo 1989 n. 1211, GI, 1990, I, 1, c. 1004, con nota di E. Grande, dove la partecipazione del lavoratore alle decisioni sulla vita dell'impresa familiare e alla divisione degli utili e' indicata come tratto distintivo essenziale del rapporto di lavoro familiare ex art. 230-bis c.c., ditalche' l'eventuale pattuizione contraria in proposito costituirebbe elemento sufficiente per il configurarsi di un rapporto di lavoro subordinato ordinario (si osservi anche qui il riferimento decisivo alla volontà negoziale circa l'assetto del rapporto); nel senso dell'« incompatibilità » tra il tipo legale del lavoro nell'impresa familiare ex art. 230-bis c.c. e quello del lavoro subordinato v. ultimamente Cass. 20 marzo 1999 n. 2628, OGL, 1999, p. 371. Dopo la riforma del diritto di famiglia (L. 19 maggio 1975 n. 151) la dottrina tende oggi a considerare il lavoro familiare come « ormai assoggettato a una disciplina che lo qualifica lato sensu "oneroso" »: così F. Realmonte, *Subordinazione, associazione in partecipazione e impresa familiare*, in AA.VV., *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, cit., pp. 107-111; esso e' invece indicato come rapporto di tipo associativo da R. Pessi, *Contributo ecc.*, cit., pp. 194-195; in argomento v. anche F. Toffoletto e G. Burragato, *Prestazioni di lavoro subordinato in fattispecie normative diverse dal contratto di lavoro*, in AA.VV., *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Milano, 1993, pp. 179-181; piu' recentemente v. l'ampia rassegna proposta da L. Menghini, *Lavoro familiare e lavoro nell'impresa familiare*, in *Diritto del lavoro*, commentario dir. da F. Carinci, vol. II cur. da C. Cester, Torino, 1998, pp. 68-81; e ultimamente L. Galantino, *Opzioni qualificatorie in tema di lavoro familiare*, DL, 1999, I, pp. 259-268 (ivi, p. 261, merita di essere segnalato un elenco di disposizioni legislative nelle quali e' menzionato il rapporto di lavoro subordinato ordinario che può intercorrere fra appartenenti allo stesso nucleo familiare). In riferimento alla disciplina precedente alla riforma del diritto di famiglia v. G. Ghezzi, *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, Milano, 1960, partic. pp. 118-126. Negava radicalmente la configurabilità di un rapporto di lavoro subordinato tra i membri dello stesso nucleo familiare, e tra i coniugi in particolare, G. Nicolini, *La simulazione del rapporto di lavoro subordinato*, cit., pp. 230-255. Sulla presunzione di gratuità della prestazione svolta tra familiari v. nota 117 al § 94.

(95) Cfr. L. Menghini, *Nuovi valori costituzionali e volontariato. Riflessioni sull'attualità del lavoro gratuito*, Milano, 1989, partic. pp. 71-126. V. inoltre nota 92.

(96) E infatti cfr. L. Spagnuolo Vigorita, *op. cit.* nella nota 93, pp. 381-393, dove, all'esito di un approfondito esame critico della questione, l'A., riferendosi evidentemente alla subordinazione come connotazione della sola prestazione e non del contratto, conclude nel senso che « la prestazione di lavoro subordinato può essere oggetto di apporto in associazione in partecipazione ».

(97) A una conclusione opposta perviene invece R. Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, cit., il quale indica come elemento essenziale del concetto di subordinazione lo scambio tra la prestazione lavorativa e una retribuzione a carattere continuativo e di entità « sufficiente » ex art. 36 Cost. (particolarmente pp. 117-121). In questo modo P. propone una definizione del contratto di lavoro subordinato nella quale si assume come essenziale la distribuzione del rischio fra le parti: e' facile individuare il nesso che lega questa definizione alla concezione di F.H. Knight, di cui si e' detto all'inizio (nota 3). Senonche' abbiamo anche visto come fra le concezioni contrapposte di F.H. Knight e R. Coase (nota 5) il nostro ordinamento opti sul piano definitorio per la seconda piuttosto che per la prima, assumendo quale elemento essenziale del tipo contrattuale l'assoggettamento della prestazione al potere direttivo e organizzativo del creditore e facendo derivare la distribuzione del rischio (« copertura assicurativa » circa le sopravvenienze negative garantita dal creditore al prestatore) come effetto della qualificazione: in altre parole, la distribuzione del rischio non rileva, nel nostro ordinamento, in sede di definizione, ma in sede di disciplina della fattispecie. Si osservi in proposito come anche il prestatore di lavoro autonomo svolga solitamente la propria attività al fine precipuo di trarne un reddito sufficiente alle esigenze proprie e della propria famiglia; e come ben possa accadere che tale finalità sia perseguita, nell'ambito di un contratto di lavoro autonomo a carattere durevole, anche con la pattuizione di un compenso minimo garantito (così Cass. 16 giugno 1989 n. 2916, DPL, 1989, in motivazione, p. 2226, in riferimento al caso di un venditore). Si osservi, inoltre, come non possa darsi per scontato che, nel nostro ordinamento, il principio della « retribuzione sufficiente » sia assolutamente inapplicabile nel campo del lavoro non subordinato: rinvio in proposito a quanto già esposto nel primo capitolo di questa trattazione (§ 10) e piu' ampiamente in *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989, § 68; ivi, nella nota 80, i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali sul punto.

(98) Norma identica e' contenuta nel D.P.R. 19 marzo 1956 n. 303, in materia di igiene del lavoro. Diversa, invece, e' la tecnica definitoria adottata dal legislatore per la delimitazione del campo di applicazione della nuova normativa in materia di sicurezza contenuta nel D.lgs. n. 626/1994: nell'art. 2 del decreto il « lavoratore » e' definito come la « persona che presta il proprio lavoro alle dipendenze di un datore di lavoro ... con rapporto di lavoro subordinato anche speciale », esclusi soltanto gli addetti ai servizi domestici e familiari. Qui la nozione di « rapporto di lavoro subordinato speciale » può e deve tuttavia essere interpretata come comprensiva anche del rapporto di lavoro subordinato a titolo gratuito; onde il campo di applicazione della nuova normativa finisce col coincidere con quello della vecchia. Per un caso in cui la prestazione del praticante di uno studio professionale, ancorche' non retribuita, e' stata ritenuta assimilabile a quella di lavoro subordinato ai fini dell'applicazione della normativa prevenzionistica, v. P. Pistoia 22 ottobre 1998, D&L, 1999, p. 413.

(99) Cfr. in proposito C. cost. 10 dicembre 1987 n. 476, OGL, 1988, p. 591, sulla illegittimità costituzionale dell'esclusione del coniuge e dei parenti entro il terzo grado del datore di lavoro dall'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali. V. inoltre Cass. pen. 10 novembre 1998 n. 11606 (DPL, 1999, p. 321, con nota di R. Guariniello): « Ai fini dell'applicazione delle norme di prevenzione degli infortuni, sono lavoratori subordinati tutti coloro che, indipendentemente ... dall'« onerosità » del rapporto, prestano, fuori dal proprio domicilio, il loro lavoro alle dipendenze e sotto la direzione altrui, ossia con il vincolo della subordinazione al potere direttivo, organizzativo e disciplinare dell'imprenditore ».

(100) V. in proposito, nell'ambito di diverse impostazioni teoriche, M.F. Rabaglietti, *Contratto e rapporto di lavoro*, RGL, 1953, I, particolarmente pp. 137-144; U. Romagnoli, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, cit., pp. 166-226. Sul piano della teoria generale del contratto v. sul punto R. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, RTDPC, 1966, partic. p. 802; e G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 232, dove si sottolinea la tendenza della dottrina contemporanea « a sostituire la tipicità del contratto con la tipicità delle prestazioni ». In senso contrario (in riferimento ai rapporti di lavoro) C. Assanti, *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, cit.: v. le conclusioni del saggio, pp. 123-165; Ead., *Corso di diritto del lavoro*, Padova, 1981, pp. 179-182.

(101) In riferimento al contratto di associazione in partecipazione (che si distingue dal contratto di lavoro subordinato per l'assunzione da parte dell'associato del rischio di impresa, il corrispondente obbligo di rendiconto periodico a carico dell'associante e l'assenza di una garanzia di retribuzione minima) v. soprattutto L. Spagnuolo Vigorita, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione*, cit. nella nota 93; Id. e C. Peyron, *L'associazione: una nuova frontiera del lavoro subordinato?*, MGL, 1988, pp. 423-426; M. Papaleoni, *Note minime a un recente convegno sui rapporti associativi*, MGL, 1991, particolarmente pp. 133-134; F. Toffoletto e G. Burragato, *Prestazioni di lavoro subordinato in fattispecie normative diverse dal contratto di lavoro*, cit., pp. 174-176. V. però i contrari orientamenti giurisprudenziali in proposito citati da C. Peyron, ivi, p. 425; v. anche la raccolta di massime sul tema specifico pubblicata OGL, 1988, pp. 424-426, cui adde, sui criteri di distinzione tra lavoro subordinato e associazione in partecipazione, Cass. 21 giugno 1988 n. 4235, DL, 1989, II, p. 499; Cass. 16 febbraio 1989 n. 927, RGL, 1989, II, p. 261; Cass. pen. 18 gennaio 1994, imp. Barberi, RP, 1994, p. 892; Cass. 23 gennaio 1999 n. 655, NGL, 1999, p. 162. Per riferimenti giurisprudenziali ulteriori, nonché alcune acute osservazioni in materia di distinzione fra il contratto di lavoro subordinato e quello di associazione in partecipazione, v. A. Lassandari, *Lavoro e associazione*, cit. nella nota 44, pp. 51-54. Nel senso del superamento della distinzione fra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo dell'associato in partecipazione, sul presupposto che in entrambi i casi sarebbe « la disparità di forza contrattuale dell'una rispetto all'altra parte del rapporto il dato giuridico che consente di considerare parasubordinata la prestazione di lavoro dell'associato », v. G. Santoro Passarelli, *Il lavoro « parasubordinato »*, cit., pp. 138-141.

(102) Sulla rilevanza della distinzione fra lavoro autonomo e lavoro subordinato nella prestazione del socio di cooperativa di produzione e lavoro v. P. Ichino, *Sulla configurabilità di una prestazione di lavoro autonomo nel rapporto tra cooperativa e socio-lavoratore*, RIDL, 1987, II, pp. 329-330; A. Fortunat, *Ancora sulla configurabilità ecc.*, ivi, pp. 887-889; A. Andreoni, *Il socio lavoratore delle cooperative di produzione e lavoro: la configurabilità attuale e le prospettive di riforma*, RGL, 1998, I, p. 77. Nel senso della configurabilità di una prestazione del socio per la cooperativa di produzione e lavoro « vuoi in regime di subordinazione, vuoi in regime di parasubordinazione », v. recentemente Cass. S.U. 30 ottobre 1998 n. 10906, LG, 1999, in motivazione, p. 38, con nota di G. Mannacio. Parte della giurisprudenza precedente appare tuttavia insensibile a quella distinzione; ed è rimasta fino a pochi anni or sono prevalentemente orientata nel senso dell'esclusione a priori del rapporto di lavoro del socio di cooperativa di produzione anche dalla categoria di cui all'art. 409/3 c.p.c., quando l'attività lavorativa non sia estranea all'oggetto sociale: v. tra le numerose altre in tal senso Cass. 8 settembre 1988 n. 5095, NGL, 1988, p. 903; Cass. 11 maggio 1991 n. 5291, DPL, 1991, p. 1887; nel senso contrario v. però, oltre alla sentenza delle Sezioni unite n. 10906/1998 citata sopra, Cass. 14 giugno 1990, DPL, 1990, p. 2632; per ulteriori riferimenti giurisprudenziali sul punto v. A. Manna, *Subordinazione e autonomia ecc.*, cit., pp. 876-877. V. anche in proposito § 112 e ivi (nt. 192) il riferimento alla nota monografia di M. Biagi sul lavoro cooperativo, la cui tesi è parzialmente ripresa da R. Pessi, *Contributo ecc.*, cit., pp. 196-199; inoltre P. Dui, *Il lavoro in cooperativa*, DPL, 1989, pp. 2913-2915 (ivi ulteriori riferimenti); F. Toffoletto e G. Burragato, *Prestazioni di lavoro subordinato in fattispecie normative diverse dal contratto di lavoro*, cit., pp. 176-179; A. Lassandari, *Lavoro e associazione*, cit., pp. 56-65. Nel senso della non applicabilità degli istituti del lavoro subordinato alle cooperative di lavoro, salvo che per le materie (sicurezza del lavoro, contribuzione previdenziale, orario, prospetti-paga, ecc.) per le quali disponga in tal senso una norma specifica, v. recentemente T. Milano 10 ottobre 1998, OGL, 1999, p. 856: « resta infatti il rapporto societario con i suoi propri strumenti di tutela del socio al quale, senza un'espressa apposita previsione, non si può sovrapporre la tutela sindacale collettiva del lavoro subordinato » (in motivazione, p. 857). Diversa questione è se — come sembra più logico e coerente con il sistema generale della normativa protettiva — l'obbligo contributivo imposto dalla legge in materia di lavoro cooperativo (R.D. 28 agosto 1924 n. 1422, art. 2, c. 3°) debba applicarsi in riferimento alle sole prestazioni lavorative del socio lavoratore che abbiano il carattere della subordinazione (in questo senso Cass. 15 gennaio 1988 n. 291, RIMP, 1988, II, p. 101; P. Milano 31 ottobre 1997 n. 3282, Athena c. Isp. lavoro, a quanto consta inedita; e ultimamente Circ. Inps 14 aprile 1999 n. 89), oppure anche a quelle che abbiano il carattere dell'autonomia (in questo senso Cass. 2 settembre 1997 n. 8370, Guida norm. Il Sole 24 Ore, 6 ottobre 1997, n. 176, p. 24; T. Milano 10 luglio 1998 n. 8432, Inps c. Copusa, a quanto consta inedita; T. Milano 14 luglio 1999 n. 6839, Inps c. Cosfema, questa pure inedita).

(103) Cfr. F. Toffoletto, *Le prestazioni accessorie di lavoro subordinato nelle società di capitali*, RIDL, 1989, I, pp. 299-323; ivi ulteriori riferimenti. Apparentemente in senso contrario v. R. Corrado, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II (1966): « La subordinazione, che nei contratti di scambio di servizi è decisiva per il delinarsi del contratto di lavoro, è priva di rilievo quando le prestazioni lavorative non vengano scambiate, ma conferite in società » (p. 378); v. però poi p. 381: « L'attività lavorativa, conferita in società o prestata gratuitamente, se non è soggetta alla disciplina integrale del contratto di lavoro, richiama tuttavia quelle norme generali, poste a proposito del regolamento del contratto di lavoro, che la riguardano direttamente. Si tratta allora di svolgerne un processo di isolamento, necessariamente analitico » (che è esattamente la tesi qui sostenuta). In argomento v. anche R. Pessi, *Contributo ecc.*, cit., pp. 191-194, dove la materia specifica è trattata nel quadro della costruzione di cui si è detto nelle note 74 e 97.

(104) V. in proposito recentemente Cass. 29 gennaio 1998 n. 894, DL, 1999, I, p. 211, con nota di F. Testa, *Il lavoro del dirigente-amministratore: dal cumulo alla commistione delle due attività*.

(105) Cass. 21 gennaio 1984 n. 526, GC, 1984, I, p. 1498, e GI, 1984, I, 1, c. 906 (in riferimento a un caso di cumulo della posizione di agente e di lavoratore subordinato); Cass. 22 novembre 1984 n. 6029, DPL, 1985, p. 364; Pret. Asti 22 agosto 1988, GPiem, 1988, p. 833; Cass. 8 ottobre 1988 n. 5437, DPL, 1989, p. 190; Cass. 24 agosto 1989 n. 3752, ivi, 1989, p. 3279, in riferimento al c.d. *plus-orario* svolto senza vincolo da medici dipendenti da Unità sanitarie locali (qualificato come collaborazione parasubordinata ex art. 409/3 c.p.c.); Cass. 18 settembre 1995 n. 9864, mass.; Cass. 7 marzo 1996 n. 1793, NGL, 1996, p. 713; T. Lecco 21 maggio 1996, IP, 1996, p. 1406. In senso contrario v. però P. Pistoia 30 giugno 1983, DL, 1983, II, p. 395. Sull'ammissibilità del cumulo della posizione di amministratore di società con quella di agente della società stessa v. Cass. 6 giugno 1988 n. 3829, OGL, 1988, p. 967. V. in proposito anche M. Papaleoni, *Note minime ad un recente convegno sui rapporti associativi*, cit., pp. 132-133.

(106) Cfr. P. Milano 5 giugno 1986, DPL, 1986, p. 2997, in riferimento a una prestazione di tipo dirigenziale sostanzialmente unitaria, ancorché svolta in favore di più società di uno stesso gruppo e diversamente qualificata nei rapporti facenti formalmente capo alle società stesse (il giudice ha ritenuto che si trattasse di una unica prestazione di lavoro subordinato); T. Milano 18 aprile 1990, OGL, 1990, n. 2, p. 56, in riferimento a un rapporto di agenzia al quale si era sovrapposta un'attività di addestramento e controllo di altri agenti.

(107) Cfr. Cass. 17 luglio 1978 n. 3574, MGL, 1979, p. 648, e Cass. 3 ottobre 1979 n. 5061, mass., entrambe in riferimento alla prestazione di un rappresentante di commercio; la Corte giunge però qui alla conclusione negativa circa la configurabilità di un contratto misto impostando la qualificazione della fattispecie secondo il metodo tipologico: « la qualificazione del rapporto (se autonomo o di lavoro subordinato) va fatta in funzione degli elementi che presentano carattere di prevalenza e se tale prevalenza riguarda gli elementi del contratto di agenzia occorre far capo alla disciplina dettata per tale contratto, non potendosi fare ricorso a una regolamentazione composita o mista » (dalla motivazione della sent. n. 3574/1978).

(108) In senso contrario G. Nicolini, *La simulazione del rapporto di lavoro subordinato*, cit., pp. 182-188, e *Lezioni di diritto del lavoro*, Rimini, 1985, pp. 85-86, secondo il quale proprio nell'art. 13 della legge n. 756/1964 dovrebbe ravvisarsi un fondamento positivo di portata generale a sostegno dell'applicazione del metodo tipologico nella qualificazione dei contratti di lavoro. V. in proposito anche § 82 e ivi nota 31.

(109) V. in questo senso Cass. 25 gennaio 1993 n. 812, DPL, 1993, p. 723; per ulteriori riferimenti giurisprudenziali sul punto v. la rassegna di F. Lunardon, *La subordinazione*, cit., p. 17. Sulla riferibilità del concetto di novazione, nella sua accezione strettamente tecnica di cui all'art. 1230 c.c.,

all'obbligazione e non al contratto, v. P. TOSI, *Considerazioni in tema di novazione oggettiva del rapporto di lavoro*, RTDPC, 1969, pp. 193-195; nel senso della configurabilità, pur entro rigorosi limiti (e comunque « solo a vantaggio del lavoratore »), di una vera e propria novazione del rapporto di lavoro v. A. Anastasi, *Novazione (diritto del lavoro)*, Enc dir, XXVIII, 1978, pp. 848-851. V. inoltre, sul tema specifico della « novazione » intesa come trasformazione del contratto di lavoro autonomo in contratto di lavoro subordinato o viceversa (non trattato negli altri due scritti) L. Angiello, *Autonomia e subordinazione ecc.*, cit., pp. 71-76; per l'esame di un caso di trasformazione di rapporto di agenzia in rapporto di lavoro subordinato v. L. Boggio, *Agenzia e lavoro subordinato: successione di rapporti e patto limitativo della concorrenza*, GPiem, 1999, pp. 398-405. Va anche osservato in proposito come il concetto di novazione sia stato originariamente elaborato in riferimento alle obbligazioni a esecuzione istantanea, e come di questa sua origine resti traccia ben visibile nel codice, nel quale il concetto stesso è posto in netta contrapposizione con quello di adempimento (la novazione è collocata tra i « modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento »): solo nel caso delle obbligazioni a esecuzione istantanea può parlarsi senz'altro di estinzione delle stesse per effetto dell'adempimento; nelle obbligazioni di durata, invece, e in quelle a carattere continuativo in particolare, mentre da un lato l'adempimento (per sua natura progressivo nel tempo) non è di per sé causa di estinzione, per altro verso la novazione non si pone in netta alternativa rispetto all'adempimento: fino al momento dell'accordo novativo l'obbligazione ben può essere stata compiutamente adempiuta.

(110) Cass. 10 marzo 1984 n. 1674, mass., in riferimento a contratto collettivo; Cass. 24 giugno 1987 n. 5533, mass., in riferimento a un caso di trasformazione di rapporto di lavoro subordinato in rapporto di lavoro autonomo. Nello stesso senso L. Angiello, *op. e loc. ult. cit.*

(111) Non mi constano sentenze dell'ultimo trentennio che contemplino la trasformazione consensuale di un rapporto di lavoro autonomo in rapporto di lavoro subordinato; abbondano, invece, le pronunce nel senso dell'ammissibilità della trasformazione di una prestazione subordinata in prestazione autonoma: tra le più recenti v. Cass. 3 giugno 1985 n. 3310, GI, 1986, I, 1, c. 1061 (riferita a un caso di dimissioni del lavoratore seguite immediatamente da stipulazione di un contratto di lavoro autonomo); Cass. 19 novembre 1985 n. 5705, mass.; Cass. n. 5533/1987 cit. nella nota prec.; Cass. 16 luglio 1987 n. 6284, OGL, 1988, p. 352; T. Milano 15 aprile 1987, ivi, 1987, p. 603; Cass. 21 gennaio 1989 n. 359, DPL, 1989, p. 1376; Cass. 3 aprile 1990 n. 2680, ivi, 1990, p. 2066 (con utili precisazioni in nota sull'oggetto specifico della controversia); P. Genova 30 luglio 1990, ivi, 1990, p. 2770; P. Bologna 7 marzo 1991, OGL, 1991, p. 299; Cass. 25 gennaio 1993 n. 812, mass.; P. Vicenza 14 febbraio 1994, IPrev, 1994, p. 907. V. inoltre P. Bologna 15 giugno 1987, OGL, 1988, p. 795, riferita a un caso di trasformazione del rapporto di lavoro in rapporto di formazione e lavoro (dove la trasformazione è stata ritenuta legittima — in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale oggi prevalente — solo in quanto il rapporto originario non era assistito da stabilità). Il difetto di pronunce sul caso inverso è probabilmente dovuto al fatto che il passaggio dall'autonomia alla subordinazione non dà luogo a un contenzioso rilevante.

(112) Sui riflessi della norma nel nostro campo v. L. Bigliazzi Geri, *L'interpretazione del contratto*. Artt. 1362-1371, cit., pp. 365-366.

(113) Cfr. P. Roma 12 luglio 1990, DPL, 1990, p. 2393: « L'entità del compenso pattuito (L. 100.000 + L. 150.000 per rimborso forfettario di vitto e alloggio) [per ciascuna sessione giornaliera della prestazione], obiettivamente considerevole tenuto conto della semplicità della prestazione offerta dal lavoratore, pare incompatibile con lo schema del lavoro subordinato e conferma, invece, che il rischio economico della prestazione — *rectius* del vincolo obbligatorio — fu posto a carico del ricorrente » (in motivazione, p. 2395). V. anche P. Roma 5 settembre 1990, RIDL, 1992, II, p. 114, con nota di L. Nogler, *Rilevanza della retribuzione nella qualificazione del rapporto di lavoro*: « Il fatto che le parti abbiano concordato un corrispettivo di molto superiore a quello normalmente in uso per il lavoro subordinato rende evidente come la volontà negoziale fosse diretta alla costituzione di un rapporto di lavoro autonomo » (dalla massima; v. anche, più estesamente, in motivazione, p. 131).

(114) Oggi, a differenza del passato, su questo punto non si registrano dissensi dottrinali: v. per tutti A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*. II. *Il rapporto di lavoro*, Torino, 1999, p. 3; nello stesso senso B. Brattoli, *Qualificazione del rapporto, accesso al lavoro ecc.*, cit. (1999), p. 856.

(115) In argomento v. soprattutto A. Vallebona, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988. In giurisprudenza v. per tutte Cass. 27 gennaio 1989 n. 524, DPL, 1989, p. 1443; Cass. 17 giugno 1988 n. 4150, ivi, 1988, p. 3016: « la natura subordinata (anziché autonoma) del rapporto di lavoro ... non è presunta neppure *iuris tantum* ma deve essere dimostrata dal soggetto che la deduce »; Cass. 11 agosto 1994 n. 7374, RIDL, 1995, II, p. 480, con nota di A. Lassandari, *Qualificazione del rapporto di lavoro, oneri probatori e rilievo della volontà delle parti*; Cass. 19 febbraio 1997 n. 1526, mass.; e ultimamente P. Milano 3 dicembre 1998, LG, 1999, p. 965, con nota di D. Garofalo.

(116) La prova non deve (né mai potrebbe), dunque, vertere sulla qualificazione del rapporto, che è oggetto esclusivo di un giudizio riservato al giudice (v. § 87), bensì sugli elementi strutturali sui quali la qualificazione stessa può essere fondata: carattere personale o no della prestazione, assoggettamento o no della stessa a coordinamento spazio-temporale e a eterodirezione, ecc. Per un caso nel quale è stata ritenuta inammissibile la prova dedotta dal lavoratore circa il carattere « dipendente » della propria prestazione (quindi circa la sua qualificazione) v. Cass. 24 ottobre 1990 n. 8629, mass.

(117) Un discorso a parte merita la presunzione generale di onerosità della prestazione, che è indicata da A. Vallebona (*op. ult. cit.*, p. 118) come « presunzione giurisprudenziale », di cui sono espressione, tra le altre, Cass. 16 giugno 1989 n. 2915, RGL, 1990, II, p. 53, Cass. 28 marzo 1998 n. 3290, NGL, 1998, p. 377, Cass. 6 aprile 1999 n. 3304, NGL, 1999, p. 434: « Ogni attività oggettivamente configurabile come prestazione di lavoro subordinato si presume effettuata a titolo oneroso, ma può essere ricondotta a un rapporto diverso istituito *affectionis vel benevolentiae causa*, caratterizzato dalla gratuità della prestazione; a tal fine ... rileva ... la sussistenza o no di una finalità ideale alternativa rispetto a quella lucrativa, che deve essere rigorosamente provata ». Ma v. in proposito anche Cass. 30 marzo 1990 n. 2597, DPL, 1990, p. 2070: « In caso di prestazioni lavorative di specie domestica, ove debba escludersi la presunzione di gratuità, operante quando le medesime intercorrono fra stretti congiunti e abbiano come ambito consueto di svolgimento una comunità familiare caratterizzata dalla convivenza dei suoi componenti, non opera *ipso iure* una presunzione di contrario contenuto, indicativa cioè dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, per il cui riconoscimento è, invece, pur sempre necessaria la dimostrazione, da parte di colui che faccia valere diritti derivanti dal rapporto stesso, dei requisiti indefettibili dell'onerosità e della subordinazione. Sulla presunzione di gratuità della prestazione tra familiari o conviventi v. Cass. 17 febbraio 1988 n. 1701, DPL, 1988, p. 2045 e T. Milano 5 ottobre 1988, L80, 1989, p. 206, entrambe in riferimento a prestazioni svolte da conviventi *more uxorio*; Cass. 15 novembre 1988 n. 6173, DPL, 1989, p. 667; Cass. 12 maggio 1995 n. 5197, IPrev, 1995, p. 1221. Sulla presunzione di gratuità della prestazione lavorativa *religionis causa* v. P. Roma 12 agosto 1996, RIDL, 1997, II, p. 472, con nota di C. Corsinovi, *Ancora su rapporto di lavoro e causa religiosa* (ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in argomento).

(118) G. Ghezzi, *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, cit. nella nota 94, p. 59.

(119) È la prospettiva che avevo proposto nel primo capitolo de *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. I, cit. (1984), partic. pp. 9-14, poi compiutamente sviluppata in *Subordinazione e autonomia nel rapporto di lavoro*, cit. (1989). Nel senso della non unitarietà della nozione di lavoro subordinato, pur nell'ambito di costruzioni teoriche tra loro profondamente differenti, M. Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione*, cit., pp. 275-337 (il quale tuttavia non rinuncia al tentativo di individuare, a un « livello superiore », un dato essenziale che accomunerebbe tutte le « fattispecie discrete » in una « fattispecie generale ») e L. Mengoni, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, cit., p. 16; Id. *Introduzione ad AA.VV., Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, cit., pp. 17-18. Cfr. anche R. De Luca Tamajo, *Il lavoro e i lavori*, LD, 1988, p. 418, e ultimamente G. Perone, *Lineamenti di diritto del lavoro*, cit. nella nota 31, pp. 194-198. In precedenza, L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1982¹⁴: « la posizione del lavoratore subordinato non è tuttavia suscettibile di una specificazione aprioristica generale, da valere per tutte le forme di rapporto di lavoro: ... non è realizzabile un concetto contentutisticamente unitario di lavoro subordinato » (p. 43); ma la stessa A. proseguiva proponendo una variazione meramente quantitativa della subordinazione giuridicamente rilevante, nelle sue varie manifestazioni; la pluralità dei concetti di subordinazione a cui qui faccio riferimento corrisponde invece a una differenziazione essenzialmente qualitativa.

(120) V. in questo senso E. Ghera, *Il lavoro e i lavori*, LD, 1988, secondo il quale « l'omogeneità della fattispecie base ... trova la sua identità nel requisito della continuità del vincolo di dipendenza » (p. 575); nonché Id., *La subordinazione fra tradizione e nuove proposte*, DLRI, 1988; L. Galantino, *Diritto del lavoro*, Torino, 1991, pp. 74-85, la quale individua il tratto distintivo necessario e sufficiente per il configurarsi della fattispecie

generale onnicomprensiva del lavoro subordinato nell'« inserimento » del lavoratore nell'organizzazione del datore di lavoro: ma abbiamo visto (§ 82) come la nozione di « inserimento » tenda a coincidere con quella di prestazione durevole di una mera attività lavorativa, molto vicina se non coincidente con quella di « dipendenza » e caratterizzata da rilevanti zone di sovrapposizione rispetto all'area del lavoro autonomo. In precedenza, la tesi della unitarietà della nozione di lavoro subordinato era stata sostenuta da R. Corrado, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, cit. nella nota 20; ma la definizione della prestazione di lavoro subordinato proposta da questo A. coincide, a ben vedere, con quella di prestazione lavorativa personale avente per oggetto una attività a carattere continuativo: carattere, questo, che sappiamo invece essere pienamente compatibile con l'autonomia della prestazione stessa (v. § 80). Alla questione ha dedicato più recentemente un ampio saggio M. Napoli (*Contratto e rapporti di lavoro oggi*, nel volume *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Milano, 1995, pp. 1057-1142), il quale, per poter sostenere la riconducibilità di tutte le figure di lavoro subordinato previste dalle leggi speciali alla nozione di cui all'art. 2094 c.c., propone della norma definitoria la lettura secondo cui « è lavoratore subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a eseguire personalmente e continuativamente (durevolmente) un'attività professionale ... nell'organizzazione predisposta e diretta dal datore di lavoro » (p. 1136; in precedenza, meno ampiamente, Id., *Diversificazione delle tipologie dei rapporti e tecniche unitarie di tutela*, in AA.VV., *Autonomia e subordinazione ecc.*, cit., particolarmente pp. 92-93); letto in questo modo, l'art. 2094 non pone più, per la configurabilità del lavoro subordinato, il requisito dell'assoggettamento al potere direttivo imprenditoriale della prestazione lavorativa, essendo sufficiente che sia assoggettata a quel potere *l'organizzazione aziendale* presso la quale l'attività lavorativa dedotta in contratto viene svolta « continuativamente »: si torna così sostanzialmente alla nozione di « dipendenza » o a quella di « inserimento », che sappiamo essere in realtà compatibili con il carattere autonomo della prestazione. P. Tosi (*La distinzione tra autonomia e subordinazione*, *QDLRI*, n. 21, 1998, p. 37), con il suo consueto eccesso di benevolenza nei miei confronti, definisce « più inutile che mai » la mia proposta ricostruttiva pluralistica della nozione di lavoro subordinato, in quanto volta a « ricostruire nuove o diverse fattispecie proprio laddove non ve ne è bisogno, avendole il legislatore già dotate di nuclei di disciplina particolare »; mi sia consentito obiettare che una cosa è la « disciplina particolare » dettata per un sottotipo del tipo legale (in ipotesi unitario) del lavoro subordinato, tutt'altra cosa è la creazione di uno o più tipi legali diversi tra loro e non riconducibili a un unico tipo capace di comprenderli tutti: che questa distinzione non sia « inutile » o priva di rilevanza, né sul piano teorico né sul piano pratico, è confermato dagli sviluppi dottrinali più recenti in argomento, dei quali si dirà nel paragrafo che segue.

(121) Oltre alle costruzioni di R. Corrado, E. Ghera e M. Napoli cit. nella nota prec., l'idea del lavoro subordinato nell'impresa (art. 2094 c.c.) come sottotipo di un tipo generale di lavoro subordinato è sostenuta anche da A. Cataudella, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, *DL*, 1983, I, pp. 77-90, cui sostanzialmente aderisce G. Loy, *Formazione e rapporto di lavoro*, Milano, 1988, pp. 311-323.

(122) P. Morgera, *Lavoro a domicilio tra decentramento produttivo e flessibilità del lavoro*, *MGL*, 1988, partic. p. 275. In proposito v. recentemente gli scritti di M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Torino, 1999 (partic. loc. cit. nella nota 125), e di L. Nogler, *Sulla qualificazione del lavoro a domicilio*, *RIDL*, 1999, II: « la logica protettiva del diritto del lavoro si confa » anche a parte del mondo del lavoro autonomo e ... la materia è governata da una logica più complessa della « semplice » vocazione protettiva ... Si potrebbe ora recuperare anche una coerenza di linguaggio e riconoscere che il « lavoro a domicilio » ex art. 1 della L. n. 877/1973 (senza la necessità di ulteriori denominazioni e in particolare di quella di lavoro « subordinato ») prescinde dalla sua qualificazione in termini di lavoro subordinato o autonomo e si contrappone all'attività d'impresa (e non invece al lavoro a domicilio autonomo) » (p. 238). Dello stesso L. Nogler v. ultimamente *Lavoro a domicilio*. Art. 2128, nel *Commentario* del codice civile diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000, uscito quando questo libro era già in fase avanzata di stampa: devo pertanto limitarmi a segnalare qui l'ampia e compiuta esposizione della nuova prospettiva sistematica ivi proposta da N., senza poterne dar conto analiticamente nelle pagine che seguono.

(123) *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., pp. 170-174.

(124) V. § 77 e ivi nota 1.

(125) V. in proposito il dibattito svoltosi nel maggio 1996 al convegno di Roma del Centro naz. studi dir. lav. su *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia* (Bari, 1997), e ivi soprattutto le relazioni di R. Scognamiglio, L. Gallino, R. De Luca Tamajo; e quello svoltosi nel maggio 1998 al convegno di Salerno dell'Aidlass su *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, cit. nella nota 88: ivi soprattutto le relazioni di G. Ferraro e M. Pedrazzoli. Per il dibattito in corso sul disegno di legge in discussione alla Camera, volto a tipizzare e disciplinare il rapporto di lavoro coordinato e continuativo, v. § 89 e ivi nota 88. V. inoltre M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Torino, 1999, il quale propone di considerare come tipo a se stante, in seno alla grande famiglia dei rapporti aventi per oggetto il lavoro personale del prestatore, anche il lavoro temporaneo tramite agenzia di cui alla legge n. 196/1997. Esporro a suo luogo (§ 139) il motivo per cui ritengo invece che questa particolare figura sia riconducibile al tipo legale maggiore di cui all'art. 2094 c.c.; il che non impedisce però di condividere l'idea (ri)proposta da T., di un ordinamento — il nostro — nel quale « la tradizionale alternativa tra « autonomia » e « subordinazione » è progressivamente destinata a perdere di rilievo » (p. 291), per far posto a un sistema di modulazione delle protezioni, capace di adattarle alle svariate caratteristiche dei diversi rapporti.

(126) C. cost. 29 marzo 1993 n. 121, *FI*, 1993, I, c. 2432; C. cost. 31 marzo 1994 n. 115, *ivi*, 1994, I, c. 2656, nonché *RIDL*, 1995, II, p. 227, con nota di A. Avio, *La subordinazione ex lege non è costituzionale*, e *ADL*, 1995, p. 297, con l'ampio commento di M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, alle pp. 63-90. V. anche le osservazioni e i riferimenti in proposito di F. Lunardon, *La subordinazione*, cit., pp. 36-37.

(127) La massima, contenuta nella motivazione della prima delle due sentenze (§ 2), viene testualmente citata, per ribadirla, nella motivazione della seconda (§ 5). Nello stesso senso v. più recentemente Cass. 25 maggio 1998 n. 5214, *GI*, 1999, I, 1, p. 1406, con nota di A. Lepore, e Cass. 15 aprile 1999 n. 3779, *OGL*, 1999, p. 3775.

(128) Salvo affidare all'interprete di ricollegare di volta in volta la tutela costituzionale a questa o quella fattispecie di rapporto di lavoro, in base a una precomprensione sintetica e intuitiva del bisogno (o meritevolezza) di tutela che in quella fattispecie si esprime, come sembra proporre M. D'Antona, *Limiti costituzionali ecc.*, cit., partic. pp. 78-82 (cfr. in proposito P. Roma 22 novembre 1985, *OGL*, 1986, p. 47); in precedenza in questo senso O. Vitali, *Qualificazione contrattuale ed elaborazione degli effetti: una verifica della tecnica giurisprudenziale in tema di lavoro subordinato*, *RGL*, 1987, I, pp. 421-437; L. Gaeta, *Lavoro a distanza e subordinazione*, Napoli, 1993, partic. pp. 187-241. Sull'impraticabilità di questa soluzione nel nostro ordinamento attuale v. A. Manna, *Subordinazione e autonomia della prestazione di lavoro nella più recente giurisprudenza*, *D&L*, 1996, pp. 867-868.

(129) Cfr. R. De Luca Tamajo, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del « lavoro coordinato »*, *ADL*, 1997, pp. 41-64: « si può condividere l'assunto secondo cui, in un sistema che conosce soltanto l'area delle tutele forti e quella della tendenziale anomia, non è consentito nemmeno al legislatore traslocare *manu militari* una figura dall'uno all'altro settore, trascurando i canoni consolidati di qualificazione, mentre a opposte conclusioni deve pervenirsi vuoi in sede di revisione delle « categorie », vuoi con riferimento ai processi di qualificazione in un diverso sistema, non più rigidamente binario, che preveda tutele modulari e differenziate in modo gradualistico » (p. 63).

(130) Cfr. A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, cit., pp. 226-228, dove si accenna conclusivamente alla « prospettiva teorica di un diritto del lavoro capace non solo di articolare in guisa differenziata il suo nucleo tradizionale (il *facere* subordinato), bensì anche di riflettere (non solo in chiave di specialità, flessibilità e atipicità) le molteplici istanze e le fenomenologie del lavoro indipendente » (p. 228); sostanzialmente nello stesso senso G. Proia, *Rapporto di lavoro e tipo*, cit. (1997), cap. II. Su questa prospettiva teorica v. però ultimamente le osservazioni critiche di R. Scognamiglio, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, cit. nella nota 22 (1999), particolarmente pp. 286-295.

(131) Donde la necessità che nell'oggetto della prestazione il *facere* personale prevalga sull'organizzare gli altri fattori della produzione, configurandosi altrimenti un contratto di appalto (cfr. § 78): v. ultimamente sul punto Cass. 26 aprile 1999 n. 4144, mass.; in precedenza Cass. 24 giugno 1986 n. 4201, *GI*, 1987, I, 1, c. 857; Cass. 15 gennaio 1988 n. 293, *MGL*, 1988, p. 259. Per un caso in cui la subordinazione è stata esclusa in considerazione dell'ingente volume di lavoro, che richiedeva il coinvolgimento intenso di tutta la famiglia del prestatore, v. Cass. 27 aprile 1985

n. 2750, *RIDL*, 1985, II, p. 806, con nota di M. Papaleoni, *Subordinazione tecnica e lavoro a domicilio*. E' comunque pacifico che la sola iscrizione all'albo delle imprese artigiane non valga a escludere il carattere personale della prestazione a domicilio; tra le numerose altre in tal senso v. P. Ferrara 16 gennaio 1989, *LPO*, 1989, p. 2196. In dottrina sul requisito della personalità nel lavoro a domicilio v. particolarmente L. Gaeta, *Note in tema di incostituzionalità della legge sul lavoro a domicilio*, *RGL*, 1979, II, pp. 16-17; P. Morgera, *Lavoro a domicilio tra decentramento produttivo e flessibilità del lavoro*, cit., pp. 271-272, la quale ritiene che la legge attribuisca al requisito in questione un « rilievo limitato »; D. Gottardi, *Lavoro a domicilio*, *Digesto IV*, disc. priv., sez. comun., VIII, 1992, part. pp. 177-180.

(132) Sull'irrelevanza della titolarità delle attrezzature e delle materie prime ai fini della qualificazione v. ultimamente Cass. 15 febbraio 1997 n. 1433, *RIDL*, 1998, II, p. 80, con nota di I. Milianti, *Vecchie questioni che ritornano in tema di qualificazione del lavoro a domicilio*. Sul « giallo » politico-istituzionale della sostituzione clandestina di una « o » (« utilizzando attrezzature proprie o dello stesso imprenditore ») con una « e » nel testo dell'art. 1 della legge nel suo passaggio dalla Camera dei deputati al Senato durante il suo iter parlamentare, con conseguente incostituzionalità del processo di formazione della legge, e sul « salvataggio » operato con la legge 16 dicembre 1980 n. 858, che ha sanato l'invalidità del provvedimento legislativo per il periodo precedente con una norma di interpretazione autentica e ha ripristinato per il futuro la disgiuntiva « o », v. tra gli altri L. Gaeta, *Note in tema di incostituzionalità della legge sul lavoro a domicilio*, cit.; M. De Cristofaro, *Commento alla legge 16 dicembre 1980 n. 858*, *NLCC*, 1981, pp. 281-294; O. Mazzotta, *Lavoro a domicilio: storia di una legge nata male e rappezzata peggio*, *FI*, 1981, V, c. 41; D. Gottardi, *Lavoro a domicilio*, cit. nella nota prec., pp. 180-181; nonché in giurisprudenza Cass. S.U. 12 dicembre 1988 n. 6764, *OGI*, 1989, p. 662, e *GC*, 1989, I, p. 588, con nota di M. Genghini, *In tema di lavoro a domicilio*; Cass. 15 febbraio 1997 n. 1433, citata sopra.

(133) In base a questo dato normativo, nel caso della sarta che compie lavoro di modifica e adattamento di capi di vestiario venduti da un commerciante, si è ritenuto che tale attività potesse qualificarsi come lavoro subordinato a domicilio soltanto se svolta per incarico esclusivo del commerciante (non dei singoli acquirenti) e dietro compenso pagato dallo stesso; Cass. 11 giugno 1987 n. 5112, *MGL*, 1988, p. 259. V. in proposito anche gli scritti di P. Greco e M. Casanova cit. nella nota seguente.

(134) Cfr. P. Venezia 3 settembre 1997, *MGL*, 1999, p. 1300, ivi commentata nella rassegna di giurisprudenza di merito di L. Perina. Questo tratto distintivo del lavoro a domicilio « dipendente » (o quanto meno assoggettato al regime di tutela lavoristico) era già intuito come logicamente essenziale dal Greco (*Il lavoratore a domicilio nell'ordinamento corporativo*, *DL*, 1928, p. 284), il quale indicava il discrimine nel punto in cui la prestazione cessa di essere destinata a un produttore e incomincia a essere destinata a un consumatore. Aderiva a questa tesi M. Casanova, *Studi di diritto del lavoro*, cit. (1929), p. 103, nota 1. In riferimento alla legge n. 877/1973, v. sul punto specifico Cass. 2 febbraio 1989 n. 628 (*MGL*, 1989, p. 344, con nota di P. Morgera, *Lavoro a domicilio: inserimento nel processo produttivo e assoggettamento al potere direttivo*): « il lavoro a domicilio subordinato è una forma di decentramento produttivo caratterizzato dal fatto che l'oggetto della prestazione del lavoratore viene in rilievo non come risultato, ma in funzione complementare o sostitutiva del lavoro eseguito all'interno dell'azienda, talché il vincolo di subordinazione consiste, non nell'inserimento del prestatore nell'organizzazione dell'impresa, ma nell'inserimento dell'attività del prestatore nel ciclo produttivo aziendale, di cui quest'ultimo ... diviene elemento integrato »; nello stesso senso P. Milano 23 ottobre 1989, *OGI*, 1990, p. 54 (che ha escluso la configurabilità del lavoro subordinato a domicilio nell'attività di sistemazione e cucitura di capi di abbigliamento svolta per un esercizio di vendita al minuto dei capi stessi, considerando l'attività manifatturiera domiciliare estranea al « ciclo produttivo » di un'impresa del settore commerciale); e ultimamente Cass. 23 settembre 1998 n. 9516, *RIDL*, 1999, II, p. 235, con nota di L. Nogler, *Sulla qualificazione del lavoro a domicilio*.

(135) Cfr. sul punto M. Dell'Olio, *Lavoro a domicilio*, *NDApp*, IV, 1983, p. 711; sul contenuto del potere direttivo « ridotto » di cui al secondo comma dell'art. 1 v. anche le acute osservazioni di G. Mannacio, *La subordinazione nel lavoro a domicilio*, *DPL*, 1988, p. 390; e, in giurisprudenza, soprattutto Cass. 3 novembre 1995 n. 11431, *OGI*, 1995, p. 867. Non è neppure necessario, a mio avviso, per la configurabilità del lavoro a domicilio dipendente, che il committente si sia contrattualmente riservato un potere di controllo « in itinere » (ma v. in senso contrario Pret. Vercelli 20 marzo 1985, *OGI*, 1986, p. 356, e T. Sulmona 5 agosto 1995, *DL*, 1996, II, p. 48). Nel senso della netta distinzione fra l'eterodirezione che caratterizza il contratto di lavoro subordinato ordinario e quella necessaria per il configurarsi del lavoro a domicilio dipendente v. anche M. De Cristofaro, *Il lavoro a domicilio*, Padova, 1978, pp. 169 ss.; e ancor più marcatamente M. Offeddu, *Il lavoro a domicilio*, in *Tratt. dir. priv. dir. da P. Rescigno*, vol. XV, t. 1°, Torino, 1986: « la subordinazione espressa dal legislatore del 1973 è cosa ben diversa da quella che emerge dalla lettura testuale dell'art. 2094 del codice civile » (p. 682). Nel senso, invece, della piena coincidenza fra la « subordinazione » di cui all'art. 1 della legge n. 877/1973 e quella di cui all'art. 2094 c.c., entrambe individuate dall'elemento essenziale dell'« alienità » dell'organizzazione produttiva e del prodotto, v. L. Mariucci, *Il lavoro decentrato*, cit. nella nota 29 al § 82; porta ulteriori argomenti a sostegno di questa tesi M.V. Ballestrero, *L'applicazione dello St. lav. al lavoro a domicilio*, *RGL*, 1979, I, pp. 325-331. Considera la coincidenza fra le due nozioni come oggetto di una « presunzione assoluta » desumibile dal 2° comma dell'art. 1 della legge G.G. Balandi, *La vecchia e la nuova legge sul lavoro a domicilio*, ivi, 1975, I, pp. 614 ss.; più recentemente anche L. Gaeta (*Lavoro a distanza e subordinazione*, cit., 1993), respinge l'idea di una distinzione fra il tipo legale definito dall'art. 2094 c.c. e quello definito dall'art. 1 della L. n. 877/1973, proponendosi di desumere dalla nozione di « lavoro subordinato a distanza » una nuova nozione generale di subordinazione, capace di comprendere in sé tutte le fattispecie di lavoro meritevole di protezione nell'ordinamento: questa nuova nozione è individuata, secondo G., dallo svolgersi dell'attività produttiva a carattere personale — cioè senza lavoratori dipendenti —, ancorché eventualmente autoorganizzata, « a beneficio di un centro organizzato di imputazione esterno » (p. 192); l'A. stesso riconosce che si tratta di un criterio distintivo sostanzialmente molto simile, se non del tutto coincidente, con quello dell'« alienità » della destinazione del prodotto, sostenuto da L. Mariucci. In sintonia con la costruzione di L. Gaeta si pone D. Gottardi, *Lavoro a domicilio*, cit. nella nota 131, part. pp. 181-182. In argomento v. anche R. Pessi, *Contributo ecc.*, cit., pp. 207-211, il quale indica nel concetto di subordinazione definito dalla legge sul lavoro a domicilio « l'atteggiarsi minimo » della subordinazione: configurandosi così, se ben intendo, tale concetto come l'insieme più ampio, rispetto al quale la subordinazione più stretta definita dall'art. 2094 costituirebbe un sotto-insieme. Sui lavori preparatori della legge in esame, con particolare riferimento alla questione della definizione della fattispecie del lavoro subordinato a domicilio, v. G. Pera, *Sulla tutela dei lavoratori a domicilio*, *FI*, 1973, V, cc. 758-764. Per la giurisprudenza in argomento, oltre alle sentenze più recenti, assai poco numerose, citate nelle note che seguono, v. la rassegna di V.A. Poso, *Il lavoro a domicilio*, *GC*, 1986, II, pp. 3-22.

(136) Questa rilevantissima limitazione del potere direttivo, intrinsecamente propria dei rapporti in cui faccia difetto il coordinamento spazio-temporale della prestazione, non è colta da D. Napoletano, *Il lavoro subordinato*, cit. (1955), pp. 246-250 (dove l'A. teorizza l'assoggettamento pieno a eterodirezione del lavoro a domicilio dipendente, al pari del lavoro subordinato ordinario) né, successivamente, dagli Autori che hanno negato l'« estraneità » della fattispecie definita dall'art. 1 della legge n. 877/1973 rispetto al tipo legale di cui all'art. 2094 c.c. (v. in proposito la nota precedente). All'estremo opposto si colloca la tesi di P. Morgera, *Lavoro a domicilio tra decentramento produttivo e flessibilità del lavoro*, cit., part. p. 275 (v. in proposito nota 122 al § 96), che, proprio muovendo dalla constatazione dell'attenuazione del potere direttivo e di controllo dell'imprenditore, resa inevitabile dalla mancanza di coordinamento spazio-temporale della prestazione, configura il lavoro a domicilio di cui alla legge n. 877/1973 « come un rapporto sostanzialmente autonomo, ancorché assoggettato, per alcuni particolari istituti, e al pari di altri lavoratori autonomi, a tutele pressoché coincidenti con quelle proprie del lavoro subordinato, e come tale inquadrabile nell'articolato *genus* della parasubordinazione ».

(137) Con la legge n. 877/1973 non ci si è dunque ancora, a mio avviso, « liberati... della falsa e impossibile alternativa tra lavoro [a domicilio] autonomo e subordinato », come invece ha ritenuto parte della dottrina (G. Pera, *Diritto del lavoro*, Padova, 1988³, p. 324; nello stesso senso in precedenza Id., *Sulla tutela dei lavoratori a domicilio*, cit.; M. De Cristofaro, *Il lavoro a domicilio*, cit., p. 301 ss.; M.V. Ballestrero, *L'applicazione dello St. lav. al lavoro a domicilio*, cit., pp. 322-323; M. Offeddu, *Il lavoro a domicilio*, cit., pp. 680-683; in giurisprudenza Cass. 5 giugno 1981 n. 3639, *GC*, 1981, I, p. 2947, con nota adesiva di P. Olivelli; Cass. 24 giugno 1986 n. 4201, *GI*, 1987, I, 1, c. 857; e ultimamente Cass. 18 giugno 1999 n. 6150, *LG*, 1999, p. 1175, dove si parla addirittura di un « canone interpretativo » consistente nel « ritenere, nel dubbio, sussistente lo speciale rapporto di lavoro a domicilio »). Il legislatore del 1973 ha soltanto preso atto della inevitabile limitazione del potere direttivo del datore di lavoro, derivante dalla mancanza del coordinamento spazio-temporale della prestazione lavorativa, e ha corrispondentemente ridefinito l'elemento

dell'eterodirezione come tratto distintivo del lavoro a domicilio dipendente, con conseguente « riduzione dell'area del lavoro autonomo a vantaggio di quella del lavoro subordinato a domicilio » (così Cass. 15 luglio 1987 n. 6197, *MGL*, 1988, p. 259, commentata adesivamente da G. Mannacio, *La subordinazione nel lavoro a domicilio*, cit., p. 389); ma ciò, pur sempre, nel quadro di una norma definitoria, tendente a tracciare un confine tra lavoro subordinato e lavoro autonomo. Ripercorrere l'intera vicenda dottrinale su questo punto F. Di Nunzio, *Il lavoro a domicilio tra subordinazione ed autonomia*, *GPiem*, 1999, pp. 371-396. Per il nuovo approccio dottrinale tendente al superamento della dicotomia netta tra lavoro subordinato e autonomo — in corrispondenza con una linea di tendenza ben visibile del nostro ordinamento attuale (v. §§ 95-96) — v. gli scritti di L. Nogler, cit. nella nota 122.

(138) Ciò che invece ben può dedursi, in riferimento alla prestazione di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c., dal suo assoggettamento a un potere del creditore di intervenire su di essa in qualsiasi momento: v. in proposito § 86.

(139) In senso contrario, su questo punto, si è in passato ripetutamente pronunciata la Corte di cassazione (v. la giurisprudenza citata nella nota 131), sottolineando la necessità che oggetto della prestazione, nel contratto di « lavoro subordinato a domicilio », siano sempre « le energie » lavorative (*operae*) e affermando così il carattere necessariamente continuativo (in senso tecnico) della prestazione stessa. In dottrina v. in questo senso G. Mannacio, *La subordinazione nel lavoro a domicilio*, cit., il quale trae argomento dalla lettera della legge: « lo stesso art. 1, comma 1 della legge del 1973 è esplicito nel definire l'oggetto giuridico del lavoro a domicilio come prestazione di attività (*operae*) e non come prestazione di risultato compiuto (*opus*) »; donde, aggiunge M., « un dato di coerenza con l'intero sistema del lavoro subordinato » (p. 390). Senonché il primo comma dell'art. 1 parla solo di « lavoro », ed è « lavoro » anche la prestazione lavorativa contrattualmente indivisibile *ratione temporis* (l'*opus*, appunto); mentre viceversa il senso della legge è proprio quello di qualificare come « subordinate » (oggi diremmo meglio « a carattere dipendente ») le prestazioni lavorative a domicilio in tutti i casi in cui sussistano i requisiti di cui al secondo comma dell'art. 1: omogeneità rispetto all'attività produttiva del committente e vincolo di conformità a direttive, anche eventualmente predeterminate una volta per tutte. Vedremo tra breve, del resto, come la distinzione tra *opus* e *operae* perda gran parte del suo significato in riferimento alla nuova fattispecie del lavoro decentrato informatico: donde l'attualità (imprevedibile fino a vent'anni or sono) del superamento netto di quella distinzione operato dalla legge n. 877/1973.

(140) Nel *Commentario* del codice civile cit., *sub* art. 2094, pp. 125-127.

(141) V. P. Arezzo 8 marzo 1984 (*RIDL*, 1985, p. 559, con nota di P. Morgera, *Sui criteri di individuazione del lavoro subordinato a domicilio*), dove si ravvisa la necessità di una apprezzabile e regolare reiterazione delle commesse nel tempo e della corrispondente disponibilità del lavoratore ai fini della qualificabilità del lavoro a domicilio come « subordinato »; inoltre P. Milano 14 aprile 1989, *DPL*, 1989, p. 2072, dove è indicato come requisito per la configurabilità del « lavoro subordinato a domicilio » « il fatto che la prestazione lavorativa costituisca con continuità parte del ciclo produttivo dell'impresa »; v. inoltre le due sentenze della Corte di cassazione cit. nella nota 144, che hanno ritenuto inapplicabile la disciplina generale del licenziamento al rapporto di lavoro a domicilio che non sia caratterizzato da « una qualificata e ragionevole continuità della prestazione ». In senso contrario v. invece Cass. 5 maggio 1989 n. 2109, *MGL*, p. 343; e, in dottrina, M.V. Ballestrero, *L'applicazione dello St. lav. al lavoro a domicilio*, cit., secondo la quale nella legge n. 877/1973 si manifesta l'« intento di unificare nel regime protettivo tutte le forme di lavoro a domicilio svolte per conto di uno o più imprenditori, da quello più stabilmente inserito nel ciclo produttivo dell'impresa committente, al lavoro più discontinuo e precario » (p. 330).

(142) La libertà del prestatore di lavoro a domicilio di rifiutare in qualsiasi momento la prestazione è considerata come indice di autonomia da P. Modena 22 marzo 1988, *RIDL*, 1988, II, p. 938, con nota di V.A. Poso (con data errata 22 maggio 1988 *LPO*, 1989, p. 1562), e da T. Bologna 15 marzo 1988, *RIDL*, 1990, II, p. 105, ancora con nota di V. A. Poso, *Sulla qualificazione del lavoro a domicilio come subordinato*; nello stesso senso in dottrina L. Ficari, *Le prestazioni occasionali: contratto d'opera o rapporto di lavoro subordinato?*, *DL*, 1980, II, pp. 461-462. In senso contrario v. G. Pera, *Applicabilità al lavoro a domicilio della disciplina limitativa del licenziamento* (nota a Cass. 17 marzo 1981 n. 1570, cit. nella nota prec.): « il lavoro di cui alla legge n. 877 ha corso in sé, senza impegni predeterminati, di commessa in commessa, senza termini stringenti di consegna, con puntuale erogazione del corrispettivo col sistema del cottimo pieno » (p. 1281).

(143) In senso positivo, su questo punto, Cass. 29 marzo 1999 n. 2917, *MGL*, 1999, p. 782, con nota di P. Morgera, *Indennità di mobilità e lavoro a domicilio*; Cass. 18 maggio 1999 n. 4812, *RIDL*, 1999, II, p. 858, con nota di G. Pera, *Lavoratori a domicilio e indennità di mobilità*. In senso contrario v. invece Cass. 1° luglio 1999, n. 6726, *FI*, 1999, I, c. 2844.

(144) In questo senso, a condizione che il rapporto di lavoro a domicilio « abbia a oggetto una qualificata e ragionevole continuità di prestazione », Cass. 22 gennaio 1987 n. 615, *RGL*, 1987, II, p. 64; in precedenza nello stesso senso Cass. 17 marzo 1981 n. 1570, *RGL*, 1983, II, p. 432, con nota di G. Roma, *Lavoro a domicilio e licenziamento*; nello stesso senso P. Parma 15 marzo 1982, ivi e *RIDL*, 1983, II, p. 560, con nota dissensiente di A. Giovatti, *Sull'applicabilità della disciplina limitativa dei licenziamenti individuali al lavoratore a domicilio*. In senso contrario v. anche T. Milano 19 ottobre 1981, *OGL*, 1982, p. 549. Aderisce all'orientamento della Cassazione D. Gottardi, *Lavoro a domicilio*, cit. nella nota 131, pp. 187-188.

(145) Per la descrizione del fenomeno, nella letteratura non strettamente giuslavoristica dell'ultimo quindicennio, v. S. Campo dall'Orto, M. Mutinelli, C. Roveda, *Telelavoro, esperienze e problematiche di sviluppo*, in *Studi organizzativi*, 1986, pp. 141-170 (ivi una ricca bibliografia, quasi interamente straniera); la raccolta curata da B. Grasso, *Il telelavoro*, Bari, 1986; il saggio di V. Di Martino e L. Wirth, *Telework: an overview*, nel volume monografico *Conditions of work digest* (interamente dedicato allo stesso tema, con numerose schede sulle più rilevanti esperienze di telelavoro su scala mondiale), n. 9, Ginevra, I.L.O., 1990, nonché con il titolo *Le te le travail: un nouveau mode de travail et de vie*, *RIT*, 1990, pp. 585-611; i numerosi contributi raccolti da G. Scarpitti e D. Zingarelli, *Il telelavoro. Teorie e applicazioni*, Milano, 1993, e da L. Gaeta, P. Manacorda, R. Rizzo, *Telelavoro. L'ufficio a distanza*, Roma, 1995. Al « telelavoro » inteso in un'accezione assai più ampia di quella che qui interessa è dedicato il convegno svoltosi a Roma nel dicembre 1987, i cui atti sono raccolti in AA.VV., *Il telelavoro: i miti e le prospettive concrete per l'Italia*, Milano, 1989; v. infine ultimamente M. Frediani, *Telelavoro: dal mercato della forza lavoro al mercato dell'informazione*, *LG*, 1998, pp. 825-826. Sul versante dell'elaborazione giuridica v. M. Dell'Olivo, *Nuove forme di lavoro dipendente*, *MGL*, 1984, pp. 668-678; P. Ichino, *Incidenza dell'innovazione tecnologica sulla struttura del rapporto di lavoro subordinato e sui relativi criteri di distinzione dal lavoro autonomo*, *RGL*, 1985, I, pp. 199-203; Id., *Subordinazione e autonomia ecc.*, cit., pp. 143-148 e 223-225; L. Gaeta, *Prime osservazioni sulla qualificazione giuridica del « telelavoro »*, *L80*, 1986, pp. 344-350; Id., *Lavoro a distanza e subordinazione*, cit. (1993); B. Veneziani, *Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato*, *DLRI*, 1987, pp. 1-60; R. Pessi, *Contributo ecc.*, cit. (1989), pp. 215-224; R. Flammia, *Telelavoro*, *MGL*, 1995, pp. 638-641; gli atti del seminario Assicredito del marzo 1995 raccolti ne *Il telelavoro nelle banche e nelle assicurazioni. Profili tecnici, organizzativi e lavoristici*, Roma, 1995; M. Napoli, *Il telelavoro come lavoro subordinato*, nella raccolta di scritti dello stesso A., *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Torino, 1996, pp. 141-151; L. Gatto, *Problematiche giuridiche del telelavoro nell'ordinamento comunitario e in quello italiano*, Dublino, 1998; L. Gallardo Moya, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio: el teletrabajo*, ne *I nuovi scenari della prestazione di lavoro*, a cura di L. Gaeta e A. Loffredo, Napoli, 1999, pp. 145-195; L. Angelini, *Le nuove modalità spaziali dell'adempimento: il telelavoro*, ivi, pp. 197-238; gli studi di L. Gaeta, L. Calafà, R. Del Punta, V. Speziale, R. Romei, L. Zoppoli, M. Esposito, R. Santucci, P. Pascucci, A. Avio, A. Viscomi, D. Gottardi, A. Lo Faro, L. Angelini e F. Scarpelli, raccolti da L. Gaeta e P. Pascucci in *Telelavoro e diritto*, Torino, 1998; L. Nogler, *Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro*, *QDLRI*, n. 21, 1998, pp. 101-139; nonché infine i contributi comparatistici raccolti nel convegno di Roma del giugno 1998, ora ne *Le trasformazioni del lavoro. La crisi della subordinazione e l'avvento di nuove forme di lavoro*, Milano, 1999.

(146) Dove per « tipo normativo » intendo la figura giuridica — meno estesa di quella definita dal « tipo legale » — risultante dalla disciplina legislativa della fattispecie e corrispondente al modello tenuto presente dal legislatore nel dettare la disciplina stessa. Quando il tipo legale sia considerato come tipo « chiuso » (concetto), in funzione di un procedimento sillogistico di qualificazione delle fattispecie concrete, il tipo normativo può essere considerato come sottotipo rispetto al primo, cioè come concetto più ristretto, individuato dall'aggiunta di uno o più elementi ulteriori rispetto al tipo legale.

(147) Per due casi in cui è stata esclusa la qualificabilità di una fattispecie di lavoro decentrato come lavoro a domicilio in conseguenza del carattere non manifatturiero (a giudizio del Pretore) dell'attività dedotta in contratto, v. P. Modena 22 marzo 1988, cit. nella nota 142, e T. Bologna 15 marzo

1988, cit. nella stessa nota. Si osservi, però, che il Giudice, ravvisando implicitamente nella legge n. 877/1973 una perfetta coincidenza del tipo normativo (lavoro manifatturiero a domicilio) con il tipo legale desumibile dall'art. 1, una volta esclusa la qualificabilità della fattispecie come lavoro a domicilio ne ha tratto senz'altro la conseguenza dell'applicabilità dei criteri di distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c. Secondo l'impostazione qui proposta, invece, la stessa fattispecie concreta avrebbe ben potuto ricondursi al tipo legale del lavoro decentrato dipendente, desumibile dalla legge del 1973, nonostante il carattere in ipotesi non manifatturiero dell'attività dedotta in contratto. Sostanzialmente in questo ordine di idee sembra muoversi P. Cassino 7 marzo 1981, *RGL*, 1983, II, p. 432, che qualifica come « subordinata », applicando i criteri di cui all'art. 1 della legge del 1973, la prestazione di una correttrice di bozze, nonostante la sua evidente estraneità rispetto al tipo normativo desumibile dalla stessa legge (nel caso specifico l'attività lavorativa non aveva carattere manifatturiero e la relativa retribuzione non era costituita da un cottimo pieno, bensì da uno stipendio fisso mensile).

(148) Cfr. L. Mengoni, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, cit., pp. 9-10. Il criterio distintivo fondato su eterodirezione piena e coordinamento spazio-temporale (v. §§ 80-88) non è dunque « messo a dura prova dal confronto con il lavoro a domicilio », né esso « mostra ancor più i propri limiti » al cospetto delle nuove forme di lavoro decentrato (R. De Luca Tamajo, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, cit., p. 461): semplicemente esso non si applica in questo campo.

(149) È interessante osservare come in tal senso sia esplicitamente orientata anche la contrattazione collettiva in riferimento a una figura professionale che presenta sovente i caratteri tipici del lavoro decentrato: i giornalisti collaboratori esterni, ai quali il contratto collettivo di categoria si applica, anche quando « non diano opera giornalistica quotidiana, purché sussistano continuità di prestazione, vincolo di dipendenza e responsabilità di un servizio » (c.c.n.l. per i giornalisti professionisti, pubblicisti e praticanti dipendenti da aziende editrici di quotidiani, periodici ecc., rinnovato ultimamente il 4 giugno 1998, art. 2).

(150) È, ovviamente, del tutto irrilevante, ai fini che qui interessano, il fatto che le imprese produttrici di *software* o di servizi informatici siano oggi inquadrate sindacalmente nel settore metalmeccanico.

(151) Aderisce a questa tesi, che avevo sostenuto nella monografia su *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit. (1989), P. Pascucci, *Il quadro giuridico del telelavoro, ne Il telelavoro nelle banche e nelle assicurazioni*, cit. nella nota 145, pp. 29-30. V. in proposito anche L. Gaeta, *La qualificazione del rapporto*, in *Telelavoro e diritto*, cit. nella nota 145, p. 14. Una sostanziale — ancorché non dichiarata — applicazione di questo criterio sembra essere alla base della più frequente qualificazione come autonoma della prestazione del « programmatore » a cui l'impresa affida la predisposizione del *software* applicativo: v. specificamente in proposito P. Fanfani, *Rapporti di collaborazione nelle nuove professioni*, *MGL*, 1988, pp. 418-419; R. Foglia, *ivi*, pp. 420-422. Sulla questione in generale cfr. anche R. De Luca Tamajo, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, *DLRI*, 1986: « qui un potere direttivo e di controllo — quale indice della subordinazione — sussiste anche se esercitato in modo mediato, attraverso assoggettamento del lavoratore alle regole, ai tempi e al controllo del computer » (p. 465). Nel senso dell'irrelevanza — ai fini della qualificazione — della facoltà del creditore di sostituire il *software* applicativo v. invece M. Napoli, *Il telelavoro come lavoro subordinato*, cit. (1996), p. 147; dove, se ben comprendo, N. sostiene la qualificabilità come rapporto di lavoro subordinato di qualsiasi rapporto avente per oggetto una forma di telelavoro, in presenza dell'elemento dell'« inerenza della prestazione all'organizzazione produttiva dell'impresa ».

(152) Disegno di legge n. 400/S (VIII legislatura) approvato in prima lettura dal Senato nella seduta del 25 giugno 1980. L'iniziativa legislativa era stata promossa dal Governo in seguito all'intervento repressivo della magistratura del lavoro milanese nei confronti del c.d. « calcio-mercato », nel quale si ravvisava una violazione del divieto di mediazione privata nel mercato del lavoro (all'intervento giudiziale si era in precedenza risposto provvisoriamente con il D.L. n. 367/1978, convertito in legge con L. 4 agosto 1978 n. 430). Intorno ai problemi di qualificazione del lavoro sportivo prima di questo intervento legislativo v. soprattutto gli atti del seminario fiorentino su *Il rapporto di lavoro nello sport. L'attività sportiva come lavoro subordinato*, Milano, 1965, e *ivi* particolarmente pp. 175-221 (interventi di A. Aranguren, P.G. Canepelo, G. Mazzoni e altri); alle pp. 283-288 una ampia bibliografia sul lavoro sportivo nell'ordinamento allora vigente. Sulla nuova legge, oltre agli scritti citati nelle note seguenti, v. gli atti del convegno svoltosi ad Ascoli Piceno nel dicembre 1987 (AA.VV., *Il rapporto di lavoro sportivo*, Rimini, 1989) e *ivi* in particolare le relazioni e comunicazioni di P. Fanfani, G. Micali (con cenni sul lavoro sportivo nell'antica Roma) e M. De Luca; nonché gli atti del convegno svoltosi a Gallipoli nell'aprile 1988, pubblicati in *DL*, 1988, I, pp. 254-325, e *ivi*, in particolare, per l'aspetto che qui interessa, i contributi di A. D'Harmant François (alle pp. 265-269 ulteriori notizie sulla vicenda politico-giudiziario-legislativa da cui trasse origine la legge), A. Pecora (sulla figura del giocatore di tennis professionista), G. Giugni e M. Dell'Olio.

(153) Cfr. in precedenza sul punto G.P. Melzi D'Eril, *Problemi attuali di diritto del lavoro*, Milano, 1954, pp. 87-90.

(154) Degli artt. 3 e 4 della legge chi scrive si è trovato a essere l'ideatore ed estensore, in qualità di membro della Commissione lavoro e membro supplente della Commissione affari interni della Camera dei Deputati, durante la discussione della legge stessa in seconda lettura. Il nuovo testo, concordato dalle principali forze politiche, venne presentato dal relatore on. Zolla alla Commissione affari interni, alla quale il provvedimento era stato nel frattempo assegnato in sede legislativa, e approvato il 4 febbraio 1981.

(155) Un ulteriore fattore di sdrammatizzazione del problema, per la categoria dei « calciatori e allenatori di calcio », è costituito dal suo inserimento, ai fini previdenziali, nel settore dello spettacolo (L. 14 giugno 1973 n. 366, art. 3), con conseguente suo assoggettamento al regime Enpals, nel quale l'assicurazione è obbligatoria tanto per le prestazioni a carattere subordinato quanto per quelle a carattere autonomo (D.L.C.p.S. 16 luglio 1947 n. 708, ratificato con L. 29 novembre 1952 n. 2388).

(156) Analoga scelta è stata compiuta dal legislatore belga con la L. 24 febbraio 1978, istitutiva di un tipo legale a sé stante di lavoro dipendente, avente a oggetto l'attività sportiva professionale, non essenzialmente individuato dall'elemento dell'eterodirezione: « Per sportivi professionisti devono intendersi coloro che si impegnano ad addestrarsi o a partecipare a una competizione o esibizione sportiva alle dipendenze [sous l'autorité] di un'altra persona mediante una retribuzione eccedente un determinato importo » (art. 2); dove l'espressione « sous l'autorité », che compare senza l'ulteriore riferimento alla « direction » e alla « surveillance » contenuto invece nella definizione del tipo legale maggiore del lavoro subordinato (L. 3 luglio 1978: v. in proposito nota 18 al § 80), evoca un concetto di « dipendenza » volutamente ed esplicitamente differenziato, per la sua maggiore genericità, rispetto a quello di subordinazione in senso stretto.

(157) Poiché, a norma dell'art. 2, l'elemento dell'onerosità, insieme a quello della non occasionalità, distingue il lavoro sportivo professionistico da quello del dilettante, se ne deve logicamente concludere che il contratto di lavoro sportivo del dilettante — se per tale si intende il lavoro sportivo gratuito e/o occasionale — non può mai essere qualificato come contratto di lavoro « subordinato » a norma della legge n. 91/81. D'altra parte, il concetto di onerosità a cui fa riferimento l'art. 2 per definire lo sportivo professionista è, a mio avviso, più ampio rispetto a quello di cui all'art. 3, comprendendo non soltanto il caso del lavoro sportivo retribuito direttamente dall'ente organizzatore, ma anche il caso del lavoro sportivo retribuito indirettamente dal c.d. « sponsor » (v. però, in senso contrario, A. Pecora, *Il giocatore di tennis ecc.*, cit., p. 308: « per l'art. 3, non è onerosa la prestazione dell'atleta che in qualsiasi modo ottiene un profitto, ma lo è esclusivamente quella direttamente remunerata dalla società o associazione di appartenenza »); ne consegue una riduzione della categoria degli sportivi dilettanti, che rafforza ulteriormente la loro esclusione dall'area del lavoro sportivo « subordinato ». Né mi sembra condivisibile la tesi secondo cui i criteri di qualificazione di cui all'art. 3 si applicherebbero soltanto a condizione che l'atleta sia stato preventivamente qualificato come professionista, con il risultato che al dilettante potrebbero applicarsi i criteri di distinzione desumibili dall'art. 2094 c.c. (P. Fanfani, *Riflessi istituzionali della legge 23 marzo 1981 n. 91*, negli atti del convegno di Ascoli Piceno, cit., pp. 25-27): è ben vero che oggi vengono comunemente qualificati come dilettanti, in alcuni settori sportivi, anche atleti che percepiscono regolarmente un compenso dalla rispettiva « società » per la loro prestazione sportiva, svolta con marcato carattere di durevolezza; ma in questi casi può e deve, a mio avviso, disattendersi la qualificazione degli atleti come dilettanti, in sede di applicazione della legge n. 91/1981.

(158) Cfr. sul punto G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 47: « quest'ultima è la sola ipotesi legalmente prevista in cui il *part-time*, normalmente ininfluente ai fini della classificazione di un rapporto di lavoro subordinato, lo trasforma addirittura in un rapporto di lavoro autonomo ». Si osservi, però, che il limite quantitativo minimo indicato dalla legge non può considerarsi come « orario normale »; non può quindi escludersi la possibilità di una prestazione subordinata che impegni l'atleta per un tempo inferiore all'« orario normale » (peraltro indeterminato, allo

stato attuale della legislazione e della contrattazione collettiva del settore), quindi, tecnicamente, « a tempo parziale », purché l'orario stesso sia superiore al limite minimo indicato dalla legge.

(159) Una lettura della legge differente è proposta da M. Persiani, *Commentario della legge 23 maggio 1981, n. 91, NLCC*, 1982, sub art. 3, il quale attribuisce alla norma definitoria un significato logico-giuridico diverso da quello emergente dal tenore letterale del testo: partendo dal presupposto secondo cui « difficilmente si potrebbe individuare l'utilità che una società sportiva può trarre dalla prestazione di un risultato che lo sportivo fornirebbe in piena e assoluta autonomia », l'A. afferma che « a ben guardare, le ipotesi di cui al comma 2° [dell'art. 3] non sono ipotesi di vero e proprio lavoro sportivo autonomo, ma ipotesi di lavoro sportivo subordinato che ... sono, però, sottratte all'applicazione della relativa disciplina » (p. 569); condividono l'opinione teste riportata M. Pedrazzoli, *Prestazione d'opera e para-subordinazione*, cit., p. 555, R. Pessi, *Contributo ecc.*, cit., pp. 211-215, e G. Suppiej, *Recensione a Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro, RDC*, 1990, I, p. 602. Conclusione certo difficilmente contestabile, questa, se si resta ancorati all'idea dell'unitarietà del concetto di subordinazione nel nostro ordinamento, e si individua l'essenza della subordinazione stessa nell'assoggettamento della prestazione al potere direttivo od organizzativo del creditore. Ma proprio l'esegesi sistematica della legge sul lavoro sportivo pone in risalto l'inadeguatezza di tale idea rispetto alla complessità dell'ordinamento e l'eccessiva astrattezza del concetto unitario di subordinazione su cui essa si basa: concetto che perde qui ogni contatto con il diritto vigente. Ne è conferma l'impossibilità di spiegare razionalmente gli orientamenti giurisprudenziali in proposito, nella quale si trova chi rifiuti od ometta di considerare la nuova legge come istitutiva, quanto meno, di un nuovo e distinto tipo legale di lavoro dipendente: v. A. Luciani, *Lavoro e previdenza sociale nello sport, NGCC*, 1990, II, pp. 55-57. In giurisprudenza, nel senso della peculiarità della nozione di « lavoro subordinato sportivo » rispetto alla nozione generale ex art. 2094 c.c., v. Cass. 28 dicembre 1996 n. 11540, mass., dove si precisa tuttavia l'inapplicabilità del criterio di qualificazione speciale a istruttori e direttori tecnici di società sportive (su quest'ultimo punto v. anche P. Torino 7 febbraio 1995, cit. nella nota 50, commentata da M. Tiraboschi, *Su qualificazione e inquadramento previdenziale degli istruttori di nuoto e di ginnastica*).

(160) In senso sportivo E. Ghera, *La subordinazione fra tradizione e nuove proposte*, cit., p. 622, il quale ritiene essenziale l'assoggettamento a eterodirezione anche per la qualificazione come subordinato del lavoro atletico-sportivo.

(161) Così, ad esempio, P. Milano 29 aprile 1988, *RIDL*, 1988, II, p. 638 (con nota di A. Fortunat), richiama la « diffusa opinione secondo la quale la contrapposizione tra rapporto di lavoro subordinato e rapporto di lavoro autonomo mal si adatta alla attuale realtà del mercato del lavoro »: l'uno e l'altro tipo di rapporto (il riferimento è evidentemente ai tipi legali contrapposti di cui all'art. 2094 e 2222 c.c.) « non esauriscono ormai i molteplici e diversificati aspetti che la prestazione di lavoro di fatto assume in una società come la nostra » (p. 643). La sentenza, riferita al caso delle indossatrici ingaggiate per una serie di sfilate di moda, muove dalla svalutazione dell'elemento dell'« inserimento organizzativo » della prestazione nell'azienda del creditore (« Certo, la prestatrice sfila in una manifestazione più generale, nella quale la sfilata si inserisce, e lavora usando le strutture e gli abiti messi a sua disposizione dallo stilista; ma ciò non basta per dire che ella operi organicamente nell'ambito della Casa di moda »: p. 644), per poi sottolineare il rilievo causale dominante delle doti fisiche e della professionalità della prestatrice, nella sua esibizione davanti al pubblico, rilevando la stretta analogia tra la fattispecie dedotta in giudizio e le altre forme di lavoro artistico (« in questo, come in tutti i casi di prestazione artistica, non può non esservi una accentuata autonomia per quanto attiene al contenuto stesso della prestazione lavorativa »); e per dedurre conclusivamente il rilievo decisivo, in questo caso, di elementi ai quali lo stesso rilievo non può essere attribuito in linea generale: il carattere meramente occasionale della prestazione e la sua ridotta estensione nell'arco della giornata, che consente all'indossatrice di intrattenere contemporaneamente altri rapporti con altri committenti (« In un tale quadro assumono, ovviamente, un qualche maggiore significato anche elementi di per sé meno rilevanti, quali la non esclusività della prestazione lavorativa ... il tempo della prestazione estremamente ridotto ... »: pp. 644-645). In base a ragionamento analogo Pret. Roma 12 luglio 1990 (*DPL*, 1990, p. 2393) esclude il carattere subordinato della prestazione di un « figurante » utilizzato in una (e una sola) serie di trasmissioni televisive. Colpisce la coincidenza — pur ignorata nelle motivazioni delle due sentenze — con i criteri dettati dall'art. 3 della legge n. 91/1981.

(162) Cfr. L. Mengoni, *Relazione all'assemblea del C.N.E.L. del 4 giugno 1985, in tema di Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro, RIDL*, 1985, I: « ... la legge n. 91/1983 relativa a un rapporto di lavoro speciale (lavoro sportivo), ... può considerarsi la base per l'enucleazione di un criterio ermeneutico generale. La legge esclude la configurabilità di una prestazione di lavoro subordinato quando essa, pur essendo continuativa, impegni il lavoratore per periodi molto brevi, rapportati a settimana, mese o anno » (cap. III, § 4); e R. De Luca Tamajo, *Il tempo nel rapporto di lavoro, DLRI*, 1986, pp. 460-461. In senso contrario v. P. Milano 9 dicembre 1988, *RIDL*, 1989, II, 426, dove si afferma che i criteri dettati dall'art. 3 della legge n. 91/81 si applicano soltanto per le attività sportive regolamentate dal C.O.N.I., mentre, al di fuori di tale ambito, agli stessi criteri dovrebbe attribuirsi soltanto valore sussidiario.

(163) In riferimento alla prestazione lavorativa di una comparsa televisiva v. P. Roma 12 luglio 1990, cit. nella nota 161. V. invece A.C. La Rosa, *Il rapporto di lavoro nello spettacolo*, Milano, 1986, pp. 29-30, il quale sostiene trattarsi sempre di lavoro subordinato (nello stesso senso le successive edizioni dello stesso libro, del 1993 e del 1998): opinione certo sostenibile se la qualificazione del lavoro c.d. « artistico » (degli attori teatrali, cinematografici, radiofonici o televisivi, per lo più pienamente assoggettati al potere direttivo del regista) dovesse ancora basarsi senz'altro sulla sussistenza o no dell'elemento dell'eterodirezione. Ma anche prima dell'entrata in vigore della legge n. 91/1981 la dottrina prevalente era orientata nel senso di ammettere la configurabilità di una prestazione artistica autonoma: v. soprattutto S. Spano, *L'attore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, pp. 37-39; sostanzialmente nello stesso senso L. De Litala, *Contratti speciali di lavoro*, Torino, 1958, pp. 278-279; L. Riva Sansaverino, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1973, pp. 54-55. I criteri speciali di qualificazione della prestazione dell'attore non possono invece applicarsi in riferimento a quella del regista (teatrale, cinematografico o televisivo), che non ha per oggetto l'esibizione della persona del prestatore davanti al pubblico e per la quale devono applicarsi i criteri di cui all'art. 2094 (cfr. in proposito Cass. 11 dicembre 1985 n. 6254, *OGI*, 1988, p. 397).

(164) Sulla qualificazione come autonoma della prestazione svolta per la RAI dal noto e sfortunato « presentatore » Enzo Tortora v. P. Milano 30 aprile 1977, *OGI*, 1981, p. 323, con nota di G. Patrizi, *Autonomia del rapporto di lavoro del presentatore radiotelevisivo*. Sulla figura del *disc-jockey* v. T. Milano 16 novembre 1985, *OGI*, 1986, p. 47, dove peraltro è pubblicata una massima troppo generica e non la motivazione della sentenza.

(165) Cfr. P. Brescia 29 ottobre 1986, *L80*, 1980, p. 273, secondo la quale non può qualificarsi come subordinata la prestazione lavorativa dei « concertisti e direttori d'orchestra ingaggiati per una specifica manifestazione » (c.m.): dove, ancora una volta, è evidente il riferimento a un criterio identico a quello indicato dall'art. 3 della legge n. 91/1981. V. anche Cass. 28 novembre 1990 n. 11436, *DPL*, 1991, p. 889, dove però non sono chiare le caratteristiche della fattispecie concreta a cui la sentenza si riferisce. In argomento v. anche D. D'Andrea, *Autonomia e subordinazione nell'attività di prestazione artistica: criteri di accertamento ed elementi rivelatori*, nota a P. Roma 5 ottobre 1994 e P. Roma 24 ottobre 1994, *GLLazio*, 1995, p. 256.

(166) V. in proposito P. Milano 13 aprile 1971, *RDCin*, 1971, p. 78; e A.C. La Rosa, *op. cit.*, pp. 41-42, il quale sostiene trattarsi di lavoro subordinato quando la prestazione abbia carattere « continuativo ».

(167) V. in proposito P. Milano 6 giugno 1987, *L80*, 1987, p. 846; e soprattutto P. Milano 29 aprile 1988, cit. nella nota 161.

(168) Nel senso del carattere autonomo della prestazione di una fotomodella v. T. Milano 19 settembre 1972, *OGI*, 1973, p. 432; P. pen. Milano 6 dicembre 1984, imp. Gay e Roberti, per quel che consta inedita; P. Milano 6 giugno 1987, *OGI*, 1987, p. 607.

(169) V. in proposito P. pen. Cagliari 28 febbraio 1985, *RIDL*, 1986, II, p. 514, con nota di F. Toffoletto, *Subordinazione e carattere durevole della prestazione*, dove viene attribuito rilievo decisivo, per la qualificazione come autonoma della prestazione di numerosi « animatori » di un villaggio turistico, alla sua breve durata.

(170) V. in proposito P. Sampierdarena 11 ottobre 1972, *RDCin*, 1973, p. 44; e A.C. La Rosa, *op. cit.*, p. 42: anche qui l'A. sostiene trattarsi senz'altro di lavoro subordinato quando la prestazione abbia carattere « continuativo ».

(171) Sul punto v. ancora P. Milano 29 aprile 1988, cit. nella nota 161.

(172) Esplicitamente in questo senso E. Soprano, *Il libro del lavoro del nuovo codice civile (lineamenti e motivi)*, Torino, 1942, p. 75; implicitamente L. Riva Sansaverino, *Del lavoro*, cit. (1943), sub art. 2239, p. 819. Non consta che la questione sia stata successivamente affrontata *ex professo* da

altri Autori: la dottrina sembra dare per scontato che l'art. 2239 richiami, « in quanto compatibili », anche i criteri di qualificazione di cui all'art. 2094 (v. un accenno in tal senso in L. Spagnuolo Vigorita, *Relazione* in AA.VV., *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, cit., p. 24; in E. Ghera, *Il lavoro e i lavori*, cit., p. 574; e in M. Napoli, *I rapporti di lavoro tra subordinazione e autonomia*, in *Note dir. lav.*, 1988, p. 62). Ai criteri di cui all'art. 2094 fa comunque normalmente riferimento la giurisprudenza anche per la qualificazione del lavoro prestato a non imprenditore: v. ad es. Cass. 20 settembre 1979 n. 4855, *FI*, 1982, I, c. 248; Cass. 6 dicembre 1985 n. 6150 (la sentenza si riferisce a rapporto di lavoro con non imprenditore: ciò che non risulta dalla massima in *MGI*, 1985, c. 1159); Cass. 3 febbraio 1986 n. 648, *NGL*, 1986, p. 295, in riferimento al rapporto di lavoro fra una ortofonista e una associazione di ispirazione religiosa con fini assistenziali. V. però Cass. 22 giugno 1985 n. 3771, cit. nella nota seguente.

(173) In giurisprudenza v. su questo punto Cass. 22 giugno 1985 n. 3771, *GC*, 1986, I, p. 151, dove, in riferimento al caso dell'addetto alle pulizie di uno stabile condominiale, si precisa che in tale caso « il requisito del controllo [della prestazione da parte del datore di lavoro] non può essere lo stesso che caratterizza la prestazione di lavoro svolta all'interno dell'impresa ».

(174) Cfr. la *Relazione* del Guardasigilli sul libro V del codice, dove si afferma che sull'applicabilità o no degli artt. 2094-2134 « può » fra l'altro influire la circostanza che la prestazione di lavoro serva per la soddisfazione dei bisogni diretti del datore di lavoro, e non come mezzo o strumento dell'esercizio professionale » (§ 113, *sub art.* 175). Nel senso della configurabilità di « rapporti di lavoro subordinato che non si svolgano in una organizzazione » v. F. Liso, *La mobilità del lavoro in azienda*, Milano, 1982, pp. 30-31: ivi ulteriori riferimenti. In relazione all'ordinamento precedente al codice del 1942 v. G. D'Eufemia, *Nozioni generali sul contratto individuale di lavoro*, cit., pp. 103-104. In senso contrario D. Napoletano, *Il lavoro subordinato*, cit., p. 24.

(175) La materia è oggetto di definizione precisa nel D.P.R. 31 dicembre 1971 n. 1403 (emanato in forza della delega legislativa contenuta nell'art. 35 della L. 30 aprile 1969 n. 153), che con il combinato disposto degli artt. 1 e 26 detta criteri assai netti di separazione tra il lavoro domestico (qualificato dal fatto di essere prestato soltanto alla persona fisica, alla famiglia o a « comunità religiose o militari di tipo familiare ») e il lavoro di « riassetto e pulizia dei locali », che, per essere prestato a favore di soggetti diversi, deve essere qualificato senz'altro come lavoro subordinato ordinario (v. in proposito G. Pellettieri, *Lavoratori addetti ai servizi domestici*, *NDApp*, IV, 1983, pp. 575-576; ivi, peraltro, p. 572, un accenno alle « notevoli perplessità » che sorgono al riguardo in dottrina e in giurisprudenza); Id., *Lavoratori addetti ai servizi di riassetto e pulizia dei locali*, ivi, 1983, pp. 578-579). Una tesi diversa è sostenuta in proposito da M. Offeddu, *Il lavoro domestico*, in *Tratt. dir. priv. dir. da P. Rescigno*, vol. XV, t. 1°, Torino, 1986, pp. 655-663, il quale indica nell'art. 1 della legge 2 aprile 1958 n. 339 il punto di riferimento per la definizione della fattispecie. Sulla nozione di « servizio di carattere domestico », in riferimento alla disciplina previgente, v. soprattutto L. Riva Sanseverino, *Del lavoro*, cit., pp. 819-821; G.P. Melzi D'Eril, *Problemi attuali di diritto del lavoro*, cit., pp. 123-125; L. De Litala, *Contratti speciali di lavoro*, cit., pp. 46-51; M. Persiani, *Domestici*, *Enc. dir.*, XIII, 1964, pp. 826-827, dove l'A. precisava che la convivenza tra prestatore e datore di lavoro domestico, sempre necessaria, non comporta necessariamente la coabitazione; G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1971⁴, pp. 818-822 (nell'ultima edizione postuma, 1988, vol. I, pp. 1087-1091), dove si sosteneva che il rapporto dovesse considerarsi caratterizzato dalla « benevolenza » del datore nei confronti del prestatore di lavoro, con conseguente « mitigazione » della subordinazione, ma anche da un più accentuato coinvolgimento personale del prestatore stesso, suscettibile di « accentuare » la subordinazione.

(176) Sull'applicabilità al lavoro domestico della disciplina comune del rapporto di lavoro subordinato « in quanto compatibile », a norma dell'art. 2239 — applicabilità che l'art. 2240 apparentemente esclude, mentre la *Relazione* del Guardasigilli sul libro V del codice (1941) sembra sostenerla (§ 113, *sub art.* 175) — la dottrina è divisa: v. per la risposta affermativa al quesito, qui condivisa, M. Persiani, *Domestici*, cit., p. 828 e ivi nota 10; in senso contrario M. Offeddu, *Il lavoro domestico*, cit., p. 658, il quale sottolinea anche il « significativo salto, non solo nella progressione numerica », tra la parte del libro V del codice dedicata al lavoro subordinato nell'impresa e gli artt. 2240-2246 dedicati al lavoro domestico (p. 655). In precedenza, in quest'ultimo senso, implicitamente L. De Litala, *Contratti speciali di lavoro*, cit., p. 45; esplicitamente A. Torrente, C. Ruperto, *Del lavoro* (artt. 2222-2324), in *Commentario cod. civ.*, Torino, 1962, p. 53.

(177) Questo dato non sembra essere colto dalla giurisprudenza prevalente, che, legata all'idea del concetto unitario di subordinazione, insiste nell'indicare (sempre, beninteso, in linea astratta) l'eterodirezione, ancorché eventualmente « attenuata », come elemento essenziale per la configurabilità della subordinazione nel lavoro domestico: v. in tal senso Cass. 20 settembre 1979 n. 4855, cit. nella nota 172; P. Roma 6 ottobre 1994, *RIDL*, 1995, II, p. 514, con nota di M. Caro, *Sul metodo di qualificazione del lavoro domestico*; Cass. 16 gennaio 1996 n. 326, mass. Nello stesso senso della giurisprudenza citata v. in dottrina G. Pellettieri, *Lavoratori addetti ai servizi domestici*, cit., p. 573. V. invece in proposito C. cost. 23 dicembre 1987 n. 585, *GI*, 1988, I, c. 1643 (nonché *FI*, 1989, I, c. 582), nella cui motivazione si legge che « il rapporto di lavoro domestico per la sua natura si differenzia, sia in relazione all'oggetto, sia in relazione ai soggetti coinvolti, da ogni altro rapporto di lavoro » (c. 1644): dove il riferimento alla differenza di oggetto del rapporto può — e a mio avviso deve — essere letto anche come allusione alla peculiarità della definizione tipologica della fattispecie, rispetto a quella di cui all'art. 2094 c.c.

(178) La giurisprudenza è generalmente orientata nel senso di considerare elemento essenziale della figura del lavoro domestico la finalizzazione della prestazione al soddisfacimento di esigenze personali e familiari, e non a esigenze imprenditoriali o professionali del datore di lavoro: v. in tal senso Cass. 8 luglio 1987 n. 5969, *AC*, 1988, p. 37. V. però M. Persiani, *Domestici*, cit., pp. 826-827, dove l'A., anticipando la tesi che sarà oggetto della sua monografia del 1967, sostiene che il lavoro domestico, pur non svolgendosi nell'ambito di un'impresa, si svolge pur sempre nell'ambito di un'organizzazione. È ben vero che anche l'organizzazione domestica può essere considerata come « azienda » (cfr. F. Santoro Passarelli, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., p. 386; Id., *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1981, p. 74; L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, cit., p. 38); questo, però, a prezzo di una astrattizzazione del concetto di azienda che non solo non è necessaria, ma qui è addirittura fuorviante. Cfr. sul punto L. Mengoni, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, cit., p. 9, dove si denuncia come erroneo « lo sforzo di identificare in ogni caso di subordinazione, anche il più elementare, un profilo organizzativo del rapporto ». Cfr. anche, in quest'ultimo senso, in passato C. Lega, *Il diritto del lavoro e il lavoro autonomo*, cit., p. 129.

(179) V. in senso contrario P. Pietrasanta 9 maggio 1986, *RIDL*, 1987, II, p. 86, con nota di F. Toffoletto, *Lavoro domestico, irregolarità dell'orario e subordinazione*; dove però il Pretore si limita a enunciare apoditticamente il principio dell'incompatibilità della libertà di orario con il rapporto di lavoro domestico subordinato, senza porsi il problema del suo fondamento.

(180) V. in questo senso M. Offeddu, *op. ult. cit.*, p. 661 (ivi ulteriori riferimenti dottrinali sul punto). In giurisprudenza cfr. Cass. 13 ottobre 1967 n. 2447, *FI*, 1968, I, c. 129, Cass. 24 febbraio 1989 n. 1325, *GI*, 1979, I, c. 1227; Cass. 31 marzo 1983 n. 2354, mass., che hanno escluso dal novero delle convivenze di tipo familiare rispettivamente un collegio che perseguiva fini eminentemente didattici e formativi, un'organizzazione condominiale e una scuola militare. La tesi esposta nel testo comporta, ovviamente, che non si attribuisca alcun valore ai fini della definizione del concetto di lavoro domestico subordinato, nell'ordinamento attuale, all'elencazione di figure affini (« prestazioni d'opera inerenti al normale funzionamento della vita interna di ... convitto, collegio, convento, caserma, stabilimento di pena »), contenuta nell'art. 3 del R.D. 10 settembre 1923 n. 1955, mirante a precisare il significato dell'espressione « lavori domestici » contenuta nell'art. 1, 2° comma, del R.D.L. 15 marzo 1923 n. 692 sull'orario di lavoro. V. però Cass. 6 settembre 1988 n. 5049, *RIDL*, 1989, II, p. 44, che ha qualificato come lavoro domestico (ai fini della disapplicazione del contratto collettivo del settore turistico-alberghiero) la prestazione della cuoca di un convento, operante al servizio di monaci, seminaristi e occasionalmente anche pellegrini di passaggio.

(181) La giurisprudenza di Cassazione, penale e civile, sul punto è stata costantemente orientata nel senso dell'esclusione delle prestazioni di durata inferiore alle quattro ore giornaliere dalla tutela previdenziale: v. tra le altre Cass. 17 febbraio 1962 n. 26, *RDL*, 1963, II, p. 403, con nota dissenziente di P.F. Agliocchi, *Le assicurazioni sociali e il lavoro domestico di durata inferiore alle 4 ore giornaliere*; precisandosi però che tale esclusione non comporta affatto la qualificazione delle prestazioni domestiche come autonome: Cass. S.U. 22 luglio 1964 n. 1961, *GC*, 1964, I, p. 1960. In quest'ultimo senso, in dottrina, v. M. Persiani, *Domestici*, cit., pp. 827-828; G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, cit. (1971), p. 823, nota 81; ivi ulteriori riferimenti dottrinali in argomento. La limitazione in esame, posta dalla legge del 1958, è stata dichiarata costituzionalmente legittima da

Corte cost. 23 dicembre 1987 n. 585, cit. nella nota 177.

(182) Emanato in forza della delega legislativa conferita al Governo dalla legge 30 aprile 1969 n. 153, art. 35, lett. d).

(183) Cfr. in proposito la circolare Inps n. 1255 del 19 giugno 1972: « In base alla nuova disciplina, l'assoggettamento dei lavoratori addetti ai servizi domestici e familiari all'obbligo assicurativo prescinde dalla durata del lavoro giornaliero. Quest'ultima, pertanto, viene a perdere quella funzione qualificante dei prestatori di lavoro domestico che le era stata attribuita dalla legge » (c. m.).

(184) V. ancora la circolare Inps citata nella nota precedente: « Oltre a ciò, deve tenersi conto che il legislatore non ha voluto richiamare nel provvedimento in esame il concetto di prestazione d'opera "continuativa" ... che si trova nella citata legge n. 339 del 1958 ... Di conseguenza, tutte le prestazioni di natura familiare ... anche se saltuarie e discontinue, sono soggette all'obbligo assicurativo in base alle nuove norme ».

(185) La « continuità » (in senso atecnico) della prestazione di lavoro domestico è stata per lungo tempo indicata comunemente in giurisprudenza come requisito necessario affinché questa possa qualificarsi come subordinata: v. tra le altre Cass. 7 dicembre 1977 n. 5322, mass.; Cass. 20 settembre 1979 n. 4855, cit. nella nota 172. In dottrina nello stesso senso G. Pellettieri, *Lavoratori addetti ai servizi domestici*, cit. (1983), p. 574. Orientamento, questo, che corrispondeva anche all'opinione comune corrente: v. in proposito, tra le guide pratiche più diffuse, G. VICINI, *Il rapporto di lavoro domestico*, Milano, 1985, p. 24.

(186) C.c.n.l. 16 luglio 1996, art. 1, dove il campo di applicazione della disciplina collettiva è definito in modo assai nebuloso: « Il contratto si applica ai prestatori di lavoro, comunque retribuiti, addetti al funzionamento della vita familiare, tenuto conto di alcune fondamentali caratteristiche del rapporto ».

(187) V. per tutti sul punto M. Persiani, *Domestici*, cit., pp. 827-828; M. Offeddu, *Il lavoro domestico*, cit., particolarmente pp. 662-663.

(188) Di cui alla nota 186. Il divieto di contrattazione collettiva nel settore del lavoro domestico, originariamente previsto dal 2° comma dell'art. 2068 c.c., è stato abrogato da C. cost. 9 aprile 1969 n. 68. Sulla relativa questione v. in precedenza G. Ghezzi, *Osservazioni sull'esclusione del rapporto di lavoro domestico dalla contrattazione collettiva*, *GI*, 1966, I, 1, cc. 409-410.

(189) Sul punto cfr. V. Cassi, *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro*, cit. (1961): « il potere di organizzazione, così evidente e necessario nel lavoro che si svolge nell'impresa, manca invece del tutto nel lavoro che si presta a favore di un non imprenditore (es. lavoro domestico, lavori in economia sui fondi rustici e urbani, etc.) » (p. 156). Lo stesso A., nella pagina successiva, osserva che « Il potere direttivo e di comando sussiste ... in ogni caso, sia nell'impresa, come nel lavoro [subordinato] non inerente dall'esercizio dell'impresa »; ma egli qui si riferisce al potere direttivo come effetto e non come elemento individuatore della fattispecie.

(190) Sui criteri di qualificazione del rapporto di lavoro del lettore universitario, dopo un periodo di incertezza nel quale si erano registrate sentenze nel senso della necessità di considerare caso per caso la struttura della prestazione, con particolare riferimento all'assoggettamento a eterodirezione (P. Roma 2 ottobre 1986, P. Venezia 20 febbraio 1987, P. Padova 13 aprile 1987, tutte in *L80*, 1987, pp. 760-771), con la sentenza delle Sezioni Unite 5 aprile 1991 n. 3562 (*FI*, 1991, I, c. 1768) è venuto consolidandosi l'orientamento nel senso della qualificabilità del lettore come lavoratore subordinato sulla base del solo elemento del suo « inserimento » nell'organizzazione dell'ateneo; nello stesso senso v. poi Cass. S.U. 15 marzo 1993 n. 3057, *IPrev*, 1993, p. 891.

(191) In questo senso, ma sulla base di considerazioni attinenti più alla disciplina del rapporto (e alle sue radici storiche, assai più antiche di quelle relative al lavoro subordinato ordinario) che alla definizione del tipo, B. Balletti, *Il rapporto di lavoro nautico*, Napoli, 1967, particolarmente pp. 37-39; Id., *Rilevanza e tipicità del contratto di arruolamento*, Napoli, 1979. Nel senso della qualificazione del contratto di arruolamento come sottotipo del contratto di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c. v. invece l'orientamento nettamente prevalente della dottrina: A. Torrente, *I contratti di lavoro della navigazione*, Milano, 1948, pp. 103-116; G. Minervini, *Il lavoro nautico*, Bari, 1957, pp. 36-38; G. Branca, *Contratto di arruolamento e lavoro subordinato*, Milano, 1967, particolarmente pp. 6-11, 92-95, 111-132, 195-198; G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, cit. (1988), pp. 1031-1032 e 1102-1108; C. Enrico Lucifredi, *Il contratto di arruolamento*, Padova, 1990, pp. 45-69. Nello stesso senso C. cost. 3 aprile 1987 n. 96, *RIDL*, 1988, I, p. 35, dove il contratto di arruolamento è indicato espressamente come « sottotipo qualificato del rapporto di lavoro comune » (§ 2).

(192) Ciò non esclude che il rapporto tra socio-lavoratore e cooperativa possa qualificarsi come sottotipo rispetto al « lavoro nell'impresa » di cui all'art. 2094, quando lo statuto della cooperativa sia formulato in modo da consentire una netta distinzione fra contratto sociale e contratto di lavoro (secondo la tesi di M. Biagi, *Cooperative e rapporti di lavoro*, Milano, 1983, pp. 75-156). Sugli sviluppi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali più recenti su questa materia v. G. Meliadi, *Il lavoro nelle cooperative: tempo di svolte*, in corso di pubblicazione in *RIDL*, 2000, I. Sul requisito dello scambio diretto lavoro/retribuzione come elemento essenziale del tipo maggiore v. § 90.

(193) È la tesi di L. Boneschi, ne *Il contratto dei giornalisti*, a cura di P. Zanelli, Bologna, 1980, pp. 38-58, condivisa da G. Nicolini, *Autonomia e subordinazione della prestazione di lavoro nella giurisprudenza*, Milano, 1988, pp. 73-78: ivi una rassegna critica della giurisprudenza recente in argomento. Ritengono invece che la « specialità » del contratto di lavoro giornalistico sia limitata ad alcuni aspetti della sua disciplina L. De Litala, *Contratti speciali di lavoro*, cit., pp. 320-354, e G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, cit. (1988), pp. 1032-1033. I criteri ordinari di qualificazione del rapporto sono comunemente applicati ai rapporti di lavoro giornalistico dalla giurisprudenza: v. P. Roma 19 febbraio 1994, *RIDL*, 1995, II, p. 273, con nota di M. Caro, *Sulla qualificazione del lavoro giornalistico*; T. Milano 4 ottobre 1997, *RIDL*, 1998, II, p. 240, con nota di M. Caro, *Qualificazione del rapporto di praticantato giornalistico e altre questioni connesse*; in precedenza Cass. 9 aprile 1986 n. 2477, *DPL*, 1986, p. 2085; P. Milano 8 luglio 1986, *OGL*, 1986, p. 671; P. Milano 23 dicembre 1986, ivi, 1987, p. 62; Cass. 10 gennaio 1987 n. 109, ivi, p. 349, dove peraltro si sottolinea come in tali rapporti il vincolo della subordinazione sia particolarmente « attenuato » e si precisa altresì che la mancanza dello « status » di giornalista professionista « non può incidere sulla natura del rapporto e sul diritto del dipendente a percepire le competenze corrispondenti alle mansioni svolte » (contra, su questo punto specifico, P. Milano 18 gennaio 1990, cit. nella nota 195); P. Torino 1° aprile 1987, *GPiem*, 1987, p. 326; T. Torino 22 maggio 1989, ivi, 1989, p. 302, e *DPL*, 1989, p. 2073.

(194) V. in proposito §§ 101-103; v. inoltre la nota seguente.

(195) C.c.n.l. per i giornalisti 16 novembre 1995, art. 1: « Il presente contratto regola il lavoro fra gli editori ... e i giornalisti che prestano la loro attività giornalistica quotidiana con carattere di continuità e con vincolo di dipendenza ». Art. 2: « Le norme del presente contratto si applicano anche ai collaboratori fissi, cioè ai giornalisti ... che non diano opera giornalistica quotidiana, purché sussistano continuità di prestazione, vincolo di dipendenza e responsabilità di un servizio »; e la disposizione prosegue precisando che cosa debba intendersi per « continuità », « dipendenza » e « responsabilità di un servizio », con l'effetto di restringere notevolmente il campo di applicazione di questo contratto rispetto all'area del lavoro giornalistico subordinato ordinario (non altrettanto rispetto all'area del lavoro giornalistico subordinato decentrato, dove la « continuità » della prestazione è requisito essenziale per la sua qualificabilità come subordinata: v. § 102). Cfr. in proposito P. Dui, *Contratto dei giornalisti (professionisti e pubblicisti)*. *Commentario*, Milano, 1990, pp. 9-15; in giurisprudenza sulla figura particolare definita dall'art. 2 v. P. Milano 23 novembre 1988, *L80*, 1989, p. 154; P. Milano 18 gennaio 1990, ivi, p. 306.

(196) Il combinato disposto degli artt. 1 e 26 del decreto delegato vale soltanto a definire con precisione il concetto di lavoro domestico (v. in proposito § 110 e ivi nota 182); alle fattispecie che ne restano escluse devono applicarsi i criteri di qualificazione ordinari: cfr. G. Pellettieri, *Lavoratori addetti ai servizi di riassetto e pulizia dei locali*, cit., il quale giustamente esclude « che con l'art. 26 il legislatore abbia inteso introdurre una presunzione a favore della natura subordinata dalla prestazione in esame » (p. 579). I criteri generali di qualificazione — richiamati anche, in riferimento a questa particolare fattispecie, nella circolare INPS 23 maggio 1990 n. 74 — sono pacificamente applicati per la qualificazione del lavoro degli addetti alle pulizie in giurisprudenza: P. Milano 6 ottobre 1987, *OGL*, 1988, p. 353 (che in base a tali criteri ha qualificato come autonoma l'attività di un addetto alle pulizie in un ufficio); T. Milano 8 aprile 1989, ivi, 1989, p. 333 (che ha invece ravvisato la subordinazione nella prestazione di una addetta alle pulizie di uffici, con vincolo di orario e soggezione a stretto controllo); Cass. 3 maggio 1990 n. 3679, *NGL*, 1990, p. 481 (che ha ravvisato nel caso specifico l'autonomia della prestazione); Cass. 4 maggio 1991 n. 4905, *DPL*, 1990, p. 1971; Cass. 15 maggio 1991 n. 5409, *DPL*, 1991, p. 2082 (dalla massima non è dato individuare la fattispecie concreta); P. Bergamo 27 aprile 1995, *IPrev*, 1996, p. 132; Cass. 4

agosto 1995 n. 8565, mass.; Cass. 28 luglio 1999 n. 8187, mass. Per la giurisprudenza precedente v. la rassegna critica svolta da G. Nicolini, *Autonomia e subordinazione della prestazione di lavoro nella giurisprudenza*, cit., pp. 92-97; inoltre S. Verdoliva, *Subordinazione e autonomia nel rapporto di lavoro degli addetti alla pulizia di immobili urbani*, nota a Cass. 9 gennaio 1992 n. 136, *NGCC*, 1993, I, p. 71.

(197) V. in questo senso C. Romeo (P. Greco, F. Marino, F. Mazziotti), *Il rapporto di lavoro subordinato in agricoltura*, Napoli, 1977, pp. 58-60; A. Carrozza, *Lezioni di diritto agrario*, Milano, 1988, pp. 63-65, 172, 289-291. Sulla disciplina dei contratti misti, contenenti gli elementi essenziali del lavoro subordinato e di un contratto di concessione di fondo rustico, v. § 91.

(198) Nel senso della qualificabilità dell'apprendistato come sottotipo del contratto di lavoro subordinato ordinario v. già alle origini F. Carnelutti, *Gli apprendisti nella legge sugli infortuni*, *RDCComm*, 1906, I, pp. 308-311, la cui tesi è condivisa e ulteriormente argomentata da M. Casanova, *Studi di diritto del lavoro*, cit. (1929), pp. 88-92 (« Il contratto di tirocinio è un semplice contratto di lavoro, nel quale la mercede è, in tutto e, più spesso, in parte, sostituita dalla possibilità di formazione professionale »: p. 90). Nello stesso senso, in riferimento all'ordinamento attuale, L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. I, cit. (1949), pp. 414-417; G. Suppiej, *Apprendista*, *Enc dir*, II, 1958, pp. 814-816; G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, cit. (1988), pp. 1031-1048. Con l'affermarsi dell'idea dell'articolazione della fattispecie generale del lavoro subordinato il discorso sull'apprendistato si fa più complesso; G. Loy, *Formazione e rapporto di lavoro*, Milano, 1988, pp. 311-323, aderendo sostanzialmente alla costruzione teorica proposta da A. Cataudella (*Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, *DL*, 1983, I, pp. 77-90), qualifica i « contratti formativi » come sottotipi, ma non rispetto al tipo legale di cui all'art. 2094 c.c., bensì rispetto a una « più ampia categoria di subordinazione »: « per poter classificare la fattispecie come apprendistato, occorre prima di tutto verificare la sussistenza della subordinazione, che non è quella di cui all'art. 2094 c.c., ma quella più generale comprensiva di tutti i sottotipi » (p. 320, nota 47). Nel senso dell'estraneità del contratto di apprendistato rispetto al tipo legale di cui all'art. 2094 v. in precedenza L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, cit. (1962), pp. 440-442; aderisce a questa tesi L. Riva Sanseverino, *Disciplina delle attività professionali*, cit., p. 711.

(199) Così esplicitamente S. Centofanti, *Il contratto di formazione e lavoro nella l. 19 dicembre 1984 n. 863*, *RIDL*, 1985, I, pp. 310-313; G.G. Balandi, *Il nuovo contratto di formazione e lavoro*, ivi, 1986, I, part. p. 52; G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, cit. (1988), pp. 1031-1033 e 1048-1058; implicitamente M. Napoli, *Commento alla legge 19 dicembre 1984 n. 863*, *NLCC*, 1985, sub art. 3. Per la tesi di G. Loy v. *op. e loc. cit.* nella nota precedente.

(200) Può invece configurarsi un contratto di apprendistato come sottotipo del contratto di lavoro nautico: G. Minervini, *Il lavoro nautico*, cit., pp. 44-45.

(201) Per un'ampia trattazione in proposito, che conduce all'individuazione dei l.s.u. come tipo legale a sé stante, v. ultimamente I. Marimpietri, *Lavoro e solidarietà sociale*, Torino, 1999, part. pp. 87-151. In precedenza una impostazione parzialmente diversa della questione qualificatoria, in materia di l.s.u., era stata proposta da S. Renga, *Mercato del lavoro e diritto*, Milano, 1996, part. pp. 230-239.

(202) In precedenza la materia era stata oggetto dell'art. 15 della legge-quadro sulla formazione professionale, n. 845/1978, dell'art. 3, 13° c., della legge n. 863/1984 e dell'art. 9, 14°-18° c. della legge n. 236/1993.

(203) In questo senso era già orientata la giurisprudenza precedente alla legge del 1997: v. Cass. 2 maggio 1990 n. 3607, *NGL* (mass.), 1990, p. 743, secondo la quale « la prestazione di attività fisica da parte dell'allievo, in quanto indispensabile per l'attuazione dello scopo cui è preordinato il negozio, resta estranea al sinallagma contrattuale e quindi non è assimilabile alla prestazione del lavoratore subordinato, salvo che l'iscrizione al corso non risulti in concreto un espediente per mascherare l'instaurazione tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato »; nello stesso senso, in riferimento a un caso nel quale titolare del contratto di addestramento era un *ex*-detenuto affidato ai servizi sociali, v. T. Napoli 18 gennaio 1989, *OGL*, 1989, p. 931, che ha qualificato il contratto come atipico, negando esplicitamente che la prestazione di lavoro « possa costituire oggetto soltanto di un contratto che rientri in uno dei tipi previsti e disciplinati dal legislatore »; e, in riferimento a un rapporto di « borsa di lavoro » *ante litteram*, Cass. 25 gennaio 1992 n. 824, *RIDL*, 1993, II, p. 121, con nota di L. Nogler, *Sul contratto (innominato) di « borsa-lavoro » con finalità di recupero sociale*. Nel senso della non configurabilità dell'apprendistato nel rapporto fra un avvocato e un praticante procuratore v. P. Torino 27 dicembre 1989, *DPL*, 1990, p. 1170; ma nel senso dell'assimilabilità del praticantato professionale al lavoro subordinato ai fini della normativa prevenzionistica v. P. Pistoia 22 ottobre 1998, *D&L*, 1999, p. 413. Sulla qualificazione dei contratti di sola formazione, gli *stages* con « borsa di lavoro » e il praticantato professionale v. ulteriori riferimenti giurisprudenziali in A. Manna, *Subordinazione e autonomia della prestazione di lavoro nella più recente giurisprudenza*, cit., pp. 878-879.

(204) In senso contrario v. però L. Cavallaro, *Dello stage, della subordinazione e dell'eguaglianza. Una nota sulla « qualificazione » del rapporto di lavoro da parte del legislatore*, *DL*, 1999, I, pp. 106-112, dove si sostiene la tesi secondo cui « Tra *stage* e lavoro subordinato viene ... a configurarsi un rapporto di "specialità" ... L'elemento specializzante, che risolverà il concorso di norme in favore della disciplina dello *stage*, sarà ... costituito fondamentalmente dalle qualità soggettive dei soggetti stipulanti (il "giovane" e l'"imprenditore convenzionato") e dalle modalità della stipula, che dovrà passare per parecchi adempimenti formali » (p. 110).