

CAPITOLO IV

SUBORDINAZIONE, DIPENDENZA ED ESTENSIONE DELLA PROTEZIONE

Sommario - 1. Due possibili funzioni economiche del rapporto di lavoro subordinato: allocazione migliore del rischio e risparmio dei costi di transazione. — 2. Il «fare» personale come oggetto del contratto di lavoro, in contrapposizione al «far fare» che è tipicamente oggetto dell'appalto. - 3. Possibile rilevanza, ai fini della distinzione del contratto di lavoro dall'appalto, della strumentazione utilizzata e del «rischio» relativo alla sua gestione. - 4. 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. - 5. La questione della rilevanza della volontà contrattuale delle parti in proposito ai fini della qualificazione del rapporto. - 6. *Segue*. 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. - 7. *Segue*. Gli argomenti a sostegno della rilevanza del voluto negoziale ai fini della qualificazione del rapporto. - 8. Ancora sulla eterodirezione come elemento essenziale del tipo legale. - 9. Il carattere continuativo (in senso atecnico) della prestazione come tratto distintivo del lavoro «parasubordinato» di cui all'art. 409 c.p.c. n. 3 e agli artt. 61-69 del d.lgs. n. 276/2003. - 10. La fattispecie di riferimento del diritto del lavoro, dopo la riforma del 2003: una nuova logica del sistema di protezione del lavoro. - 11. Ombre e luci della riforma.

1. - Due possibili funzioni economiche del rapporto di lavoro subordinato: allocazione migliore del rischio e risparmio dei costi di transazione

Abbiamo visto all'inizio di questa trattazione (cap. II, §§ 3, 7 e 9) 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 ad epoca recentissima non si estendesse all'intera area dei rapporti di lavoro individuati dal carattere personale, continuativo ed esclusivo della prestazione, bensì coincidesse 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).

(1) L'affermazione della coincidenza del campo di applicazione del diritto del lavoro con l'area della subordinazione apre tradizionalmente tutti i manuali della nostra materia. Con la stessa affermazione si apre 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.

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 continuità della prestazione del collaboratore nell'ambito dell'organizzazione del creditore (*locatio operarum*) soltanto nel corso del ventesimo secolo.

Merita di essere richiamata in proposito — anche 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

(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'attività 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 più sicuro di sé e intraprendente "si accolla il rischio" o "assicura" il più timido e dubbioso garantendogli un determinato reddito in cambio della cessione dei risultati effettivi» (pp. 269-270; trad. mia; l'intero testo di K. può 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.).

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.

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 ragion d'essere economica della subordinazione venisse spiegata con il risparmio dei costi di transazione. Ed è anche sulla scorta di questa dottrina che il legislatore italiano, al pari di quanto era già avvenuto in altri Paesi, 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

(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.

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.

2. - 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 tra breve — è consentita dall'ordinamento soltanto sotto precise condizioni.

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, là non può configurarsi un contratto di lavoro in senso stretto — né autonomo né tanto meno subordinato — bensì soltanto un contratto di appalto (6). 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

(6)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.

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 (7).

3. - 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.

(7) Ritiene invece che dal tipo legale dell'appalto sia senz'altro escluso il contratto di cui sia titolare il piccolo imprenditore C. ASSANTI, *loc. cit.* nella nota prec.

Il «rischio» che assume rilievo come elemento essenziale del tipo legale di cui all'art. 1655 c.c. 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* (v. in proposito il riquadro 1).

RIQUADRO 1

Rischio di gestione e rischio relativo al conseguimento del risultato

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 (8): 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.

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 (in questo caso: l'appaltatore) 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 essen-

(8) La nozione tecnico-giuridica di «continuità» o «continuatività» può definirsi come illimitata divisibilità della prestazione in ragione del tempo. 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.

ziale 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 (§ 1), 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.

4. - 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 (9).

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»

(9) 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. NAPOLITANO, *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, *Fedeltà, lavoro, impresa*, Milano, 1969, pp. 96-116, nell'ambito della teorizzazione del contratto di lavoro con contratto a causa associativa.

un contenuto apprezzabilmente diverso dall'assoggettamento a eterodirezione (10). 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 (11). 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; né 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 (12). 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* (13).

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: mentre all'origine il campo di applicazione della disciplina protettiva era costituita dal rapporto di lavoro avente per oggetto una attività svolta in modo continuativo nell'ambito dell'organizzazione del creditore, soltanto con il codice civile la fattispecie di riferimento si precisa con l'aggiunta dell'assoggettamento pieno

(10) Così V. CASSÌ, *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.

(11) 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».

(12) 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 preindustriale*, 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.

(13) Per una incisiva rassegna delle tesi dottrinali circa il significato del termine «dipendenza» nell'art. 2094 c.c. v. L. GAETA (P. Tesauro), *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, vol. I, *La subordinazione*, Torino, 1993, pp. 73-75.

all'obbligo di obbedienza ("eterodirezione"), che assume il valore di tratto distintivo essenziale della "subordinazione".

RIQUADRO 2

L'evoluzione storica della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro: il concetto originario di "dipendenza" e la subordinazione come suo modo di essere particolare

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 (14) e in quella italiana (15) 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 (16).

(14) Nella legge belga 10 marzo 1900 compare, all'art. 1, la definizione dell'operaio subordinato come lavoratore che «s'engage à 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).

(15) 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: questo A. opta infatti per una nozione acontrattualistica della subordinazione, della quale né lo stesso GRECO né gli Autori che hanno aderito in seguito all'orientamento acontrattualistico sono mai riusciti a dare una definizione precisa (v. in proposito § 5 e ivi particolarmente nota 18).

(16) 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,

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 (§ 1): 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») (17).

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.

5. - 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 ragione 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

(17) V. ancora, per una trattazione più ampia, *op. ult. cit.*, pp. 44-50: ivi i riferimenti dottrinali in materia di lavoro autonomo, cui *adde*: 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 *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, vol. XXVII, t. 1^o, 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.

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 (18). 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 (19).

(18) V. in questo senso, pur nel contesto di argomentazioni fra loro in parte differenti, P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit. nella nota 15, 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*, Milano, 1968.

(19) 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.

6. - *Segue. 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, soprattutto negli anni '80 — 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 (20). 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 giu-slavoristica si è affrancata definitivamente dalla sudditanza nei confronti di quella tedesca (21), 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 (co-ordinamento 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

(20) In giurisprudenza v. ad esempio 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 indiziaro 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.

(21) 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 *Eingliederung* — 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”)».

durevole dell'interesse dell'imprenditore a una prestazione di attività personale del lavoratore (22). Senonché tale carattere è di per sé perfettamente compatibile con l'autonomia della prestazione (23), così come viceversa il carattere occasionale — e persino di brevissima durata — della prestazione è compatibile con la sua subordinazione (24).

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 nell'«alienazione» dei frutti del lavoro, cioè nel fatto che il creditore della prestazione di lavoro si appropria a titolo originario del frutto della prestazione stessa (25). 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 (§ 4), 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 circo-

(22) 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.

(23) *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.

(24) V. per tutti su questo punto G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pp. 60-61.

(25) 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. MAZZIOTTI, *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»; 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. nella nota 17 (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 stemperare 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'alienità dei mezzi di produzione costituisce il sottinteso prenormativo che segna la pertinenza della prestazione di lavoro all'organizzazione che la utilizza» (pp. 206-207). Sul rilievo che questa concezione del lavoro subordinato può assumere in materia di disciplina dei rapporti interpositori v. cap. V, § 7.

stanze, non è mai stata individuata. E in mancanza di una definizione del concetto di subordinazione come dato di fatto (26) 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 (27). 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.

(26) Cfr. M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, cit. nella nota 19 (1995): «la subordinazione non è una nozione concettualizzabile una volta per tutte» (p. 80).

(27) 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. ZANOTELLI, *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.

7. - *Segue. 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 (28); ma il problema della misurazione di tale forza caso per caso non pare di agevole soluzione (29).

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. 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 (30). 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 attivi-

(28) 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.

(29) Diverso è il discorso sulle circostanze individuate dalla scienza economica come fattori di «dipendenza economica» del prestatore nei confronti del creditore (cap. II, §§ 3, 9), 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 è detto nell'ultimo paragrafo del cap. II).

(30) 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.

tà 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 (31). 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 e del lavoro subordinato sportivo. 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 (32)(v. in proposito anche il riquadro 1 nel cap. I).

(31) 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 . Santoro Passarelli*, vol. V, Napoli, 1972, partic. pp. 862-863; S. MARGRINI, *Lavoro (contratto individuale)*, *Enc dir*, XXIII, 1973, pp. 377-381; L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1973, p. 63; G. SUPPIEI, *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.

(32) *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; più recentemente Cass. 28 luglio 1999 n. 8187, *OGI*, 1999, p. 645, nonché in *RIDL*, 2000, II, 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.

8. - 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 definitoria 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 (33).

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 (34). 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

(33) 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*.

(34) 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. 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.

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 (35): 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» (36); è 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).

9. - Il carattere continuativo (in senso atecnico) della prestazione come tratto distintivo del lavoro «parasubordinato» di cui all'art. 409 c.p.c. n. 3 e agli artt. 61-69 del d.lgs. n. 276/2003

(35) 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 27.

(36) R. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit. nella nota 9, p. 49.

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 (37), ripresa negli artt. 61-69 del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276.

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 in questo capitolo, 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 (38); 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) (39), 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

(37) 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 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 antiinfortunistica obbligatoria.

(38) Così P. SANDULLI, *Il lavoro autonomo*, cit. nella nota prec., 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. nella nota 27, 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).

(39) 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. nella nota 27, 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 — 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».

indipendenti l'una dall'altra in quanto oggetto di altrettanto distinte obbligazioni contrattuali, ma legate fra loro in linea di fatto da un'apprezzabile frequenza del loro succedersi nel tempo (40).

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 (41), è quella generalmente fatta propria dalla giurisprudenza di merito e di cassazione (42).

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 ela-

(40) 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 e il committente.

(41) 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. 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. nella nota 40, 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».

(42) 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 quindicennio 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 «continuità», 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, FI, 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.

stico, 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 (43). 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) (44). 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» (45): 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.

(43) Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro «parasubordinato»*, cit. nella nota 41, 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), almeno laddove faccia difetto l'ulteriore requisito del carattere prevalentemente personale della prestazione, di cui all'art. 409/3 c.p.c.

(44) 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 47).

(45) Parla a questo proposito di una «tendenziale “confusione” del requisito [della coordinazione] con quello della “continuità”» A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit. nella nota 17, p. 223; in precedenza, nello stesso senso, M. PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, cit. nella nota 40, 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. nella nota 37: «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. nella nota 42, pp. 40-41.

L'espressione «continuativa, coordinata e prevalentemente personale» contenuta nell'art. 409/3 c.p.c. definisce, in conclusione, l'insieme delle prestazioni lavorative personali (46) 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 (47) 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 (v. cap. II, §§ 3 e 9).

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 (§ 4), 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) (48).

(46) Sul requisito del carattere «prevalentemente personale» della prestazione di lavoro autonomo v. § 2; 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. nella nota 17, 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. nella nota 42, pp. 41-43.

(47) Cfr. Cass. 19 maggio 1994 n. 4918, cit. nella nota 44, in riferimento al caso di un consulente del lavoro operante per una pluralità di clienti e pertanto non ritenuto qualificabile come lavoratore parasubordinato.

(48) In questo senso — ma solo in questo — mi sembra condivisibile la tesi di G. SANTORO PASSARELLI (*Il lavoro «parasubordinato»*, cit. nella nota 41): 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 definitivo della norma, ma della *ratio legis*.

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 (49); 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); è stata poi la volta del d.lgs. 23 febbraio 2000 n. 38, che 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). Infine, come vedremo meglio nel paragrafo che segue, il d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 è intervenuto - assai drasticamente - ad estendere *sic et simpliciter* a tutte le collaborazioni continuative autonome (non correlate a un progetto o programma, cioè destinate a svolgersi) a tempo indeterminato la disciplina generale del lavoro subordinato.

Abbiamo già detto dei dubbi sui possibili effetti pratici immediati di questa riforma (cap. II, riquadro 4). Ora occorre chiedersi quali siano - a regime - i suoi effetti di lungo periodo e in particolare i suoi effetti sulla struttura complessiva del sistema giuslavoristico.

10. La fattispecie di riferimento del diritto del lavoro, dopo la riforma del 2003: una nuova logica del sistema di protezione del lavoro

Secondo l'interpretazione più piana e aderente al dettato letterale della nuova legge, in particolare degli artt. 61 e 69, il contratto di collaborazione autonoma continuativa prevalentemente personale, nel settore privato, per essere riconducibile al nuovo tipo legale del "lavoro a progetto", de-

(49) 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. nella nota 41, 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. nella nota 37, 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. nella nota 41, 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.

ve avere una durata delimitata nel tempo: questo appare, in ultima analisi, il solo significato concreto attribuibile al primo comma dell'art. 61, a norma del quale la prestazione consistente nello svolgimento di una attività in regime di autonomia o nell'esecuzione di una serie di *opera* (§ 9) deve, di regola, essere "riconducibile a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di essi" (50). Gli articoli da 62 a 68 pongono poi alcuni standard minimi di trattamento in favore del collaboratore "a progetto", tra i quali spiccano per importanza la regola della "proporzionalità del corrispettivo" alla quantità e qualità della prestazione (art. 63), l'estensione a questi rapporti delle norme in materia di sicurezza e igiene del lavoro "quando la prestazione si svolga nei luoghi di lavoro del committente" (art. 66, c. 4°) e la necessità che l'eventuale facoltà di recesso unilaterale *ante tempus* attribuita dal contratto alle parti sia assoggettata a un onere di preavviso (art. 67, c. 2°).

La nuova normativa non deve, però, a mio avviso, essere interpretata nel senso che essa vieti in linea generale l'ingaggio di collaboratori autonomi continuativi a tempo indeterminato. Per un verso, infatti, un siffatto divieto generale difficilmente potrebbe superare il vaglio di costituzionalità: non si vede alcun motivo ragionevole per imporre inderogabilmente che la collaborazione a tempo indeterminato si svolga sempre e soltanto in regime di assoggettamento pieno al potere direttivo del creditore (perché mai lo stesso ingaggio a tempo indeterminato in regime di autonomia sarebbe invece consentito espressamente dall'art. 61, c. 2°, quando il collaboratore goda di pensione di vecchiaia o sia iscritto a un albo professionale?). Per altro verso, la formulazione letterale dell'art. 69 appare pienamente compatibile con la lettura secondo la quale il contratto di collaborazione autonoma continuativa a tempo indeterminato non è vietato, ma soltanto parificato al contratto di lavoro subordinato quanto alla disciplina applicabile, ovvero allo standard minimo di trattamento che deve essere inderogabilmente riservato per legge al lavoratore. Nel primo comma dell'art. 69 si legge infatti che "i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ... *sono considerati* rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto"; non "sono" rapporti di lavoro subordinato, ma "sono considerati" come tali: espressione che ben può essere letta nel senso che essi non sono di per sé *contra legem*, ma sono semplicemente assoggettati alla stessa disciplina dei rapporti di lavoro subordinato, pur restando legittima la pattuizione circa l'autonomia della prestazione, ovvero il suo non assoggettamento pieno a eterodirezione.

La novità dirompente recata dal d.lgs. n. 276/2003 sta dunque soltanto nella disposizione per cui i collaboratori autonomi continuativi a tempo indeterminato – quando non godano di pensione di

(50) La circolare del ministero del lavoro 8 gennaio 2004 n. 1 è intervenuta a proporre un'interpretazione diversa della nuova normativa, volta ad attenuarne l'impatto: secondo questo documento governativo la nuova normativa porrebbe soltanto una *presunzione semplice* del carattere subordinato della prestazione, nel caso in cui questa non sia correlata a un progetto, presunzione suscettibile di essere superata quando si dimostri invece il carattere autonomo della prestazione stessa. Il tenore letterale del primo comma dell'art. 69 non mi sembra in alcun modo compatibile con questa lettura.

vecchiaia e non siano iscritti a un albo professionale – godono di tutte le protezioni poste dall’ordinamento per i lavoratori subordinati. In altre parole: d’ora in poi il campo di applicazione del diritto del lavoro è esteso – di regola - ai rapporti di collaborazione autonoma continuativa a tempo indeterminato. Tale scelta del legislatore – che allinea per questo aspetto il nostro ordinamento a quello francese - si spiega agevolmente alla luce delle considerazioni che abbiamo svolto all’inizio del corso sulla ragion d’essere della disciplina inderogabile dei rapporti di lavoro: il fenomeno del monopsonio dinamico, con i conseguenti squilibri e distorsioni nei rapporti negoziali tra datori e prestatori di lavoro (abbiamo parlato in proposito di un “effetto *lock-in*”), si manifesta tipicamente nelle situazioni caratterizzate da un rapporto di collaborazione di lunga durata, che assorbe la totalità o la parte prevalente della capacità produttiva del prestatore (cap. II, partic. §§ 4 e 5); e da questo punto di vista è del tutto irrilevante il fatto che la collaborazione si svolga in regime di subordinazione, cioè con un vincolo di obbedienza alla direttive del creditore, oppure in regime di autonomia (cap. II, §§ 8 e 9). Viceversa, l’assoggettamento pieno della prestazione al potere direttivo del creditore non costituisce di per sé motivo razionale di incremento della protezione inderogabile del lavoratore: se l’imposizione di un certo standard inderogabile è ritenuta necessaria in riferimento al rapporto di lavoro subordinato, logica vuole che essa sia ritenuta necessaria anche per il rapporto di collaborazione continuativa in regime di autonomia della prestazione e di esclusiva nei confronti del committente (così come, se l’imposizione generalizzata di un certo standard inderogabile è ritenuta eccessiva in riferimento a quest’ultimo rapporto, essa dovrebbe logicamente essere ritenuta eccessiva anche in riferimento al rapporto di lavoro subordinato).

Dalla stessa considerazione si trae una spiegazione accettabile dell’esenzione dalla nuova disciplina per il collaboratore iscritto a un albo professionale: tale iscrizione può infatti essere assunta come indice – sia pure approssimativo – di una posizione di forza del collaboratore stesso nel mercato e in particolare della sua capacità di intrattenere o costituire senza difficoltà rapporti con una pluralità di committenti; il che consente di considerare questo lavoratore meno esposto al rischio della distorsione da monopsonio dinamico.

Quanto all’esenzione dalla nuova disciplina per i titolari di pensione di vecchiaia, essa può agevolmente giustificarsi in considerazione del fatto che la disponibilità del reddito pensionistico costituisce di per sé una circostanza che rafforza il collaboratore nei confronti del committente; inoltre in considerazione del fatto che l’età avanzata costituisce di per sé un motivo ragionevole di minor favore dell’ordinamento per la stabilità del rapporto di collaborazione.

Il secondo comma dell’art. 61 esenta dalla nuova disciplina delle collaborazioni continuative autonome (in particolare dagli standard minimi di trattamento per i “collaboratori a progetto” stabi-

liti dagli artt. 62-68) (51) i rapporti di “collaborazione occasionale”, definiti come quelli di durata non superiore a trenta giorni, anche non consecutivi, nell’arco di un anno solare e con corrispettivo complessivamente non superiore a cinquemila euro. Per effetto di questa norma, resta escluso da ogni protezione anche il lavoratore che intrattenga in modo “continuativo”, cioè lavorando in continuazione per lunghi periodi di tempo, una pluralità di collaborazioni occasionali, ciascuna contenuta entro i limiti massimi tempo e di retribuzione testè indicati. Alla luce delle considerazioni proposte circa la ragion d’essere della protezione inderogabile del lavoro, anche questo effetto della nuova normativa appare ragionevolmente giustificabile: il lavoratore che operi in sequenza per una pluralità di committenti, infatti, anche quando non sia iscritto ad alcun albo professionale si trova in una condizione sostanzialmente analoga a quella del libero professionista, poiché opera continuativamente nel segmento che gli interessa del mercato del lavoro, lo conosce e può trarne il potere negoziale effettivo che costituisce la migliore protezione nel rapporto con le controparti. Perché di questo si tratti, occorre ovviamente che la pluralità dei committenti sia reale: che se invece essa fosse fittizia, il rapporto non potrebbe evidentemente essere qualificato in termini di “collaborazione occasionale” e dovrebbe essere assoggettato senz’altro alla disciplina propria del lavoro subordinato, a norma dell’art. 69.

Quanto infine all’esonero dalla nuova disciplina per tutti i rapporti di collaborazione autonoma costituiti con lo Stato e gli altri enti di diritto pubblico, la spiegazione di questa scelta legislativa è facile, ma essa non sembra sufficiente a porla al riparo da una censura di incostituzionalità. Stanti i vincoli rigidi posti dall’ordinamento amministrativo, in riferimento alla maggior parte degli enti pubblici, al numero dei lavoratori di ruolo che essi possono avere alle proprie dipendenze (c.d. vincolo di organico), se la nuova normativa fosse stata applicabile anche in questo settore essa avrebbe provocato automaticamente la soppressione di mezzo milione di posti di lavoro: tanti sono oggi in Italia, secondo le stime correnti, i rapporti di collaborazione autonoma continuativa nel settore pubblico, concentrati soprattutto nel sotto-settore degli enti locali. Sul piano costituzionale, il tentativo di salvare questa disparità di disciplina fra datori di lavoro pubblici e privati potrebbe molto discutibilmente fondarsi su di una presunzione di maggiore correttezza dei primi rispetto ai secondi nei loro rapporti con i collaboratori; ma quel che è certo è che questa disparità si concilia malissimo con la “privatizzazione” del rapporto di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbli-

(51) A mio avviso l’esonero per le collaborazioni occasionali riguarda anche la contribuzione previdenziale. Su questo punto, però, il Governo con la circolare cit. nella nota prec. e l’Inps con la circolare 22 gennaio 2004 n. 9 si sono ultimamente (e sorprendentemente) pronunciati nel senso opposto: v. in proposito le convincenti osservazioni critiche di R. GHEIDO e A. CASOTTI, *Prestazioni occasionali: la questione contributiva*, DPL, 2004, pp. 274-276. Alla data in cui questo libro viene licenziato per la stampa (gennaio 2004) la questione deve considerarsi ancora aperta.

che, ovvero con l'assoggettamento pressoché integrale di questo rapporto al diritto del lavoro ordinario, operato progressivamente dal legislatore nel corso dell'ultimo ventennio.

11. - Ombre e luci della riforma

Certo, come abbiamo già osservato (cap. II, riquadro 4), con l'estendere in blocco l'applicazione dell'intero diritto del lavoro a molte centinaia di migliaia di rapporti di collaborazione autonoma continuativa, che fino a ieri ne erano stati quasi del tutto esentati, la nuova legge rischia, anche nel settore privato, e soprattutto nei comparti caratterizzati da elasticità elevata della domanda di lavoro, di produrre nell'immediato un effetto di contrazione dell'occupazione, o quanto meno dell'occupazione regolare. È inoltre difficile dissentire da chi ha rimproverato alla nuova legge, per questa sua parte, una formulazione molto discutibile dal punto di vista tecnico-giuridico, soprattutto per l'indebita confusione che è stata fatta tra creazione di un nuovo tipo legale (il "lavoro a progetto"), del quale non vi era alcuna necessità, e nuova disciplina del tipo legale stesso e di quanto residua del vecchio (il contratto di collaborazione autonoma continuativa non collegato al "progetto"), della quale la necessità era invece ampiamente condivisa. Ma a questa riforma occorre riconoscere almeno un merito: quello di avere eliminato quella "via di fuga" dal diritto del lavoro, che l'ordinamento aveva irrazionalmente lasciata aperta per decenni, consentendo che si creasse una grande categoria di lavoratori in posizione di sostanziale "dipendenza" (nel senso economico del termine), ma esclusi da ogni tutela.

Questa riforma ha indubbiamente l'effetto di un aumento del tasso complessivo di rigidità del nostro sistema di protezione del lavoro. Un aumento che, a mio avviso, non è compensato dalla diminuzione di quel tasso prodotta da altre parti del decreto legislativo n. 276/2003: almeno nei primi due o tre anni della sua applicazione, i rapporti di collaborazione autonoma continuativa a cui si applicheranno gli artt. 61-69 si conteranno a centinaia di migliaia, mentre si conteranno soltanto a decine di migliaia i rapporti di lavoro a cui si applicheranno le norme flessibilizzatrici contenute in altre parti del decreto: ovvero i rapporti di *job on call*, di *job sharing*, o di lavoro in regime di *staff leasing* (di questi ultimi parleremo nel capitolo che segue). Ma l'obiettivo della riduzione della rigidità del nostro sistema giuslavoristico, in funzione della necessaria fluidificazione del nostro mercato del lavoro, non deve essere perseguito con l'accentuazione del carattere dualistico del mercato stesso (cioè con la giustapposizione in esso di una categoria di lavoratori poco o nulla protetti a una categoria di lavoratori iperprotetti), bensì mediante la determinazione razionale di uno standard minimo inderogabile di protezione suscettibile di applicazione veramente universale, cioè estesa a tutti i lavoratori operanti in condizione di dipendenza sostanziale dalla controparte.

La mia opinione è che questa rete di sicurezza universale – di cui deve farsi carico la nostra legislazione nazionale - debba essere modellata in riferimento agli standard minimi fissati dall'ordinamento comunitario e dalle convenzioni O.I.L. (v. in proposito la seconda sezione del cap. II). Si può ovviamente dissentire da questa linea, sostenendo l'opportunità della fissazione per legge di standard minimi inderogabili più elevati; ma, quali che siano tali standard, essi dovranno essere suscettibili di essere applicati a tutti i lavoratori sostanzialmente dipendenti e non soltanto ai “subordinati” in senso proprio: rispetto a questa scelta di parità di trattamento, compiuta sorprendentemente dal legislatore del 2003 (quello stesso legislatore che aveva proclamato il proprio intendimento di perseguire in tutti i settori la massima flessibilizzazione del nostro ordinamento del lavoro), non si deve tornare indietro.