

COPIA PER L'AUTORE

QLS

quaderni Levi Sandri

COPIA PER L'AUTORE

ATTIVITÀ TRANSNAZIONALI

SAPERE GIURIDICO E SCIENZA DELLA TRADUZIONE

a cura di

Pasquale Sandulli e Michele Faioli



Nuova Cultura

Descrizione - I QLS sono promossi nell'ambito delle iniziative del Seminario permanente "Lionello R. Levi Sandri", il quale è istituito, in forma congiunta, presso il Dipartimento di Studi Europei, Americani e Interculturali (Facoltà di Scienze Umanistiche - Sapienza Università di Roma), il Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive (Facoltà di Economia - Sapienza Università di Roma) e il Dipartimento di Diritto e Procedura Civile (Facoltà di Giurisprudenza - Università Tor Vergata). Di questa iniziativa i Dipartimenti promotori avvertono una indifferibile necessità, anche su posizioni di avanguardia culturale ed accademica, in ragione del sistema di interazione tra modelli giuridici di aree linguistiche e culturali diverse, con i conseguenti riflessi che ne derivano in termini di correlazione con gli impianti economici del nostro tempo. Si tratta di una necessità condivisa anche dagli operatori del mercato globale, dai quali viene forte la domanda di disegnare un assetto culturale, prima ancora che ordinamentale e normativo, in cui collegare efficacemente lingua, sapere giuridico ed attività commerciali transnazionali. I Dipartimenti promotori hanno deliberato di costituire, pertanto, un gruppo interdisciplinare di linguisti, giuristi ed economisti che sia motore dell'analisi del rapporto tra lingua e sapere giuridico. Si pone in questo modo il fondamento del rapporto tra plurilinguismo giuridico e diritto delle attività transnazionali al fine di studiare la necessità di una terminologia giuridica uniforme e il relativo impatto sull'effettività dell'esercizio dei diritti. L'iniziativa è intitolata a Lionello R. Levi Sandri per collegare il suo insegnamento di diritto del lavoro e della previdenza sociale nella Facoltà di Economia (Sapienza Università di Roma) al suo contributo alla costruzione di un diritto sociale "uniforme" o "armonizzato" a rilevanza europea, in qualità di Commissario europeo.

Responsabilità scientifica

Pasquale Sandulli, *Sapienza Università di Roma*, e Michele Faioli, *Università Tor Vergata*.

Comitato scientifico

Giuseppe Benedetti, *Sapienza Università di Roma*

Giuseppe Burgio, *Sapienza Università di Roma*

Giuseppina Capaldo, *Sapienza Università di Roma*

Federico Masini, *Sapienza Università di Roma*

Angelo Pandolfo, *Sapienza Università di Roma*

Giancarlo Perone, *Università Tor Vergata*

Vanda Perretta, *Sapienza Università di Roma*

Pasquale Sandulli, *Sapienza Università di Roma*

Antonio Tizzano, *Sapienza Università di Roma*

Luisa Valmarin, *Sapienza Università di Roma*

Comitato di redazione

Giulia Lanciotti (coordinatore), Luca Cerusa, Davide Ghigiarelli, Fabio Petrucci.

Metodi e criteri di referaggio - La collana adotta un sistema di valutazione dei testi basato sulla revisione paritaria e anonima (*peer-review*). I criteri di valutazione adottati riguardano: l'originalità e la significatività del tema proposto; la coerenza teorica e la pertinenza dei riferimenti rispetto agli ambiti di ricerca propri della collana; l'assetto metodologico e il rigore scientifico degli strumenti utilizzati; la chiarezza dell'esposizione e la completezza d'analisi.

Copyright © 2011 Edizioni Nuova Cultura - Roma

ISBN: 9788861344556

Copertina: a cura dell'Autore. Composizione grafica: a cura dell'Autore.

Questo volume è stato realizzato con il contributo del Centro di Ricerca de la Sapienza in Studi Europei ed Internazionali EuroSapienza.

È vietata la riproduzione non autorizzata, anche parziale, realizzata con qualsiasi mezzo, compresa la fotocopia, anche ad uso interno o didattico.

Questo volume è stato Stampato con tecnologia "print on demand"

presso centro stampa Nuova Cultura - P.le Aldo Moro n. 5, 00185 Roma

www.nuovacultura.it - per ordini: ordini@nuovacultura.it

Indice - Sommario

Presentazione dell'iniziativa

1.	PASQUALE SANDULLI, <i>Introduzione</i>	15
2.	GIUSEPPINA CAPALDO, <i>Saluti</i>	17
3.	ALESSANDRO LEVI SANDRI, <i>Saluti introduttivi</i>	18
4.	MICHELE FAIOLI, <i>Sul diritto "traducibile"</i>	22

Capitolo I

Traduzioni e traduzione giuridica

4.	GIUSEPPE BENEDETTI, <i>Edizione postdefinitiva dell'11 maggio 2010.</i> <i>L'elogio dell'interpretazione traducevole nell'orizzonte del diritto europeo</i>	27
4.1.	Filologia ludica	27
4.2.	Ermeneutica regionale ed ermeneutica filosofica	28
4.3.	La traduzione nella tipologia ermeneutica: l'interpretazione riproduttiva. Il contributo del giurista	30
4.4.	Belle e infedeli	31
4.5.	Prospettiva teleologica e metodiche interpretative	33
4.6.	La traduttologia giuridica. Il contributo del comparatista	37
4.7.	La sfida del diritto europeo. La traduzione nell'orizzonte del diritto uniforme	39
4.8.	La contrapposizione dei due grandi sistemi giuridici e lo sviluppo economico	41
4.9.	L'itinerario del dialogo e il contributo del comunitarista	43
4.10.	Un diverso approccio al diritto europeo	46
4.11.	Un approccio ermeneutico	47
4.12.	Tematizzazione dell'accessibilità al diritto europeo	50
4.13.	Il dialogo tra le opinioni dissenzienti	53
4.14.	Valore culturale e simbolico della traduzione. Una metafora. L'elogio della traduzione	54

5.	ROBERTO NICOLAI, <i>Le parole del diritto nella Grecia antica</i>	55
5.1.	L'oratoria prima della retorica	55
5.2.	L'oratoria come genere orale	56
5.3.	Il peso della legge e il peso della parola	57
5.4.	Un esempio: Lisia, <i>Per l'uccisione di Eratostene</i>	57
5.5.	Esisteva un lessico tecnico del diritto?	59

Capitolo II

Lingua, sapere giuridico e principio di effettività: significato e funzione della traduzione giuridica

6.	GIANMARIA AJANI, <i>E pluribus unum (?)</i> : illusioni dell'armonizzazione e multilinguismo	61
6.1.	Il trapianto di norme e l'apporto della comparazione	61
6.2.	Armonizzazione giuridica, "ottimismo normativo" e multilinguismo	65
6.3.	Multilinguismo necessario e tassonomie nazionali	70
7.	FRANÇOIS BLAIS, <i>Normalisation du vocabulaire de la common law en français</i>	74
8.	DANNY PIETERS, <i>The methodology of social security law. Comparison and language</i>	80
8.1.	Introduction	80
8.2.	Functionality of social security comparison	81
8.3.	The relation between social security comparison and social security law comparison	82
8.4.	The exogenous approach	88
8.5.	'System internal' social security law comparison	93
8.6.	The danger of an ethnocentric approach of comparative social security law	95
8.7.	The importance of working on original material	99
8.8.	An encouragement to conclude	101
9.	ERSILIA GRAZIA SPATAFORA, <i>Traduzione e interpretazione nei contratti internazionali</i>	102
9.1.	Premessa	102
9.2.	Definizione di Trattato	102
9.3.	Redazione del Trattato in più lingue	103

9.4.	La traduzione dei termini più usati nel testo del Trattato	104
9.5.	La traduzione e l'interpretazione	105
9.6.	La traduzione dei trattati in lingua italiana	106
10.	RON BROWN, <i>An employee by any other name</i>	107
10.1.	Introduction: Who is an "Employee"?	107
10.2.	The American Experience	114
10.2.1.	"Employees" Protected Under Labor and Employment Laws	114
10.2.2.	Contingent "Employees"	115
10.2.3.	When are Contingent Workers "Employees"?	116
10.3.	Question of Language or Substance in Integrating Contingent Employees into Protected "Employee" Status?	119
10.3.1.	Recasting Contingent Workers as "Employee"	119
10.3.2.	Language of Law: Form or Substance?	120
11.	RITA SALVI, <i>Il linguaggio legale inglese: dalla parola al testo</i>	123
11.1	Introduzione	123
11.2.	Le parole	125
11.3.	La traduzione	126
11.4.	Generi e tipologie testuali	136
11.5.	Considerazioni conclusive	141
	Ringraziamenti	143
12.	ALESSANDRA FIORAVANTI, <i>Traduzione giuridica e combinazioni linguistiche nel contesto europeo</i>	143
12.1.	Introduzione all'argomento	143
12.2.	La traduzione giuridica (o traduzione legale?): classificazioni e contesti relativi	144
12.3.	Affinità e differenze tra traduzione legislativa, coredazione di testi legislativi e <i>drafting</i> legislativo (la legistica)	146
12.4.	La traduzione in ambito giudiziario	149
12.5.	Aspetti formali della traduzione giuridica: i requisiti	149
12.6.	Conclusioni: la creazione di un QUADRO di RIFERIMENTO VINCOLANTE per la terminologia giuridica in lingua italiana: una necessità rilevante anche ai fini traduttivi	151

13.	BEATRICE ODDONE, <i>Il contributo dei giuristi linguisti della Corte di giustizia dell'Unione Europea alla salvaguardia del multilinguismo</i>	152
13.1.	Il regime linguistico della Corte di Giustizia dell'Unione Europea	152
13.2.	Il ruolo dell'Unità di Traduzione	154
13.3.	La figura del giurista linguista	155
13.4.	Criteri applicati nella traduzione giuridica	157
13.4.1.	L'esattezza terminologica	157
13.4.2.	Gli strumenti di ricerca	158
13.4.3.	L'uniformità terminologica	159
13.5.	La creazione di una terminologia nuova	161
14.	GABRIELLA ROJATTI, <i>La traduzione degli atti normativi dell'Unione europea</i>	162

Capitolo III

Diritto, geo-diritto e concetti nella mediazione linguistico-giuridica

15.	GIUSEPPINA CAPALDO, <i>Geo-diritto e mercati globali: considerazioni minime</i>	167
15.1.	Ambito dell'indagine	167
15.2.	Geo-diritto e diritto civile	168
15.3.	Rapporti commerciali e regole comuni del mercato	170
15.4.	La creazione di ordinamenti sovranazionali. Un esempio: la libertà d'impresa nell'Unione Europea.	171
15.5.	Mercato globale e regulatory competition	176
15.6.	Autonomia privata e regole negoziabili	177
15.7.	Opzioni di sistema economico e disciplina dei rapporti trans-nazionali. Effettività dei diritti fondamentali	180
16.	OTTAVIO CALEO, <i>Il processo di codificazione civile in Cina: traduttologia e comparazione</i>	181
16.1.	Premessa	181
16.2.	Tratti caratterizzanti del sistema giuridico cinese: i limiti della tradizionale metodologia comparatistica	183
16.3.	Progetti di codificazione civile e leggi speciali nell'evoluzione del sistema delle fonti del diritto privato cinese	187
16.4.	Il dibattito attuale sui progetti di codificazione civile: modelli di riferimento e impianto sistematico	193

16.5.	Traduttologia e comparazione: profili metodologici	198
16.6.	Conclusioni	202
17.	PIERLUIGI CONGEDO, <i>Ordinamenti giuridici e linguistica: Heinrich Heine e Darwin, evolucionismo culturale e rispetto delle diversità</i>	205
17.1.	Premessa	205
17.2.	Rule of law(s) dalla Magna Charta all'efficienza economica della Scuola di Chicago. Ottocento anni di pragmatismo	207
18.	CLAUDIA LIVERZIANI, <i>I contratti d'impresa nei rapporti transfrontalieri (patologia del contratto internazionale)</i>	212
19.	MARIA ASCENSION MARTIN HUERTAS, <i>Extranjeros en documentos autorizados por notarios en el ordenamiento jurídico italiano y en el español</i> ...	222
19.1.	Introducción	222
19.2.	Regla general: redacción del documento en lengua italiana o española, respectivamente	224
19.3.	Supuestos contemplados en los respectivos ordenamientos	226
19.3.1.	<i>Las partes no conocen la lengua oficial (italiana o española), pero el Notario conoce suficientemente el idioma extranjero</i>	227
19.3.2.	<i>Cuando el Notario no conoce la lengua del otorgante extranjero</i>	235
19.4.	Otras excepciones a la regla general	241
19.4.1.	<i>Plurilingüismo</i>	241
19.4.2.	<i>Utilización de un dialecto o de palabras de uso común</i>	246
19.4.3.	<i>La cuestión de las copias y de los documentos adjuntos</i>	248
19.5.	Otras hipótesis no previstas legalmente	251
19.5.1.	<i>El uso de la lengua extranjera cuando las partes conozcan, respectivamente, el italiano o el español</i>	251
19.5.2.	<i>Hipótesis en las que sólo alguna de las partes desconocen la lengua del lugar del otorgamiento o en las que, por el contrario, todas la desconozcan, pero no posean un idioma común</i>	252
19.6.	Sanciones por la infracción	253
19.7.	Conclusiones.....	254

Capitolo IV

Traduzione, interpretazione e comparazione di fronte all'eteronomia e all'autonomia: le esigenze di coordinamento linguistico e il metodo del diritto del lavoro e della sicurezza sociale

19.	ANTONIO VALLEBONA, <i>Traduzione e comparazione giuridica</i>	259
20.	ANTONELLA D'ANDREA, <i>Studio comparato in tema di qualificazione giuridica del rapporto di lavoro e di indici presuntivi della subordinazione. Raffronto Italia-Spagna</i>	260
20.1.	La norma giuridica come fenomeno di linguaggio e la sua interpretazione	260
20.2.	La comparazione tra norme in una pluralità di sistemi giuridici	264
20.3.	I presupposti dell'indagine	266
20.4.	La qualificazione del rapporto di lavoro in Spagna.....	267
20.4.1.	<i>Il contratto di laboralidad (subordinazione): ambito di applicazione</i>	267
20.4.2.	<i>La presunzione di subordinazione nell'ordinamento spagnolo</i>	272
20.4.3.	<i>La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro degli autotrasportatori</i>	276
20.4.4.	<i>Lo Statuto sul lavoro autonomo e l'introduzione della nuova figura del lavoratore autonomo economicamente dipendente</i>	282
20.5.	La qualificazione del rapporto di lavoro in Italia.....	285
20.5.1.	<i>La subordinazione e i metodi giurisprudenziali di qualificazione del rapporto</i>	285
20.5.2.	<i>L'eterodirezione e la sussidiarietà degli altri indici della subordinazione</i>	291
20.5.3.	<i>Il contratto di lavoro a progetto</i>	293
20.5.4.	<i>L'istituto della certificazione</i>	297
20.6.	Considerazioni conclusive	298
21.	CARMELA CRACA, <i>Nozione di diritto sociale e plurilinguismo in Europa</i> ...	299
21.1.	Il rapporto tra lingua e diritto	299
21.2.	Teorie della traduzione giuridica fra diritto comparato e translation studies	300

21.3.	Semantica e studio del significato che le lingue convogliano	302
21.4.	Matrice semantica della nozione di diritto sociale	304
21.5.	Conclusioni	309
22.	BARBARA GRANDI, <i>La ricerca di categorie definitorie del rapporto di lavoro dipendente: tratti condivisi dalla tradizione di common law e civil law</i>	311
22.1.	Premesse di ordine espositivo	311
22.2.	La dipendenza come categoria giuridica in Gran Bretagna	315
22.3.	Dipendenza-subordinazione (dependence-subordination)	323
22.4.	Passi verso la enucleazione di nuove categorie definizionali (definitional categories)	328
22.5.	Conclusioni	337
23.	FABIO PETRUCCI & VALDETE SOUTO SEVERO, <i>Il licenziamento nell'ordinamento e nel linguaggio giuridico brasiliano. Spunti di comparazione</i>	338

Capitolo V

La giurilinguistica come disciplina della traduzione per l'effettività dei diritti e della facilitazione dell'attività transnazionale

24.	LOUIS BEAUDOIN, <i>The Genius of the Legal Language. The Canadian Experience</i>	343
24.1.1.	Introduction	343
24.1.2.	Challenges facing legal translation in Canada	343
24.1.3.	The absence of universal operational referents	344
24.1.4.	Stylistic and lexical preferences	344
24.1.5.	Legal French and Legal English	346
24.1.6.	Dictionaries	347
24.1.7.	A greater degree of abstraction	348
24.1.8.	Conclusion	349
24.2.	La traduction juridique au Canada - Contraintes linguistiques et juridiques. L'apport de la jurilinguistique	349
24.2.1.	Introduction	349
24.2.2.	Considérations d'ordre général	350
24.2.3.	Préférences stylistiques et lexicales	350
24.2.4.	«Juridicité» du lexique	351

24.2.5.	Plain Language Movement - <i>Mouvement pour la lisibilité des textes juridiques</i>	352
24.2.6.	<i>Stylistique comparée du français et de l'anglais juridiques</i>	353
24.2.7.	<i>Les allusions culturelles, les expressions idiomatiques, le génie de la langue</i>	353
24.2.8.	<i>Conclusion</i>	354
25.	ANGELO BOTTONE, <i>Traduzione e giustizia in Paul Ricoeur</i>	355
25.1.	Traduzione e giustizia nel percorso di Ricoeur	355
25.1.1.	<i>La giustizia come "giusta distanza"</i>	358
25.1.2.	<i>La traduzione come modello etico</i>	360
26.	ERSILIA INCELLI, <i>The impact of legal forms on "principles" and "policies": a case study of UK and EU immigration law</i>	362
26.1.	Introduction	362
26.2.	The context: EU v. UK Immigration Law	363
26.3.	Aims and Research Questions	365
26.4.	The corpora	366
26.5.	Theoretical Frameworks for corpus analysis and discourse analysis	367
26.6.	Data results and downsampling	369
26.6.1.	<i>Keyword and collocation analysis</i>	369
26.6.2.	<i>Referential categories</i>	370
26.6.2.1.	<i>Human Refentials</i>	371
26.6.2.1.1.	<i>Collocates of asylum-seeker</i>	373
26.6.3.	<i>Semantic categories</i>	374
26.6.4.	<i>Keyword variation between the corpus</i>	375
26.6.5.	<i>Discussion of the results in relation to legislation</i>	376
26.7.	Pedagogical implications and concluding remarks	377
27.	ALBERTO H. GARCIA CERVIGNON - ESTHER GONZALEZ HERNANDEZ, <i>El método cooperativo en la enseñanza del lenguaje jurídico</i>	378
27.1.	El lenguaje jurídico	378
27.2.	El nuevo modo de dar clase en la Universidad: El trabajo cooperativo y las nuevas exigencias educativas derivadas del Espacio Europeo de Educación Superior	387
27.3.	Concepto y tipos de aprendizaje cooperativo	389
27.3.1.	<i>Los grupos informales</i>	391

27.3.2.	Los grupos formales	391
27.3.3.	Los grupos de base	392
27.4.	La lección magistral frente al aprendizaje cooperativo ..	392
27.5.	El papel del profesor en el aprendizaje cooperativo	396
27.6.	Descripción del modelo que se expone	398
27.6.1.	Objetivos del modelo de aprendizaje cooperativo	399
27.6.2.	Tamaño del grupo	400
27.6.3.	Explicación detallada de la tarea académica que ha de realizarse	401
27.6.4.	Desarrollo de la tarea cooperativa	403
27.6.5.	Evaluación de los resultados obtenidos	405
27.7.	Conclusiones	406
28.	CHIARA PREITE, Jurilinguistique e Linguistique juridique: due varianti diatopiche per una disciplina di frontiera	407
29.	CHIARA PROSPERI PORTA, La contrastività negli atti normativi e preparatori dell'UE in materia di occupazione	419
29.1	Introduzione	419
29.2.	Interpretare la lingua del diritto	420
29.3.	Modelli testuali, contrastività e interference	421
29.4.	Legislazione comunitaria; testi paralleli e difficoltà traduttive	423
29.5.	Gli atti normativi e preparatori dell'UE in materia di occupazione	425
29.5.1.	Analisi testuale dei documenti: la Direttiva	427
29.5.2.	Analisi testuale dei documenti: la Proposta di Direttiva	429
29.6.	Considerazioni conclusive	433
30.	GIULIANA SCOTTO, Il linguaggio giuridico e la fucina delle locuzioni preposizionali	433
30.1.	Premessa	433
30.2.	Tre tradizionali classi di preposizioni in tedesco	434
30.3.	Frequenza delle preposizioni primarie nel corpus considerato	435
30.4.	Preposizioni "secondarie" nel corpus considerato	437
30.4.1.	Preposizioni attestate	437
30.4.2.	Preposizioni assenti dal corpus	439
30.5.	Largo uso di locuzioni preposizionali nel corpus considerato	441

30.6. Precisione del linguaggio giuridico e strategie di traduzione	446
30.7. Il lessico specialistico e la fucina delle preposizioni	447
31. JUDITH TURNBULL, <i>The Court of Justice of the European Union: a melting pot of legal cultures</i>	448
31.1. Introduction	448
31.2. The function and form of judgments in civil law and common law systems	449
31.3. The Corpus of Opinions	452
31.4. Analysis of Opinions	452
31.4.1. <i>The structure of Opinions</i>	452
31.4.2. <i>Explicitly personal expressions</i>	454
31.5. Concluding remarks	459

significato, cioè la *law in action* e non la *law in the books*. E questa conoscenza è possibile solo vivendo ed operando a lungo all'interno di ciascun ordinamento. Il che accade rarissimamente, come nel caso di Khan Freund per la Germania e la Gran Bretagna.

L'ordinamento va conosciuto tutto e non a spicchi, altrimenti si corre il rischio, ad esempio, di ritenere simile il regime del licenziamento in Austria e in Italia essendo prevista in entrambi gli ordinamenti una tutela reale, senza considerare la durata complessiva del processo, che in Austria è molto più breve che in Italia, con conseguente profonda incidenza su tanti problemi collegati alla tutela reale.

Del resto è stata da tempo rilevata la c.d. *loi de substitution* o fungibilità dello strumento giuridico rispetto al fine economico (Ascarelli, Rodière), per cui il pericolo delle “emozioni comparative” (Gorla) può essere fugato solo da una approfondita e completa conoscenza degli ordinamenti in comparazione.

A questo punto dovrebbe concludersi che una serie comparazione è quasi impossibile, se è vero che non basta una vita per conoscere bene un singolo ordinamento, specie nella attuale complessità.

L'unica concreta possibilità sembra, dunque, quella di avvalersi del tramite personale del giurista straniero, costituendo gruppi di lavoro composti da giuristi formati all'interno di ciascun ordinamento in comparazione.

20. Antonella D'Andrea

Studio comparato in tema di qualificazione giuridica del rapporto di lavoro e di indici presuntivi della subordinazione. Raffronto Italia-Spagna

20.1. La norma giuridica come fenomeno di linguaggio e la sua interpretazione

Le norme giuridiche si presentano come un insieme di parole che trasformano i fatti, naturali o umani, in fatti giuridici (1), facendoli penetrare così nel mondo del diritto (2).

1. Cfr. AMEDEO G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici* 192 (1962); NORBERTO BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 242-267 (1950); ID., *Il rigore della scienza giuridica*, *Atti del congresso di studi metodologici di Torino* 276-281 (1953); ID., *Sul ragionamento dei giuristi*, *Rivista di Diritto Civile*, 3-13 (1955); WIDAR CESARINI SFORZA, *Idee e problemi di filosofia del diritto*, 53-54 (1956); RODOLFO SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto* 67-71 (1947); Uberto Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza* 77 ss. (1953); LUIGI FERRAJOLI, *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 296-297 (1966).

2. Invece Pietro Perlingeri, *Profili istituzionali del diritto civile* 96 ss. (1976), afferma che il

Gli elementi costitutivi della norma giuridica appartengono quindi al linguaggio umano (3), su cui è destinato a svolgersi l'attività dell'interprete.

Ogni ordinamento giuridico storicamente dato costruisce il proprio linguaggio o utilizzando parole già appartenenti alla lingua comune e conservandone il significato originario (4); oppure avvalendosi delle parole di uso comune ma modificandone il significato originario, o invece coniando nuove parole, destinate a rimanere nel linguaggio del diritto o a trasferirsi, con il significato originario o con un significato diverso, nella lingua comune (5).

Nella seconda e nell'ultima ipotesi, il vocabolario legislativo si configura come un autonomo codice linguistico, che impiega parole per lo più diverse da quelle comuni (6). Nel caso in cui, invece, la parola appartenga sia alla lingua

fatto "è giuridicamente rilevante in sé e per sé" e che esso ha "per sua essenza, giuridicità", in un quadro perciò ontologico.

3. Su questi problemi, cfr. NATALINO IRTI, *Rilevanza giuridica*, Jus 55-108 (1967); Id., *Note per uno studio sulla nomenclatura giuridica*, *Rivista Trimestrale di diritto e Procedura Civile* 5-15 (1967); ENRICO PATTARO, *Introduzione al corso di filosofia del diritto* I 50 ss. (1986). RICCARDO GUASTINI, in SILVANA CASTIGLIONE, RICCARDO GUASTINI & GIOVANNI TARELLO, *Introduzione teorica allo studio del diritto* 31-53 (1984).

4. Sul problema dei rapporti tra linguaggio legislativo e lingua comune, o volgare, cfr. PIETRO RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano* 31 ss (2000); FRANCOIS GENY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique* III n. 206, 448 ss. (1925); BRUNO MIGLIORINI, *Linguistica* 53 (1966); ALBERTO PASQUINELLI, *Nuovi principi di epistemologia* 69 ss. (1967). Di uso giuridico del linguaggio ordinario e non di linguaggio giuridico preferisce parlare VISSERT HOOFT, *La philosophie du langage ordinaire et le droit*, in "Archives de philosophie du droit" XVII 275 (1972); GIOACCHINO SCADUTO, *Sulla tecnica giuridica*, *Rivista di Diritto Civile* 242 (1927), nota 3; PIETRO GASPARRI, *Sul palese significato delle parole (replica all'avv. Musatti)*, in *Foro italiano* IV pp. 31 ss. (1952). Per la lessicografia giuridica, cfr. PIERO FIORELLI, *Vocabolari giuridici fatti e da fare*, *Riv. italiana delle scienze Giuridiche* 283 ss. (1947); GIUSEPPE GROSSO, *Osservazioni sulle vicende della terminologia giuridica*, in *Temi em.* 23 ss. (1943).

5. Sul trapianto di termini scientifici nell'uso volgare: RICHARD V. MISE, *Kleines Lehrbuch des Positivismus*, trad. it. Vittorio Villa 65 ss. (1950); JEAN RAY, *Essai sur la structure logique du code civil français* 30 (1926); GUIDO CALOGERO, *La metodologia del naturalismo giuridico*, ora in *Saggi di etica e di teoria del diritto* 177 ss. (1947); RODOLFO SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto* 75 ss. (2000); PIETRO COGLIOLO, *Il lavoro logico dei giuristi. Forme e formule giuridiche*, in *Scritti vari di diritto privato* II 16 ss. (1913); TULLIO DE MAURO, *Ai margini del linguaggio* 60 ss. (1984).

6. Il legislatore italiano si mostra consapevole di questa specificità del linguaggio normativo tant'è che nel codice civile impone all'interprete di preferire "il significato proprio delle parole" (art. 12, 1° comma, disp. Prel.), ossia di scegliere il significato tecnico e non quello comune laddove si trovi di fronte ad una parola dotata di due o più significati. Cfr. in proposito, MARIO ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile* I 110 (1958); ROBERTO DE RUGGERO, *Istituzioni di diritto civile* I 126 (1934); PAOLO E. BENZA, *Compendio d'introduzione*

comune che al linguaggio legislativo, esprimendo in ambedue le sedi il medesimo significato, costituisce un collegamento tra autonomi codici linguistici (7).

L'esigenza del distacco del linguaggio legislativo dal terreno della lingua comune è avvertita soprattutto quando il legislatore assegna un nome ad una fattispecie, o a singoli elementi di essa, o a gruppi di norme disciplinanti una "materia" considerata unitariamente dal legislatore.

Due sono le tecniche con le quali il legislatore assegna nomi ed enuncia definizioni.

Il legislatore può infatti limitarsi a disciplinare un fenomeno, attribuendo ad esso un nome tecnico senza enunciarne la definizione, cosicché spetterà all'interprete, in base al concreto contenuto della disciplina, trasporre il nome in una definizione; oppure può definire il fenomeno e procedere dalla definizione ad un nome che è destinato ad evocarne il contenuto e a designarlo. In questo caso l'interprete avrà a disposizione sia la definizione fornita dal legislatore, che riassume gli elementi costitutivi e le note della fattispecie, sia il nome (8).

Mediante il linguaggio giuridico del legislatore i fatti giuridici assumono, quindi, un *nomen juris*, una qualifica che li ordina e classifica nelle categorie legislative (9).

L'interprete teorico (dottrina) o pratico-applicativo (giudice e operatore del diritto) trova in questo modo dinnanzi a sé, come proprio oggetto e tema di indagine, il linguaggio delle norme e il loro intrinseco svolgersi in sequenze di fattispecie ed effetti.

Mentre l'oggetto della scienza è la realtà naturale, l'oggetto della ricerca dell'esperto di diritto è un fenomeno linguistico dotato di struttura e regole proprie. Per questo motivo la verifica circa la correttezza della ricostruzione operata dall'interprete, in merito al significato delle parole usate

allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano: introduzione e parte generale 45-46 (1987).

7. MICHEL VILLEY, *Préface*, in "Archives de philosophie du droit" XIX cit. 2-3, parla di "mots-charnières".

8. Cfr. FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 234 (1940); ID., *Discorsi intorno al diritto* III 144 (1961); ID., *Metodologia del diritto* 98 ss. (1939).

9. Sul tema del *nomen juris*: FRANCO CORDERO, *Novissimo digesto Italiano*, XI 308 ss. (1965); ENRICO FINZI, *Le teorie degli istituti giuridici*, *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, 9 (1914); PIERO CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile* (1914), ora in *Studi sul processo civile* I 19 (1930); FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile* II 263 (1938); ID., *Teoria generale del diritto* 234 (1951); ANGELO FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico* 8 e 17 (1941).

dal legislatore, non ha, come per lo scienziato, carattere sperimentale (nel senso di riprodurre il fenomeno descritto nella legge naturalistica) bensì quello storico-interpretativo, tanto più che, nel procedimento di produzione normativa, la polivalenza di un testo normativo è tutt'altro che rara.

Nell'ambito del linguaggio giuridico si possono pertanto individuare una pluralità di livelli di linguaggio: quello del testo normativo, quello dell'interprete teorico, nonché quello dell'interprete pratico-applicativo.

Il linguaggio dell'interprete si svolge, insomma, ad un livello linguistico diverso da quello delle norme a cui si riferiscono: è un meta-linguaggio in rapporto ad un linguaggio-oggetto (10).

L'interprete si può, però, limitare a ricostruire il significato delle parole usate dal legislatore, esplicitando il contenuto di una data norma, oppure si può servire di esse per classificare i casi (eventi naturali e accadimenti storici) in un'attività pratica ed applicativa con cui ricondurre un caso in una categoria di fatti descritti dal legislatore.

Se la norma è espressa in un autonomo linguaggio, o addirittura in termini simbolici, l'attività applicativa dell'interprete si limiterà, da un lato, a stabilire il significato delle parole secondo le regole d'uso adottate dal sistema, e, dall'altro, ad accertare il fatto concreto, evento naturale o avvenimento storico. La disciplina legislativa ha in questo caso un carattere nettamente analitico: fattispecie ed effetti sono descritti nei singoli elementi e designati con appositi simboli o nomi tecnici.

Se invece la norma è espressa con parole della lingua comune, la disciplina procede di massima per clausole generali, che lasciano all'interprete, ed in particolare al giudice, largo spazio nella determinazione delle fattispecie e degli effetti (11). Si assiste così ad una perdita di rigore e di univocità e le variazioni del significato nell'area applicativa delle singole norme trovano una compensazione nella duttilità storica, ossia nella capacità di registrare fasi diverse della coscienza sociale.

Può nondimeno accadere che l'uniformità dell'applicazione giudiziale giunga ad attribuire al linguaggio legislativo significati rigidi e costanti, che

10. Sul tema, FRANCESCO CARNELUTTI, *Metodologia del diritto* 102-103 (1939); UBERTO SCARPELLI, voce "*Semantica giuridica*", estr. dal *Novissimo Digesto Italiano* XVI 59 (1969), considera la teoria dei livelli di linguaggio «una chiave assolutamente indispensabile... per il chiarimento della natura e dell'oggetto delle scienze giuridiche».

11. Sul punto, STEFANO RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, *Rivista Trimestrale di diritto e Procedura Civile*, 1284-1287 (1960); ID. *Il problema della responsabilità civile*, 127 ss. (1964); PIETRO PERLINGERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, cit., 57-61, contrappone le clausole generali ad una tecnica legislativa regolamentare.

invece il legislatore si proponeva di evitare con l'adozione di parole appartenenti alla lingua comune (12).

20.2. La comparazione tra norme in una pluralità di sistemi giuridici

Le soluzioni del legislatore sono inevitabilmente correlate al tempo, alle generali condizioni socio-economiche e culturali cosicché ogni singola norma, nella sua produzione e nella sua interpretazione, si inserisce in questo contesto. La produzione giuridica deve perciò essere posta in relazione genetica con gli interessi reputati meritevoli di tutela nell'ambito di un dato ordinamento e in uno specifico contesto storico.

Il diritto, in particolare il diritto "positivo", ha infatti, diversamente da ogni altro settore delle c.d. scienze sociali, un carattere spiccatamente nazionale, connaturato alla sua vigenza territorialmente circoscritta. Ciò implica che l'interprete debba avere la consapevolezza che un ordine normativo non si forma sempre allo stesso modo, così come le singole fattispecie e definizioni non hanno gli stessi caratteri in tutte le società, proprio perché correlato all'ambito sociale ed economico in cui si origina.

Questo impone un ulteriore sforzo d'interpretazione che penetri nella storicità della fenomenologia giuridica e del suo stesso metodo.

In più, a differenza di quello che si riscontra per altre professioni, il coinvolgimento dei giuristi non presenta un rilievo solo tecnico, ma si carica di significati e risvolti ulteriori connessi con lo "spirito" o stile di ogni diritto nazionale. Stile che si riflette sulla forma delle leggi e delle sentenze, nonché sulla sistematica e sull'educazione giuridica: investe, insomma, le strutture portanti dell'ordinamento, inteso soprattutto come tradizione giuridica, con una propria identità culturale, cui si ricollega una certa *forma mentis* da parte dei giuristi che vi operano (13).

Nel mondo contemporaneo l'accrescersi delle occasioni di scambio, sia economico che culturale, impone invece all'interprete del diritto di operare in un quadro transnazionale, all'interno di una pluralità sistemica. A questo si aggiunge l'emersione di esperienze, quale il diritto comunitario nell'Unione Europea, che comporta l'apertura verso le esperienze di Paesi con lingua e

12. Cfr. TULLIO DE MAURO, *Storia linguistica dell'Italia unita* 426 (1970); Uberto Scarpelli, voce, "Semantica giuridica", cit. p. 61-62.

13. Cfr. GIOVANNI ORRÙ, *Pandettistica, Digesto Discipline Privatistiche - Sez. civ. XIII* 252 (1995) per il quale ogni disposizione normativa è inserita in un sistema necessariamente aperto, perché fondato su principi formati attraverso valutazioni, le quali, a loro volta, possono coordinarsi con altre valutazioni, fino a formare un sistema.

tradizione giuridica diverse, che mettono in crisi l'assolutismo giuridico statale (14).

L'interprete è quindi costretto a superare le frontiere nazionali e a proiettarsi in una realtà più vasta, pur caratterizzata da singole esperienze giuridiche (15), che lo sfidano allo sviluppo di una tecnica che sia capace di guardare alle diverse esperienze giuridiche.

Il raffronto tra il modello del proprio diritto nazionale e i sistemi giuridici stranieri può consentire di individuare eventuali identità o differenze tra i modelli prescelti. Sia la rilevazione di tali somiglianze che delle diversità, nonché la ricerca delle diverse soluzioni, siano esse legislative o giurisprudenziali, possono aiutare nell'affinamento del senso della relatività dei problemi e delle connesse soluzioni, amplificando la sensibilità e duttilità dell'interprete.

La scienza della comparazione giuridica, come del resto altre scienze (la linguistica, l'antropologia culturale ecc.), consente di mettere in luce regolarità e irregolarità strutturali tra ordinamenti. Esemplare appare in questo senso il convincimento di Tullio Ascarelli che sottolinea come a colui che studi il diritto straniero e ne scopra le premesse, che possono differire da quelle del suo diritto nazionale

avverrà talvolta di trovare, al fine del suo studio del diritto straniero, una spiegazione più completa di alcuni problemi del proprio diritto.... È attraverso questa ricostruzione integrale, questo allargamento di esperienza giuridica, che il diritto comparato compie la sua funzione, vuoi favorendo il progresso giuridico internazionale, vuoi perfezionando la conoscenza del fenomeno giuridico e permettendo di considerare il diritto nella sua unità internazionale (16).

La comparazione presuppone, evidentemente, l'accertamento che esista una pluralità di modelli giuridici "ma essa va al di là di questo accertamento.

14. Non bisogna però dimenticare che anche all'interno dei singoli ordinamenti nazionali si manifesta ormai una tendenza favorevole all'autonomia normativa delle regioni, nonché ad una rinascita, almeno in Italia, delle autonomie municipali e degli enti locali territoriali.

15. Occorre ricordare le iniziative volte ad enucleare regole comuni o codici unitari a livello europeo: cfr. *Principles of European Contract Law*, The Commission European Contract Law (a cura di), pubblicato da Kluwer Law International, Milano, 2003, il *Code européen des contrats*, Académie des privatistes Européens (a cura di), pubblicato da Giuffrè, Milano, 2007.

16. V. TULLIO ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione* 10 (1952).

Se essa porta la sua attenzione su questi molteplici modelli, lo fa per stabilire in quale misura i modelli sono identici, ed in quale misura sono differenti” (17).

20.3. I presupposti dell'indagine

In questa prospettiva si è inteso confrontare due ordinamenti europei, l'Italia e la Spagna, in merito ad un tema che costituisce il perno del diritto del lavoro, ovvero la qualificazione giuridica del rapporto di lavoro e gli indici presuntivi della subordinazione.

Il rapporto di lavoro, al di là delle diverse definizioni rinvenibili negli ordinamenti giuridici nazionali, si connota come il vincolo obbligatorio tra un datore e un prestatore di lavoro che svolge un'attività o un servizio in cambio di un corrispettivo economico. Tuttavia, non sempre è chiara la natura, subordinata o autonoma, del rapporto giuridico instaurato tra i contraenti, anche per le trasformazioni economiche e sociali che si sono registrate, almeno nei paesi maggiormente sviluppati, nell'esercizio del potere all'interno dei rapporti di lavoro.

Ciò nonostante, per la qualificazione giuridica del contratto di lavoro, continua ad essere considerata centrale la funzione della nozione di subordinazione, anche se l'impiego di questo criterio distintivo è divenuto sempre più complesso, così da rendere più incerto l'ambito di applicazione del sistema legale di protezione del diritto del lavoro.

Due sono le tendenze, contrarie, che sono emerse in molti Paesi, soprattutto europei.

La prima consiste nel restringere il campo di applicazione delle norme giuslavoristiche in base ad una concezione ristretta di subordinazione; l'altra, invece, tende ad allargare tale nozione ricorrendo a criteri ulteriori rispetto a quello della subordinazione giuridica.

In particolare, è stato proposto di sostituire tale termine di riferimento con quello della dipendenza economica del lavoratore, estendendo il regime di protezione del lavoratore subordinato a tutti coloro i quali si trovano, nel rapporto di lavoro, in una situazione di debolezza economica (18).

Tali orientamenti si sono manifestati anche in Spagna e Italia, due sistemi europei avanzati sul piano degli *standard* di protezione sociale, e in

17. V. RODOLFO SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato* 11 (1992).

18. L'idea di far coincidere il campo di applicazione del diritto del lavoro con il reale bisogno di protezione del lavoratore era già presente alle origini del diritto del lavoro e della sicurezza sociale: cfr. ALAIN SUPLOT (a cura di), *Il futuro del lavoro* 29 (1999).

entrambi i Paesi si sono registrati diversi interventi legislativi, proposte dottrinali e orientamenti giurisprudenziali, in ambedue le direzioni.

Il raffronto tra questi due paesi è favorito innanzitutto dall'affinità linguistica. Infatti, mentre in passato l'esistenza di una comune lingua del diritto, il latino, facilitava enormemente l'esistenza e il funzionamento di una comune cultura giuridica che aveva carattere sovranazionale e natura extra-statuale, le attuali diversità linguistiche possono costituire un ostacolo alla circolazione dei modelli culturali e all'apprezzamento del valore delle culture giuridiche. La cultura giuridica italiana, invece, è conosciuta in Spagna proprio in ragione dell'affinità linguistica e concettuale.

Inoltre questi due paesi europei appartengono alla stessa area giuridica europeo-continentale. Infatti, se è vero che la specificità dei singoli contesti politici, economici e sociali di ciascun Paese ha portato alla creazione di vari sistemi normativi, risulta altresì evidente che in Europa esiste un patrimonio giuridico di base, una "sintassi" comune formatasi nel corso di molteplici secoli e fatto di un linguaggio e di concetti comunemente utilizzati dai giuristi dei singoli Paesi.

Questo apparato concettuale è tendenzialmente più simile ai Paesi, e quindi agli ordinamenti, della famiglia romano-francese-germanica, ovvero di *civil law*, piuttosto che a quelli di *common law*. Vi sono infatti casi in cui il ricorso al diritto straniero addirittura s'impone allo studio del diritto nazionale in ragione della particolare natura di alcuni istituti.

In entrambi gli ordinamenti, poi, risulta essere ancora centrale la nozione di subordinazione, anche se l'impiego di questo criterio distintivo è divenuto sempre più complesso, rendendo più incerto l'ambito di applicazione delle norme giuslavoristiche.

Nei due sistemi, infine, si registra un percorso per certi versi assimilabile, pur nelle evidenti differenze, tendente ad irrigidire i criteri di qualificazione della subordinazione e a limitare il campo di applicazione della disciplina protettiva del diritto del lavoro.

20.4. La qualificazione del rapporto di lavoro in Spagna.

20.4.1. Il contratto di *laboralidad* (subordinazione): ambito di applicazione

Nello studio comparato di due ordinamenti giuridici non è pensabile decontestualizzare l'analisi di singoli elementi limitandosi a raffrontare pezzi e frammenti di realtà giuridica, estrapolati da diversi contesti, né è possibile circoscrivere l'analisi ad aspetti funzionali. Per questo il punto di partenza non può che essere costituito dall'esame della nozione di

subordinazione, nozione che in entrambi i Paesi non è fornita espressamente dal legislatore.

Nell'attuale sistema giuridico spagnolo il diritto del lavoro tutela solo quelle prestazioni lavorative che presentino tre caratteristiche: siano volontarie (*libre trabajo*), nel senso che il lavoratore assume liberamente l'obbligazione di lavorare, siano eseguite per conto di altri (*ajenidad*), siano connotate dalla dipendenza (*dependencia*) o subordinazione al potere del datore di lavoro (*empleador* o *empresario*).

In particolare, per *ajenidad* s'intende che il lavoratore non assume i rischi dell'attività nella quale interviene: per questo riceve una retribuzione, in cambio del suo lavoro, indipendentemente dai risultati dell'impresa. L'*ajenidad* fa inoltre riferimento all'acquisizione, da parte del datore di lavoro, dei "frutti" del lavoro del dipendente, i quali entrano nella sua disponibilità e di cui, quale effetto necessario ed inevitabile della stipula del contratto di lavoro, il datore percepisce direttamente i benefici (19).

19. Cfr. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo* 61 ss (1994), che considera, quale carattere essenziale del contratto di lavoro, quello di avere ad oggetto "*trabajo humano, productivo libre y por cuenta ajena*". Secondo questo Autore la dipendenza o la subordinazione non sono che le conseguenze di un fatto in sé sufficiente a caratterizzare il lavoro come subordinato: il fatto di lavorare per conto altri e non per conto proprio, con conseguente valorizzazione del carattere dell' "*ajenidad*". La parte che paga per il lavoro e ne percepisce i frutti è così investita del potere di dirigere e controllare il lavoro e di coordinarlo con le attività di altri lavoratori remunerati nello stesso modo. Poco importano, quindi, le forme che possono essere assunte da questo tipo di direzione, controllo o coordinazione e l'insistenza posta sul criterio della dipendenza/subordinazione non può, in realtà, che sfociare in contraddizioni difficilmente risolvibili, poiché il potere di colui a favore del quale il lavoro è stato compiuto può esprimersi con forme o intensità variabili, mentre rimane inalterato il fatto di lavorare per qualcun altro. L'*ajenidad* si identifica nel pensiero di questo Autore con la c.d. "*ajenidad en los frutos*", ovvero "*ajenidad en la utilidad patrimonial*", secondo la precisazione di ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, 11 e ss. (1972). Si è parlato anche di "*ajenidad en los riesgos*", secondo l'altra ricostruzione attribuita a GASPARD BAYÓN CHACÓN & EUGENIO PEREZ BOTJA, *Manual de Derecho del Trabajo*, 18 (1962). Per un commento critico, anche in chiave comparata, tra la prima e la quinta edizione dell'opera di ALONSO OLEA & ANTONIO MARTÍN VALVERDE, *Lectura y relectura de la "introducción al Derecho del Trabajo" del Profesor Alonso Olea* 77 (1996), spec. pp. 418 e ss. Per le differenze tra "*ajenidad*" e "*alteridad*", 26 LUIS E. DE LA VILLA GIL, *En torno al concepto del Derecho español del Trabajo* 113 (1969), secondo il quale mentre l'*alteridad* indica semplicemente la destinazione ad altri dei frutti del proprio lavoro, la *ajenidad* implica più precisamente la necessaria acquisizione in forma originaria degli stessi da parte del datore di lavoro. La contrapposizione tra "*ajenidad en los frutos*" e "*ajenidad en los riesgos*" è stata successivamente messa in discussione dalla pubblicazione del saggio di MANUEL R. 28 ALARCON CARACUEL, *La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato del trabajo*

La *dependencia* o *subordinación* suppone che il lavoratore, con il contratto di lavoro, si sottometta al potere di organizzazione e direzione del datore di lavoro, da cui consegue la sua sottoposizione al suo potere disciplinare. Tale dipendenza deve essere, però, intesa con formula ampia, non come una subordinazione rigorosa ed assoluta del lavoratore al suo datore, ma quale condizione in cui il lavoratore si trovi sotto la sfera di controllo e disciplinare di questo (20).

Se nell'attività lavorativa sono presenti questi elementi distintivi: *libre trabajo*, *servicios retribuidos*, *ajenidad* (21), e *dependencia* (volontarietà, retribuzione, estraneità e dipendenza) la prestazione di lavoro deve sottomettersi alla disciplina del contratto di lavoro subordinato. Se manca una qualunque di essi il rapporto di lavoro dovrà intendersi inserito nell'ambito del diritto civile o del diritto commerciale e pertanto è al di fuori del regime protettivo del diritto del lavoro.

498 e ss. (1986), che identifica il criterio definitorio per eccellenza del contratto di lavoro nella "*ajenidad respecto al mercado de bienes y servicios*". Si rinvia sul punto anche a LUIS E. DE LA VILLA GIL, *El concepto de «trabajador» (en torno al artículo 1.1)* 100 1 e ss. (2000); ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Sobre el trabajo dependiente como categoría limitadora del derecho del trabajo*, in JOSEFINA CRUZ VILLALÓN (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo el la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, spec. pp. 61 e ss. (1999); I TABELIA HUERTA BARTOLOMÉ & JOSÉ LOPEZ, *La ampliación de las fronteras del Derecho del Trabajo español tras la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, 69 e ss. (1992); 38 ANTONIO MARTIN VALVERDE, *Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)* 21 e ss. (2002).

20. Sul tema della dipendenza in giurisprudenza, v. Tribunal Central del Trabajo, sentenza del 17.6.1982: «La dependencia continúa siendo en la actualidad nota característica de los vínculos laborales, si bien entendida, en virtud de los nuevos avances doctrinales, legislativos y jurisprudenciales, no como una subordinación rigurosa y absoluta del trabajador a su patrono, sino que basta para que haya que apreciarla con que aquél se halle comprendido dentro del círculo rector y disciplinario de éste, sin que para ello sea preciso que el trabajador esté sometido a jornada laboral predeterminada, ni a horario fijo, ni de exclusividad de su tarea» e Tribunal Central del Trabajo sentenza 10.6.1983: «Ese elemento de dependencia haya sido reducido al mínimo en los modernos avances legislativos y doctrinales, lo que equivale a actuar bajo la dependencia de otra persona y obedecer sus órdenes», in I BALTASAR RODRIGUE SANTOS, *Comentarios al estatuto de los trabajadores* 63 (1992).

21. In giurisprudenza, sul requisito della dipendenza, v. Tribunale Supremo, 4ª sezione, sentenza del 29.1.1991 in Baltasar Rodrigue Santos, op. cit., p. 64: «La ajenidad se manifiesta de forma inequívoca porque es la demandada la que incorpora los frutos del trabajo para ofrecerlos como servicios de transporte a sus clientes percibiendo directamente lo beneficios» (Trad. it.: l'estraneità si manifesta inequivocabilmente perché è la parte datoriale che usufruisce dei frutti del lavoro per offrirli come servizi di trasporto ai suoi clienti percependo direttamente i benefici).

In particolare, secondo la dottrina civilistica spagnola, la differenza tra il contratto di lavoro subordinato e il contratto di esecuzione di opera, art. 1588 c.c. spagnolo, consiste soprattutto nel fatto che nel lavoro subordinato l'oggetto del contratto è la prestazione dell'attività lavorativa in sé medesima; mentre nel contratto d'impresa o di esecuzione di opera il lavoratore si obbliga ad un risultato, senza considerazione alcuna per il lavoro che realizza (22).

Invero, l'*Estatutos de los Trabajadores*, (Statuto dei lavoratori, legge 10 marzo 1980, n. 8 e successive modifiche), la legge principale che regola i diritti dei lavoratori subordinati in Spagna, seguendo la linea segnata dal legislatore della *Ley de Relaciones Laborales* del 8 aprile 1976 nell'art. 1, con una scelta analoga a quella fatta dal legislatore italiano, non offre, come accennato, una definizione di lavoro dipendente o subordinato, ma si limita a circoscrivere l'ambito di applicazione delle tutele previste da tale Statuto: «La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario» (23).

22. In merito alle caratteristiche differenziali, la giurisprudenza del lavoro ha statuito che non si è in presenza di rapporto di lavoro subordinato: «cuando el accidentado asume la posición de porteador, con plena autonomía para llevar a efecto con sus propios medios la prestación a su cargo» (Tribunal Supremo, 15.11.1965). Non è contratto di lavoro (subordinato): «Si el trabajo aparece realizado de forma autónoma o independiente y sólo cuando la piedra estaba terminada en su operación de labrado surgía la transmisión de la propiedad» (Tribunal Supremo, 1.7.1966), cfr. anche Tribunal Supremo, 17.12. 1964, Tribunal Central del Trabajo, 27.5.1971; Tribunal Central del Trabajo, 27.1.1969, Tribunal Central del Trabajo, 27.5.1971; Tribunal Central del Trabajo, 31.5.1971; Tribunal Central del Trabajo, 22.6.1971 in Baltasar Rodríguez Santos, op. cit., p. 72.

23. Trad. it.: «la presente Legge si applicherà ai lavoratori che volontariamente prestino i loro servizi retribuiti per conto altrui e dentro l'ambito di organizzazione e direzione di un'altra persona, fisica o giuridica, denominato principale o impresario». Restano al di fuori dell'ambito di applicazione del ET: l'attività lavorativa degli impiegati pubblici rientranti nella categoria dei «*funcionarios*» i cui rapporti di lavoro vengono disciplinati dallo Statuto della Funzione Pubblica ovvero da norme amministrative; l'esercizio di prestazioni personali obbligatorie, dell'esercizio di attività di consigliere o membro degli organi di amministrazione di società, il lavoro prestato a titolo di amicizia, benevolenza o buon vicinato, il lavoro familiare pur con alcune precisazioni, l'attività di mediazione commerciale quando si assuma il rischio dell'attività (art. 1, comma 3, lett. a), b), c), d), e), e f), a meno che la legge disponga diversamente. L'art. 1, 3° comma, lett. g), contiene un'eccezione generica, che esclude dall'ambito del contratto di lavoro subordinato tutte quelle relazioni nelle quali non si diano le condizioni dell'art. 1, 1° comma, ET (v. infra). Inizialmente escludeva il personale civile al servizio del Ministero di Difesa.

Tale modalità di attività lavorativa prevede perciò l'esecuzione di "servizi" in senso ampio, sia intellettuali che manuali (24), che devono essere retribuiti, forniti per conto di un altro soggetto, nell'ambito della cui organizzazione il lavoratore è obbligato ad assoggettarsi al potere direttivo e agli ordini della controparte.

Al di là del *nomen iuris* dato dalle parti al contratto di lavoro stipulato, a parere del Tribunale Supremo spagnolo:

Las relaciones y negocio jurídicos establecidos entre partes, tienen la naturaleza que se derive de su contenido y son independientes del nomen iuris que las partes les asignen, pues no es el nombre del cargo que ocupe el interesado, sino la función que desempeñe (25).

Invero, soprattutto a partire dagli anni sessanta, in Spagna come in Italia, si era registrata una tendenza alla progressiva espansione dei confini del diritto del lavoro. Ciò era stato il risultato sia della prevalenza accordata dalla prevalente dottrina spagnola all'elemento della "ajenidad" su quello della "dependencia", quale criterio definitorio della subordinazione, che della progressiva dilatazione da parte della giurisprudenza di entrambe le nozioni (26). Infatti, nelle sentenze degli organi giurisdizionali, si era pervenuti all'ampliamento di tali confini attraverso la progressiva adozione di una nozione piuttosto ampia di dipendenza, quale inserzione del lavoratore nel "circulo rector y disciplinario" dell'imprenditore (27). Questa interpretazione, assolutamente consolidata, si è in seguito dimostrata di particolare utilità quando si è trattato di qualificare prestazioni lavorative che, in quanto non inserite in contesti aziendali di produzione di beni materiali, difficilmente si sarebbero potute ricondurre all'ambito di applicazione del diritto del lavoro attraverso il criterio della *ajenidad*.

A livello legislativo, il fenomeno della dilatazione delle frontiere del diritto del lavoro è stato invece favorito dalla creazione della categoria dei rap-

24. Sentenza della Sezione 6^a del Tribunal Supremo del 20.10.1983 in Baltasar Rodríguez Santos, *op. cit.*, p. 62-63.

25. Trad. it.: «i rapporti e negozi giuridici stabiliti tra parti, hanno la natura che deriva dal loro contenuto e sono indipendenti dal *nomen iuris* che le parti assegnino loro, perché non è importante il nome che l'interessato utilizza per l'impiego, bensì la funzione che svolge»: Tribunal Supremo, sezione 6^a, del 20.10.1983 in Baltasar Rodríguez Santos, *op. cit.*, p. 63.

26. Si rinvia sul punto, anche per la giurisprudenza collegata, a JOSÉ L. MONEREO PÉREZ, *Subordinación y trabajo autónomo* 4 spec. pp. 17 e ss. (2004).

27. A titolo esemplificativo, cfr. la sentenza del Tribunal Supremo, 21.1.1964, Ar. 460, e 9.2.1966, Ar. 496.

porti di lavoro c.d. speciali, confluiti nell'art. 2 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Si tratta di una pluralità eterogenea di rapporti di lavoro, anche fortemente differenziati, che sono stati ricondotti nell'ambito di applicazione delle tutele giuslavoristiche eminentemente per ragioni di opportunità politica, anche se con un regime giuridico differenziato rispetto a quello proprio del lavoro subordinato *standard*.

Queste forme di lavoro speciali sono i rapporti con lavoratori aventi incarichi di alta direzione (che non siano consiglieri o membri di organi di amministrazione d'impresa), i lavoratori domestici, i condannati nelle istituzioni penitenziarie; gli sportivi professionisti; gli artisti in spettacoli pubblici; i commissionari o persone che intervengono in operazioni commerciali per conto di impresari senza assunzione del rischio; eventuali ulteriori tipologie di lavoro dichiarate speciali a seguito di una apposita legge.

20.4.2. La presunzione di subordinazione nell'ordinamento spagnolo

L'opportunità e la legittimità della propensione, tanto della dottrina quanto della giurisprudenza, di estendere il campo di applicazione delle garanzie lavoristiche anche ad ipotesi affini a quella prototipica, incominciò ad essere messa in dubbio a partire dalla fine degli anni settanta dallo sviluppo di una tendenza volta a ricondurre il lavoro protetto all'interno di una nozione più rigida di subordinazione. Esemplificativa a tal proposito risulta l'evoluzione interpretativa registrata in materia di presunzione di subordinazione.

Nella sua formulazione, quale risulta dalla *Ley de Contrato de Trabajo* (LCT) del 26 gennaio 1944, che riproduceva a sua volta la stessa norma della *Ley de Contrato de Trabajo* del 14 novembre 1931, era prefigurato un meccanismo di presunzione *iuris tantum* di subordinazione ("de laboralidad") orientata ad arginare, da una parte, le eventuali conseguenze negative di un ampio ricorso alla libertà di forma in caso di contratto di lavoro, sulla base del medesimo principio generale in ambito contrattuale, e, dall'altra, a regolare il sistema delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro (28).

A fronte dell'ammissione di forme di manifestazione del consenso contrattuale anche tacite o per fatti concludenti, si era ritenuto necessario associare alla «presunción de existencia del consentimiento contractual, y por ello del contrato, entre los sujetos que prestaban y recibían los servicios... una regla de interpretación, que se inclinaba por el carácter laboral de estos

28. In tal senso, l'MANUEL GARCÍA FERNÁNDEZ, *La forma del contrato de trabajo* (En torno al artículo 8) 100 333-334 (2000).

servicios» (29). Infatti, l'art. 3 *Ley de Contrato de Trabajo* (LCT) aveva previsto esplicitamente che il contratto di lavoro subordinato si dovesse ritenere sempre esistente tra chi utilizza un servizio e chi lo presta, a prescindere dall'esistenza di una stipulazione scritta o orale (o tacita), intendendosi incluse nel contratto le condizioni previste dalle leggi e dai regolamenti in materia di lavoro e, in mancanza di tali norme, dagli usi e dai costumi di ciascuna località, relativi al settore e alla categoria dei servizi di riferimento (30).

Il meccanismo presuntivo così tracciato consentiva di dedurre la natura subordinata del contratto dal mero accertamento dello svolgimento di un'attività volontaria remunerata, offerta da un soggetto ed utilizzata da un altro, quindi sul mero presupposto dell'alterità. Questo aveva causato il consolidamento di un'interpretazione giurisprudenziale tendente a ricondurre nell'ambito della subordinazione, e dunque nel campo applicativo delle tutele del diritto del lavoro, ogni ipotesi di prestazione di servizi professionali retribuita che mancasse di documentazione, a prescindere dal preventivo e puntuale accertamento della ricorrenza in concreto dei caratteri tipici della subordinazione (31).

Più in generale, l'art. 3 LCT venne utilizzato dagli organi giudicanti come criterio utile in tutti i casi di qualificazione del rapporto di lavoro dubbia o incerta, a prescindere dalla formalizzazione del contratto (32).

L'ampio ricorso a tale interpretazione finì per assecondare la tendenza ad attribuire al contratto di lavoro subordinato una marcata centralità quale forma ordinaria di inquadramento delle prestazioni lavorative, con un conseguente ampliamento dell'ambito di applicazione del regime giuridico del diritto del lavoro.

Tuttavia, in seguito, l'estensiva ed elastica interpretazione della presunzione di "*laboralidad*", ovvero di subordinazione, è stata sottoposta a forti critiche, cosicché il suo recepimento da parte dell'ET del 1980 è coincisa con una sostanziale riformulazione della norma.

29. Cfr., MIGUEL C. RODRIGUEZ-PINERO ROYO, *La presunción de existencia del contrato de trabajo* 280 (1995).

30. Per un'analisi storica dell'istituto si rinvia a SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA, *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, in AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho de Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea* 791 e ss. (1990).

31. Cfr., FEDERICO DURAN LOPEZ, ALFREDO MONTOYA MELGAR, TOMÁS SALA FRANCO, *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades de empresario* 108 (1997).

32. In tal senso, Santiago Gonzalez Ortega, *La presunción de existencia del contrato de trabajo* cit. 803.

L'art. 8, comma 1 ET, dopo aver ribadito il principio generale della libertà della forma per la stipulazione del contratto di lavoro, stabilisce infatti che questo «se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel» (33).

L'intenzione del Legislatore statutario è stata quella di vincolare l'operatività del meccanismo presuntivo al previo accertamento della sussistenza non solo di una situazione di alterità, ma anche degli altri elementi caratteristici della subordinazione giuridica (soprattutto *ajenidad* e *dependencia*) così come enunciati all'art. 1, comma 1 ET.

Significativa a tal proposito è la sentenza del Tribunales Superiores de Justicia della Galizia del 27 maggio 2005, (AS 2005/1514) in cui si legge: «que es ciertamente a quien alega la existencia de contrato de trabajo al que incumbe demostrar la existencia del mismo, y esta carga probatoria no llega a ser atenuada por el art. 8.1 ET, dado que el precepto ni siquiera contiene propiamente una presunción iuris tantum de laboralidad [al modo de la que contenía el art. 3 LCT], sino más bien una definición de la relación laboral [doctrinalmente se la califica como una «redefinición» del contrato de trabajo], de manera que para que actúe la indicada «presunción» del art. 8.1 ET es preciso que la actividad se preste «dentro del ámbito de organización y dirección de otro» y que el servicio se haga «a cambio de una retribución», o lo que es igual, la operatividad de la presunción impone el acreditamiento de que la actividad se presta bajo las notas de *ajenidad*, *dependencia* y carácter retribuido de aquélla que son precisamente las notas características del contrato de trabajo en su configuración por el art. 1 ET, porque los arts. 3 LCT y 8.1 ET, atinentes a la presunción de contractualidad, presentan diferencias significativas que impiden considerarlos como normas sustancialmente iguales»

33. MIGUEL C. RODRIGUEZ-PINERO ROYO, *La presunción de existencia del contrato de trabajo* 222 e ss. (1995); ALFREDO MONTOTOY MELGAR, *Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo*, in JESÚS CRUZ VILLALON (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán* 65 (1999); JOSÉ LUJAN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo* 271 (1994), che parla di «certificado de defunción de la presunción en nuestro Derecho del Trabajo». In tal senso, anche, la sentenza del Tribunal Central de Trabajo, 20.II.1985, Ar 6329 in cui si legge «cuando se logre demostrar que se realiza un trabajo por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, con carácter voluntario y a cambio de una retribución, esa relación, si no está expresamente excluida de la normativa laboral, se presume que existe aunque no haya constancia de haberse celebrado el contrato de trabajo, por escrito o de palabra, y que es de naturaleza laboral».

(34). In buona sostanza, l'art. 8.1 ET non contiene una presunzione *iuris tantum* di subordinazione (*laboralidad*), come era nel caso dell'art. 3 LCT, ma a chi intende vedersi riconoscere l'applicazione delle norme dello Statuto spetta l'onere di provare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, pertanto è necessario che l'attività si presti "dentro l'ambito di organizzazione e direzione di un altro" e che il servizio si faccia "in cambio di una retribuzione", o comunque, l'operatività della presunzione impone la dimostrazione che l'attività sia prestata con i caratteri dell'*ajenidad*, *dependencia* e onerosità che sono gli elementi che caratterizzano il contratto di lavoro subordinato.

Seppur, in un primo momento, la giurisprudenza spagnola si sia dimostrata reticente a modificare il proprio orientamento (35), successivamente ha circoscritto l'operatività della presunzione alle ipotesi di qualificazione difficile o dubbiosa, nonché di mancata manifestazione espressa della volontà individuale, con la conseguenza che, in presenza di una diversa dichiarazione negoziale delle parti, le quali abbiano effettivamente optato per una modalità contrattuale autonoma, la presunzione di subordinazione non trova applicazione (36).

34. Sentenza del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 27.5.2005, AS 2005/1514. In precedenza, tra le tante Tribunal Supremo 2.11.1985, (RA 5846); Tribunal Supremo 15.8.1986, (RA 4139); Tribunal Supremo 25.5.1990, (RA 2336). Per la dottrina, negano il carattere presuntivo della natura subordinata del rapporto alla disposizione di cui all'art. 8, comma 1 ET, tra gli altri SANTIAGO GONZALEZ ORTEGA, *La presunción de existencia del contrato de trabajo* cit. 808; JOAQUÍN PÉREZ REY, *La transformación de la contratación temporal en indefinida* 71 e ss. (2004); MANUEL GARCIA FERNANDEZ, *La forma del contrato de trabajo (en torno al artículo 8)*, MIGUEL RODRIGUEZ-PINERO ROYO, *La presunción de existencia del contrato de trabajo* (1995); AA.VV., *Estructura del contrato de trabajo* 225 e ss. (1997), che a tal proposito scrivono: «Entendemos que en tales pronunciamientos se ve claramente la virtualidad del art. 8.1 ... como reductor del carácter pro operario del proceso laboral en lo relativo a la prueba de existencia del contrato de trabajo, evitándose así la excesiva ampliación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo a costa de incluir supuestos no claramente laborales en el mismo» (p. 229).

35. Cfr. Tribunal Supremo 18.3.1980 e 20.10.1980 (rispettivamente Ar 1701 e 5214) nelle quali si afferma espressamente la sostanziale identità di contenuto tra l'art. 3 LCT e quella introdotta dall'ET.

36. In tal senso, sentenza del Tribunal Supremo 31 marzo 1987 (RA 1763); Sentenza del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 11 novembre 1991 (AS 6986). SANTIAGO GONZALEZ ORTEGA, *La presunción de existencia del contrato de trabajo* cit. 808. Per un esame critico della tendenza della giurisprudenza spagnola degli anni ottanta ad un'interpretazione restrittiva dei principi tradizionali del diritto del lavoro, in funzione anche della valorizzazione del contratto e dell'autonomia individuale, cfr. ANTONIO OJEDA AVILES, *Flexibilidad e contratuallismo* 639 e ss. (1988). Segnala lo sviluppo della tendenza all'estensione del

In questo modo, nell'interpretazione prevalente, l'art. 8, comma 1 ET ha depotenziato la *vis atractiva* che stava esercitando la subordinazione nei confronti di prestazioni di lavoro più o meno autonome con un più rilevante recupero del ruolo dell'autonomia privata individuale in merito alla scelta, nel senso dell'autonomia o della subordinazione, relativa all'inquadramento giuridico del proprio rapporto di lavoro (37).

20.4.3. La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro degli autotrasportatori

L'operatività del precetto relativo alla presunzione di subordinazione è stata ulteriormente circoscritta dall'intervento operato dalla riforma dell'*Estaduto de los Trabajadores* del 1994 con l'introduzione di una nuova lett. g) al comma 3 dell'art. 1 ET. La settima disposizione finale della l. 19 maggio 1994, n. 11 ha infatti modificato la precedente formulazione prevedendo una nuova ipotesi di rapporto di lavoro escluso dall'ambito di applicazione dello Statuto (38). Si tratta dell'attività onerosa di trasporto esercitata da lavoratori, titolari di una obbligatoria autorizzazione amministrativa, che utilizzano veicoli di proprietà che raggiungono le due tonnellate di peso.

In questa ipotesi, afferma espressamente la nuova lett. g) del comma 3 dell'art. 1 ET, il rapporto dovrà considerarsi rientrante nell'ambito di un contratto di lavoro autonomo (39).

campo di applicazione del diritto del lavoro attraverso l'introduzione di nuove presunzioni di subordinazione, ALEJANDRA SELMA PENALVA, *Los Límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, spec. 254 e ss. (2007), che pur non nega l'affermarsi contemporaneo (e criticabile, vedi spec. pp. 303 e ss.) di presunzioni di segno opposto (del carattere autonomo della prestazione) come conseguenza del potenziamento giurisprudenziale del principio costituzionale di libertà di iniziativa economica in tutti i casi di accordo tra le parti circa la natura non subordinata della prestazione (spec. pp. 291 e ss. e giurisprudenza collegata). Invece, 3 ENRIQUE RAYON SÚAREZ, *La forma del contrato del trabajo*, in *Comentarios a las Leyes Laborales*. 15 e ss. (1982) sostiene che occorrerebbe cercare di recuperare la funzione presuntiva della norma interpretandola nel senso che, pur a prescindere dalla forma di manifestazione del consenso, in tutti i casi di qualificazione dubbia o incerta, l'interpretazione dovrebbe orientarsi a privilegiare la riconduzione del rapporto nell'ambito di applicazione del diritto del lavoro anche se questa non sembra essere la via seguita né dalla dottrina, né dalla giurisprudenza maggioritaria.

37. Sul punto, MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO, *La voluntad del las partes en la calificación del contrato del trabajo*, 18, 1 e ss. (1996); IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN, *Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador* 4 22 e ss. (1998), FRANCISCO PEREZ DE LOS COBOS, *El trabajo subordinado como tipo contractual* 39 (1993).

38. Ipotesi che dunque si aggiunge a quelle già citate alla nota 6.

39. «g) En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la

Da questo nuovo precetto risulta, pertanto, che la linea di demarcazione tra lavoro subordinato e autonomo e, quindi, la determinazione dell'ambito di applicazione del diritto del lavoro, viene definita legislativamente sulla base di un criterio relativo alle dimensioni e, dunque, indirettamente, al valore economico del veicolo in possesso del lavoratore, con conseguente perdita di rilevanza di ogni altro elemento utile alla qualificazione, compreso quello, espressamente escluso, della monocommittenza.

La soluzione legislativa, fortemente contrastata da ampi settori della dottrina, ha suscitato un acceso dibattito nel corso del quale sono stati sollevati dubbi circa la legittimità costituzionale della norma per violazione del principio di uguaglianza e non discriminazione sancito all'art. 14 Cost. Esp (40).

Con la sentenza del 26 novembre 1998, n. 227, il Tribunal Constitucional spagnolo ha escluso l'incostituzionalità della norma ed ha colto l'occasione per esprimersi in merito alla disponibilità del tipo contrattuale di lavoro subordinato da parte del Legislatore ordinario in relazione all'inclusione/esclusione di determinati gruppi di lavoratori dall'ambito di applicazione del diritto del lavoro.

La Corte ha infatti chiarito che l'ambito soggettivo di applicazione dell'ET non viene rimesso al legislatore dalla Costituzione in termini di un'assoluta libertà di configurazione (art. 35, comma 2 ET). Sebbene la nozione di subordinazione non sia stata costituzionalizzata, dal suo riconoscimento deri-

que define el apartado 1 de este artículo. A tales efectos se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador». Per un commento, ANTONIO BAYLOS GRAU, *La "huida" del Derecho de Trabajo: tendencia y límites de la deslaboralización*, in MANUEL R. ALARCÓN CARACUUEL (coord), *El trabajo ante el cambio de siglo, un tratamiento multidisciplinar*, 44 (2000); JOAQUÍN GARCÍA MURCIA, *Los transportistas de mercancías*, in JESÚS CRUZ VILLALÓN (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras...* 136 e ss., op. cit. A proposito dei limiti (costituzionali) al processo di tendenziale "deslaboralización", anche, SALVADOR DEL REY GUANTER, *Desregulación, juridificación y flexibilidad en el Derecho de trabajo* 10 spec. 17 e ss. (1996), importante pure la sentenza del Tribunal Constitucional 22 luglio 1999, n. 140 nella quale si chiarisce che costituisce diritto fondamentale del lavoratore poter ricorrere all'autorità giudiziaria per vedere accertata l'esistenza di un contratto di lavoro.

40. Art. 14 Cost. Es.: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Trad. it. «Gli spagnoli sono uguali di fronte alla legge, senza che prevalga alcuna discriminazione per motivi di nascita, razza, sesso, religione, opinione e qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale».

vano in ogni caso una serie di effetti costituzionalmente rilevanti che devono essere tenuti in considerazione dal Legislatore ordinario. In particolare, essendo ormai definiti positivamente i connotati tipici della subordinazione dall'art. 1, comma 1 ET, eventuali successive esclusioni devono essere giustificate e ragionevoli, onde non incorrere in una violazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 14 Cost. Esp. A questo proposito, ritenendo che la titolarità di un veicolo di grandi dimensioni e della autorizzazione amministrativa, a cui si subordina lo svolgimento di attività di trasporto pubblico su strada, costituiscano indizi sufficienti della natura non subordinata dell'attività svolta dal trasportatore, il Tribunal Constitucional ha escluso che la previsione della lett. g), comma 3 dell'art. 1 ET possa essere interpretata come una ipotesi di "deslaboralización" dal momento che si riferisce ad un'attività di natura certamente autonoma.

In verità, la scelta del Legislatore di escludere questa tipologia di rapporti dall'ambito di applicazione della normativa lavoristica era intervenuta, con una soluzione discutibile, su di una complessa vicenda giurisprudenziale che sembrava orientata, non senza contraddizioni, a riconoscere la natura subordinata di questi rapporti di lavoro (41).

La questione aveva preso le mosse a partire da una nota sentenza sui c.d. "mensajeros" (soggetti incaricati del trasporto di plichi di modeste dimensioni

41. Analogo è stato, in Spagna, il caso degli agenti di commercio (l. 27.5.1992, n. 12 sul contratto d'agenzia), ovvero degli agenti assicuratori (l. 17.7.2006, n. 26). Sulla questione, anch'essa assai dibattuta in dottrina, relativa della regolazione del contratto di agenzia e sulle esclusioni operate dalla l. n. 12/1992, si rinvia a 28 FEDERICO LOPEZ MORA, *La actividad de los agentes comerciales y su problemática laboral. A propósito de la ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del contrato de agencia* 20 e ss. (1993) (ma ora l. 17 luglio 2006, n. 26); MANUEL GARCIA PIQUERAS, *Reflexiones sobre el contrato de agentes de seguros privados. En la umbría de las zonas grises* 30 (1994). Altra forma di "deslaboralización" è quella realizzata in materia di volontariato (l. 15.1.1996, n. 6, sul punto, MANUEL ALONSO OLEA, *Reflexiones actuales del trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad*, in JESUS CRUZ VILLALON (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación...* 15 e ss. op. cit., ovvero in materia di "becas para la formación". Più in generale, per una ricostruzione in chiave storica del processo di delimitazione delle frontiere del diritto del lavoro, nello stesso volume, JESUS CRUZ VILLALON, *El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado*, in *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación...* cit. 169 e ss. Per una ricostruzione generale degli ambiti in cui si manifesta nell'attualità il problema della delimitazione del campo di applicazione del diritto del lavoro, MARIA DE LOS REYES & MARTINEZ BARROSO, *Los difusos contornos del trabajador dependiente*, 335 ss. (2001); 116 OSCAR ERMIDA URIARTE & OSCAR HERNANDEZ ALVAREZ, *Crítica de la subordinación* 167 e ss. (2003); 2 FERNANDO VALDES DAL-RE, *Ley y jurisprudencia en la delimitación del ámbito del ordenamiento laboral: un dialogo en divergencia* 36 e ss. (1994).

che svolgono la loro attività con l'ausilio di un ciclomotore di loro proprietà).

Invertendo un'impostazione sostanzialmente contraria al riconoscimento della natura subordinata di questa attività, il Tribunal Supremo, nella sentenza n. 263 del 26 febbraio 1986 (42), era giunto ad affermare che il mero apporto del mezzo di trasporto da parte del c.d. "*mensajero*" (con conseguente onere da parte del lavoratore delle spese di mantenimento dello stesso) non potesse essere considerato indizio di per sé sufficiente a escludere un rapporto di lavoro subordinato laddove ci fosse una prestazione remunerata caratterizzata dal carattere volontario e personale, nonché dalla *dependencia* e *ajenidad* (43).

Infatti, benché per tale attività i lavoratori avessero sottoscritto un contratto di trasporto in cui si precisava che tale prestazione non aveva carattere di esclusività (tant'è che i lavoratori avevano la possibilità di farsi sostituire o di farla realizzare da personale da loro dipendente), che non vi era l'obbligo di un orario prefissato e che i lavoratori si assumevano il rischio del trasporto, il Tribunale Supremo aveva eccepito che tali rapporti andavano riconosciuti quali rapporti di lavoro subordinato in quanto i lavoratori avevano prestato volontariamente i loro servizi per conto altrui e nell'ambito dell'organizzazione di un altro soggetto il quale beneficiava delle loro prestazioni (44).

Sulla linea marcata da questa sentenza, in seguito, si è andato consolidando, nella giurisprudenza spagnola, l'utilizzo, quale criterio interpretativo utile per decidere in merito all'inquadramento giuridico di un rapporto di lavoro, dell'elemento del valore economico del veicolo in relazione al lavoro personale

42. Tribunal Supremo, Sala de lo Social, sentenza del 26.2.1986, n. 263, ROJ: STS 10925/1986.

43. Evidente il parallelismo con il caso italiano dei c.d. "pony express" (v. infra).

44. Tribunal Supremo, Sala de lo Social, sentenza del 26.2.1986, n. 263: «Para la realización de este servicio los demandantes han firmado un contrato que se denominó de transporte, en el que se estableció, entre otras disposiciones, que el mensajero no queda comprometido con la empresa en exclusiva, no está sometido a horario ni dependencia y que puede realizar el servicio por sí mismo personalmente, o por medio de otras personas por él retribuidas, reconociéndose como trabajador autónomo con obligación de abonar los impuestos y seguros que le corresponden. No obstante lo consignado en tal contrato los actores han realizado su trabajo personalmente.... Los antecedentes expuestos permiten concluir que concurren en la relación examinada todas las notas que según el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores permiten identificarla como laboral, en cuanto los demandantes han prestado voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de la organización de otra persona, ya que: 1. El carácter voluntario y retribuido del servicio no ofrece duda. El que la retribución se mida, no por tiempo, sino por unidad de servicio, es algo normal en el contrato de trabajo; la circunstancia de que parte de la compensación que recibe el trabajador no constituya específica contraprestación del tra-

de modo que cuando era superior por la envergadura y coste del vehículo, o por su capacidad para realizar una actividad empresarial autónoma, la relación se entendía como de transporte y quedaba, en consecuencia excluida del ordenamiento laboral y por ende, del conocimiento de la jurisdicción social (45).

L'intervento legislativo del 1994 e il riconoscimento della sua conformità alla Costituzione dichiarata dal Tribunal Constitutional non possono che essere letti nella prospettiva di una vera e propria contrazione per via legi-

bajo personal por destinarse a gastos de mantenimiento y amortización del vehículo, no tiene otra consecuencia que no se considere tal parte de la compensación como salario, sino como gasto de la empresa suplido por el trabajador, como previene el artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores. 2. La ajenidad es también patente, el trabajador no asume los riesgos ni los beneficios del contrato de transporte existente entre la empresa y el cliente, no interviene en la fijación del precio del mismo, ni su retribución depende de su resultado; se limita fundamentalmente a aportar su actividad y a percibir la retribución que por ella le corresponde, que devenga por el hecho de realizarla. El que responda, no de los riesgos del transporte, sino de los perjuicios causados por su negligencia, no es más que una consecuencia del incumplimiento del deber que impone el artículo 5.a) del Estatuto de los Trabajadores; deriva de las normas generales del derecho de obligaciones, artículo 1.101 del Código Civil. 3- La dependencia, aparte de su exteriorización en ese llevar en la ropa y en el vehículo el nombre de la empresa, se manifiesta también, en la necesidad de llamar diariamente a la misma, bajo penalización de no hacerlo, para recibir las órdenes de trabajo del día, respecto de las que asume la obligación de realizarlas sin demora ni entorpecimiento alguno; no tiene trascendencia a estos efectos el que el trabajador no esté sometido a un régimen de jornada y horario riguroso. La no asistencia de los actores al trabajo en todos los días laborables es un mero efecto de la configuración que la empresa pretende dar al contrato para eludir la calificación de laboral, y no constituye un dato esencial para determinar su verdadera naturaleza, pues ese comportamiento empresarial, impide conocer las causas de la inasistencia, que en un contrato de trabajo debidamente regularizado se puede producir por motivos tan justificados como permisos, licencias, vacaciones, enfermedad o, incluso períodos intermedios de inactividad laboral en contratos discontinuos o a tiempo parcial. Por otra parte la posibilidad de compatibilizar el trabajo en otras empresas es algo que, debidamente autorizado, no desnaturaliza el contrato, según cabe deducir de los artículos 5.d) y 21.1 del Estatuto de los Trabajadores. 4. El carácter personal de la prestación concurre también en el supuesto debatido en cuanto a los demandantes. En este punto lo que reconoce la empresa al mensajero es una posibilidad de sustitución que no ha tenido virtualidad en la ejecución del contrato, pues el trabajo lo han realizado siempre los demandantes de modo directo y personal, por lo que tal posibilidad, la de realizar el servicio por medio de otras personas, más parece una cláusula destinada a desfigurar la verdadera naturaleza laboral del contrato, que un pacto trascendente a la realidad del servicio, sin duda por no obedecer, por razones obvias, al interés de los trabajadores, ni al de la empresa que demanda también una cierta regularidad en la ejecución del servicio».

45. Sentenza del Tribunal Constitucional n. 227/1998 cit.

slativa delle frontiere di applicazione del diritto del lavoro e della tendenza ad irrigidire i criteri di qualificazione della subordinazione. Infatti, la nuova lett. g) dell'art. 1 ET afferma che l'esclusione riguarda "en general", «todo trabajo que se efectúe en desarrollo de actividad distinta de la que define el apartado 1 de este artículo» (46). In altre parole, il Legislatore statuario, dopo aver indicato i caratteri tipici della subordinazione, i rapporti rientranti nell'ambito delle relazioni di lavoro speciali ed i rapporti esclusi dall'ambito di applicazione delle tutele garantite dal diritto del lavoro, ribadisce che, in via generale, qualunque altra relazione che non presenti i connotati essenziali della subordinazione di cui al comma 1 del medesimo articolo, dovrà considerarsi esclusa dall'applicazione della disciplina statutaria.

Una parte della dottrina si è in seguito orientata ad interpretarlo come una ulteriore conferma della oramai scarsa rilevanza pratica del riconoscimento della presunzione di subordinazione regolata all'art. 8, comma 1 ET. In particolare, si sostiene che l'interpretazione sistematica di entrambi i precetti porterebbe a confermare il recupero da parte della disciplina del proprio originario ambito di applicazione, «dejando de ser el contrato laboral "el prototipo de acuerdo para el intercambio de servicio"» (47) e arginando «la tradicional y desmesurada tendencia expansiva del Derecho Laboral» (48).

La riconduzione della tecnica qualificatoria alla necessaria, previa, nonché rigorosa verifica della sussistenza di tutti gli elementi tipici della subordinazione, unita all'affermazione della non riconducibilità nell'area del diritto del lavoro di tutti quei rapporti che non presentino quegli stessi elementi tipici, porterebbe insomma secondo questa dottrina a riconoscere «la virtualidad del art. 8.1 ET ..., como reductor del carácter pro operario del proceso laboral en lo relativo a la prueba de existencia del contrato de trabajo».

46. Così prosegue: «A tales efectos se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador».

47. Cfr. AA.VV., *La estructura del contrato de trabajo*, 228 (1997).

48. AA.VV., *La estructura del contrato de trabajo* 229-30, op. cit.; MIGUEL RODRIGUEZ-PINERO ROYO, *La presunción de existencia del contrato de trabajo* 230 (1995) a parere del quale, in questo modo, «el legislador recupera el control del ámbito de regulación de su propia normativa, determinándolo estrictamente sobre la base de una definición legal, bien estructurada y sin posibilidad de ampliaciones a costa de supuestos no claramente laborales».

20.4.4. *Lo Statuto sul lavoro autonomo e l'introduzione della nuova figura del lavoratore autonomo economicamente dipendente.*

La nuova propensione a delimitare il campo di applicazione della disciplina protettiva del diritto del lavoro e ad irrigidire i criteri di qualificazione della subordinazione segnalata dall'intervento legislativo riformatore del 1994 ha trovato una ulteriore e rilevante conferma nella recente legge spagnola sul lavoro autonomo.

L'*Estatuto del trabajo autónomo*, legge 11 luglio 2007, n. 20, ha ulteriormente circoscritto l'ambito di applicazione del diritto del lavoro in Spagna in quanto ha introdotto una nuova figura di lavoratore autonomo denominato "Lavoratore Autonomo Economicamente Dipendente" (TAED), che è confluito nel regime generale di protezione sociale di tutti i lavoratori autonomi.

Con questo intervento legislativo, da un lato, si è inteso raccogliere in un unico testo organico le diverse disposizioni normative che in precedenza regolavano quasi tre milioni di lavoratori autonomi spagnoli, esclusi dall'ambito di applicazione dello Statuto dei Lavoratori (ET); dall'altro sono state introdotte delle nuove regole (49).

L'art. 1 afferma che la legge 20/2007 si applica a «las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena», vale a dire alle persone fisiche che realizzino in forma regolare, personale, diretta, per proprio conto e fuori dell'ambito di direzione ed organizzazione di un'altra persona, un'attività economica o professionale a scopo lucrativo, che diano o meno occupazione a lavoratori per conto altrui (subordinati). Sono invece esclusi, ai sensi dell'art. 2: i rapporti di lavoro per conto altrui ex art. 1, 1° comma, del testo riformato dello Statuto dei lavoratori, i membri di consigli o organi di amministrazione di società, i rapporti di lavoro speciale ex art. 2 del medesimo Statuto (50).

49. È stata prevista, ad esempio, la definizione di Accordi di Interesse Professionale (*Acuerdos de Interés Profesional*) molto simili a dei veri e propri contratti collettivi. Per una commento alla legge: cfr., JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ, *El Estatuto del Trabajo Autónomo en España: ¿Una legalización del fraude?*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 25/2008 149 ss.

50. L. 20/2007, art. 2: «a) Las relaciones de trabajo por cuenta ajena a que se refiere el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. b) La actividad que se limita pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.3.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los

Insieme ai lavoratori autonomi in “senso classico” (titolari di imprese commerciali, agricoltori e professionisti), sono ricompresi nell’art. 1, 2° comma della legge 20/2007 altre figure eterogenee come quella del lavoratore autonomo economicamente dipendente (*trabajador autónomo económicamente dependiente*), gli imprenditori che si trovano in una fase iniziale della loro attività economica o professionale, i soci lavoratori di cooperativa o di società di lavoro, gli amministratori di società commerciali, ed altri che, in molti casi, trovavano la loro regolamentazione nei codici spagnoli di diritto civile o commerciale (51). Questa categoria eterogenea può, in generale, essere suddivisa in tre sottocategorie: quella dei lavoratori autonomi senza lavoratori al loro servizio, quella dei lavoratori autonomi o piccoli imprenditori con uno o più lavoratori al loro servizio, ed i lavoratori autonomi che lavorano per conto altrui e che la legge definisce lavoratori autonomi economicamente dipendenti (TAED) (52).

Al Capitolo III, art. 11 (53), la Legge 20/2007 qualifica tali lavoratori

Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. c) Las relaciones laborales de carácter especial a las que se refiere el artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo y disposiciones complementarias».

51. L. 20/2007, Título I, art. 1, 2° comma: «Se declaran expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, siempre que cumplan los requisitos a los que se refiere el apartado anterior: a) Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias. b) Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común. c) Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. d) Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el Capítulo III del Título II de la presente Ley. e) Cualquier otra persona que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 1.1 de la presente Ley».

52. È stato osservato che risulta molto difficile trovare ragioni giuridiche valide per giustificare come gli eterogenei interessi di queste tre categorie possono essere regolati da una stessa norma giuridica: cfr., JOAQUÍN GARCIA MURCIA, *Trabajo autónomo*, in *El Trabajo Autónomo y otras Formas de Trabajo No Asalariado* (dir.) 21-24 (2007); JUAN LOPEZ GANDIA, *Contrato de trabajo y figuras afines* (1999); ALEJANDRA SELMA PENALVA, *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española* (2007); JESUS CRUZ VILLALON, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, in AA.VV., *Homenaje al prof. Cabrera Bazán* (1999).

53. L. 20/2007, art. 11: «Concepto y ámbito subjetivo. 1. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley

autonomi economicamente dipendenti come quei lavoratori esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 1, 1° comma ET che realizzano un'attività economica o professionale a scopo di lucro e in forma abituale, personale, diretta e prevalente a favore di una persona fisica o giuridica, denominata cliente, dal quale dipendono economicamente in quanto percepiscono da lui, almeno, il 75 per cento delle loro entrate per redditi da lavoro e da attività economiche o professionali.

L'attività economica o professionale del lavoratore autonomo economicamente dipendente deve anche presentare, congiuntamente, alcune condizioni necessarie al fine della loro inclusione in questa specifica tipologia di lavoro autonomo: a) Non avere a suo carico lavoratori per conto altrui, né contrattare o subappaltare parte o tutta l'attività a terzi, tanto rispetto all'attività contrattata col cliente da cui dipende economicamente che dalle attività che possa contrattare con altri clienti; b) Non eseguire la sua attività in modo indifferenziato rispetto ai lavoratori che prestano servizi secondo qualunque modalità contrattuale lavorativa per conto del cliente. c) Disporre di infrastrutture produttive e materiali proprie, necessarie per l'esercizio dell'attività ed indipendenti da quelli del suo cliente, quando in detta attività

son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales. 2. Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, éste deberá reunir simultáneamente las siguientes condiciones: a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes. b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente. c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente. d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente. e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla. 3. Los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público y los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho no tendrán en ningún caso la consideración de trabajadores autónomos económicamente dependientes».

queste siano economicamente rilevanti. d) Sviluppare la sua attività con criteri organizzativi propri, senza subire condizionamenti tecnici da parte del suo cliente. e) Percepire una controprestazione economica in funzione del risultato della sua attività, in accordo con quanto pattuito col cliente ed assumendosene i rischi.

Non saranno, invece, in nessun caso, considerati lavoratori autonomi economicamente dipendenti: i titolari di stabilimenti, locali commerciali, industriali, uffici, uffici aperti al pubblico ed i professionisti che esercitino congiuntamente la loro professione con altri, in regime societario o sotto qualunque altra forma giuridica ammessa dalla legge (54).

Da parte sua, l'art. 3, 3° comma, della legge 20/2007, con ulteriore, quanto pleonastica, precisazione, esclude la possibilità che la normativa dei rapporti di lavoro subordinati, eccetto quei casi in cui vi sia un espresso precetto legale, possa essere applicata al lavoro realizzato per proprio conto.

Questa precisazione è evidentemente indicativa della *ratio* sottesa a questo provvedimento legislativo, il quale ha inteso limitare ulteriormente l'area garantita dalle norme del diritto del lavoro, attraverso un intervento restrittivo nei confronti dell'ambito di applicazione della fattispecie del lavoro subordinato.

20.5. La qualificazione del rapporto di lavoro in Italia

20.5.1. La subordinazione e i metodi giurisprudenziali di qualificazione del rapporto

La distinzione fra rapporto di lavoro autonomo e subordinato ha costituito fertile terreno di dibattito in dottrina e giurisprudenza anche in Italia.

Il referente normativo è l'art. 2094 c.c. ai sensi del quale: «È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore».

La disputa si è in particolare incentrata sulle tecniche per la qualificazione del rapporto di lavoro, le quali seguono un procedimento diverso a seconda del metodo utilizzato.

54. L'articolo 3 Legge 20/2007 stabilisce che il regime giuridico del lavoratore autonomo sarà gerarchicamente regolato dalla Legge speciale, dalle norme del diritto civile e commerciale, dal contratto individuale di lavoro, dagli usi ed abitudini locali e professionali. A parere di alcuni autori questa combinazione di norme di distinti ambiti esporrà a problemi di incertezza giuridica evidenti: cfr., JOSÉ LUJAN ALCARAZ, *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio* 59 ss. (2007); JOAQUÍN GARCÍA MURCIA, *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al profesor Martín Valverde* 19 ss. (2007); JESÚS CRUZ VILLALÓN, *Propuestas para una regulación del trabajo autónomo* 73 9 ss. (2005).

Il metodo c.d. tipologico di qualificazione per approssimazione considera sufficiente una coincidenza parziale fra fattispecie concreta e fattispecie generale astratta, di cui all'art. 2094 c.c. it. (55), favorendo una sostanziale dilatazione della nozione di subordinazione (56).

55. Il metodo tipologico c.d. classico propone di sostituire il concetto generale e astratto con il tipo e di abbracciare un procedimento intuitivo che procede per approssimazione dalla situazione concreta al modello di riferimento sotteso alla figura legale (il tipo normativo). Per risolvere gli inconvenienti derivanti da una visione statica del fenomeno e dalla mancanza di individuazione di criteri oggettivi di valutazione del diverso peso delle distinte caratteristiche prese in considerazione, il metodo tipologico c.d. funzionale propone invece di leggere il tipo secondo una lettura funzionale, in modo tale da realizzare una «figura capace di esprimere in modo unitario una realtà complessa, in virtù delle relazioni fondamentali (funzioni) intercorrenti tra i vari elementi che la compongono»: LUCA NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro 200 e ss. (1990). In definitiva, secondo questa diversa prospettiva, occorre ricercare lo specifico ruolo che i singoli elementi che compongono il tipo, nelle loro correlazioni, assolvono in rapporto alla funzione, con conseguente sostituzione del principio di equivalenza a quello di identità, del giudizio sintetico a quello analitico. Per le nozioni generali, GIORGIO DE NOVA, *Il tipo contrattuale* (1974). Per l'applicazione del metodo tipologico al diritto del lavoro, LUCIANO SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, 142 e ss. (1967); PAOLO TOSI, *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, 172 e ss. (1974); LUIGI MARIUCCI, *Lavoro decentrato* 84 e ss. (1979), MARCELLO PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione* 307 e ss. (1985). Per una critica serrata al metodo tipologico nel diritto del lavoro, tra gli altri, LUIGI MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro 5 e ss. (1986); MARIA V. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, 161 e ss. (1987). Più recentemente, GIUSEPPE PELLARCANI, *Autonomia individuale e rapporto di lavoro* spec. cap. III. (2002); GIANCARLO PERONE, *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, in GIANCARLO PERONE & ANTONIO VALLEBONA, (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro* 410 e ss. (2004). Valuta positivamente le possibilità di aggiornamento del concetto giuridico di subordinazione grazie agli apporti derivanti dalla realtà sociale, possibile con l'utilizzo del metodo tipologico, MASSIMO D'ANTONA, *I limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in BRUNO CARUSO & SILVANA SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere* III 207 e ss. (2000). Tentano invece di stemperare la contrapposizione, FRANCO CARINCI, *Discutono il tema*, in AA.VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Atti del Convegno svoltosi a Roma il 27 maggio 1996, 138 e ss. (1997); MASSIMO ROCCELLA, *Intervento*, in *Il lavoro e i lavori* 26 e ss. (1989); Edoardo Ghera, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in DOMENICO GAROFALO & MAURIZIO RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro* 335-36 (2006).

56. Le critiche dottrinali al metodo tipologico si sono intrecciate con l'esigenza di porre freno alla tendenza di un orientamento giurisprudenziale ad estendere l'applicazione del diritto del lavoro. In tal senso, MARCELLO PEDRAZZOLI, *Flessibilità e subordinazione: pluralità di fattispecie o di tutele?*, Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali

Di converso, il recente recupero del metodo del sillogismo giuridico, con sussunzione per identità della fattispecie concreta in quella astratta e con conseguente controllo giudiziale non sull'accertamento degli elementi di fatto, bensì sull'individuazione dello schema normativo al quale ricondurre le circostanze accertate, ha implicato, invece, una valutazione più rigida dei presupposti qualificatori, e dunque una contrazione della tendenza espansiva delle confini del diritto del lavoro (57).

21, 56 (1998); LUIGI MENGHINI, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali, 21, 170 e ss. (1998). Per la giurisprudenza, Cass. 20 aprile 1983, n. 2728, 1984; Cass. 17 novembre 1984, n. 5888, 1984; Cass. 14 maggio 1985, n. 3011, 1985; Cass. 3 aprile 1990, n. 2680. Ma anche recentemente, Cass. 7 ottobre 2004, n. 20002, 2005. Per l'orientamento invalso nella giurisprudenza anteriore, Cass. 2 agosto 1956, n. 3036, Cass. 20 settembre 1963, n. 2583, 1963; Cass. 25 maggio 1976, n. 1885, 1977.

57. Cass. 14.12.1996, n. 11178, 1997, suppl., 15; Cass. 3.6.1998, n. 5464, 1998. Cfr. GINO GIUGNI, *Il diritto del negli anni '80*, Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali, 1982, pp. 375; MASSIMO D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro* 67 e ss., op. cit. che intravede nella sentenza 115/1994 della Corte Costituzionale l'affermazione della necessità di una sostanziale coincidenza tra significato c.d. classificatorio della subordinazione e significato assiologico della stessa che «situa il cittadino nella sfera sociale e situandolo lo rende destinatario del bilanciamento sotteso alla Costituzione economica»; coincidenza che renderebbe vana qualunque ricerca di una volontà contrattuale delle parti. Più in generale, l'orientamento restrittivo accennato nel testo, è stato di recente messo in discussione dallo sviluppo di un filone giurisprudenziale teso a riconsiderare i criteri di qualificazione del rapporto in relazione con i mutamenti nelle forme di organizzazione del lavoro e della produzione; mutamenti che implicano una sostanziale attenuazione della rilevanza di un'eterodirezione concepita in termini rigidi e gerarchici ed, in ogni caso, commisurata alla natura delle prestazioni dedotte in contratto ed al ruolo del prestatore all'interno dell'impresa. Si veda in tal senso, Cass. 15 novembre 1999, n. 12634; Cass. 2 luglio 2001, n. 9167, 2002; Cass. 26 febbraio 2002, n. 2842, 2002; Cass. 27 novembre 2002, n. 16805, 2003; Trib. Firenze, 14 aprile 2003, 2003; Cass. 21 maggio 2003, n. 4770, 2003; Cass. 20 giugno 2003, n. 9900; Cass. 27 ottobre 2003, n. 16119; Cass. 11 settembre 2003, n. 13375, 2003; Cass. 29 marzo 2004, n. 6224, 2004; Cass. 9 aprile 2004, n. 6983, 2004; Cass. 5 maggio 2004, n. 8569, Cass. 23 luglio 2004, n. 13872; Cass. 25 ottobre 2004, n. 20669; Cass. 9 ottobre 2006, n. 21646. Sembra che soprattutto l'ultima delle sentenze citate, sia propensa a valorizzare, in sede di qualificazione del rapporto di lavoro, il profilo della dipendenza socio-economica del lavoro come conseguenza dell'alienità dei mezzi di produzione e del risultato utile della prestazione (ma già, in questo senso, sentenza 12 febbraio 1996, n. 30). Sul punto MASSIMO ROCCELLA, *Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del sig. B* 2 131 e ss. (2007). Sulla necessità della configurazione di una nozione di subordinazione "attenuata" ovvero non rigidamente vincolata ad una nozione rigida ed astratta di eterodirezione, in dottrina, RAFFAELE DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, Argomenti di Diritto del Lavoro 471 e ss.

Se, come è stato osservato, fino agli inizi degli anni ottanta, la giurisprudenza, sottoposta alle forti pressioni provenienti dal contesto sociale, nei casi dubbi, ha fatto operare una sorta di presunzione (impropria) di ricorrenza di lavoro subordinato, sostanzialmente prescindendo dalle eventuali difformi dichiarazioni delle parti negoziali (58), a partire dalla seconda metà di quel decennio ha, invece, sempre più criticato l'utilità e la legittimità di tale procedimento (59). Dalla presunzione della natura subordinata del rapporto si è giunti ad affermare il principio opposto secondo il quale, qualora le parti abbiano optato per un contratto autonomo, l'inquadramento del rapporto di lavoro all'interno della subordinazione può avvenire solo ove si provi inequivocabilmente la sussistenza dell'elemento dell'eterodirezione (60), cui, tuttavia, può affiancarsi

(2005); EDOARDO GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in MARIO G. GAROFALO & MAURIZIO RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, spec. pp. 331 e ss. (2006). Si tratta di una tendenza alla flessibilizzazione della nozione di subordinazione che caratterizza anche le più recenti interpretazioni della giurisprudenza spagnola. A tal proposito, la dettagliata ricostruzione di ALEJANDRA SELMA PENALVA, *Los Límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, cit., spec. pp. 65 ss. che sottolinea l'emersione, nella giurisprudenza più recente, del concetto di "integración productiva" come criterio per la definizione di una nozione aggiornata di subordinazione, valida cioè anche per il caso di manifestazioni attenuate del potere imprenditoriale.

58. Parla a tal proposito di *favor iuris* nei confronti della classificazione del rapporto di lavoro nella categoria della subordinazione piuttosto che in quella dell'autonomia, PIETRO ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro* 38 (1989). Per questa giurisprudenza, Cass. 20 dicembre 1966, n. 2956, 1968, II, p. 106; Cass. 19 gennaio 1979, n. 425, 1979, p. 268; Cass. 8 giugno 1979, n. 3282, 1979, p. 501; Cass. 24 aprile 1980, n. 2730, 1980, p. 268; Cass. 8 gennaio 1980, n. 145, 1980, p. 274; Cass. 29 novembre 1985, n. 5977, 1985, p. 697 nella quale ultima, esplicitamente, si sostiene che, nel dubbio, la subordinazione va affermata in virtù del principio del *favor laboratoris*. Ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come subordinato o autonomo, la rilevanza della qualificazione data dalle parti al rapporto è quella di una presunzione semplice di adeguamento delle parti alla volontà contrattuale, che può essere vinta, in presenza di un contratto qualificato come di lavoro autonomo, anche da opposte presunzioni tratte da elementi indicanti l'assoggettamento del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro, caratteristico della subordinazione.

59. Si veda, LUIGI MENGHINI, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, cit., e la giurisprudenza ivi richiamata (spec. nota 38). Appare significativo ricordare che nella Raccomandazione n. 198 del 16 giugno 2006, l'OIL invita gli Stati membri a consacrare, nei rispettivi ordinamenti, l'operatività di una vera e propria presunzione legale di esistenza di un contratto/rapporto di lavoro subordinato in tutti i casi in cui ricorrano uno o più indizi in tal senso (parte II, punto II).

60. Cass. 22 novembre 1999, n. 12926, 2000, I, p. 74; Cass. 28 luglio 1999, n. 8187, 2000, II, p. 280 con nota di Pisani; Cass. 29 maggio 1996, n. 4948, 1996, p. 3338; Corte d'Appello di Roma, 23 agosto 2005, 2006, p. 709. Per una ricostruzione in chiave comparata del

una posizione di minore o maggiore autonomia del lavoratore, a seconda del contenuto della prestazione (61). Tale eterodirezione consiste nella sottoposizione del prestatore di lavoro alle direttive del datore di lavoro cui spetta di determinare le modalità di esplicazione dell'attività lavorativa.

In questo contesto ha trovato una progressiva e sempre maggiore attenzione in dottrina (62) e nella giurisprudenza (63), il *nomen iuris* dato dalle parti al contratto originariamente stipulato anche se alla luce del discusso criterio, sancito dalla Corte Costituzionale, dell'indisponibilità della fattispecie in base al quale conta il "contenuto concreto del rapporto e le sue

fenomeno della contrazione delle frontiere del diritto del lavoro via inversione dell'operatività della presunzione (che diventa di non subordinazione).

61. Cass. 8.10.1981, n. 5290, 1981, voce Lavoro (rapporto), 260; Cass. 1.3.1984, n. 1457/1985, I, 1486; Cass. 3.6.1985, n. 3310, GC, 1985, Cass. 25.2.1987, n. 1714, 1989; Cass. 13.7.1988, n. 4150, 1989; Cass. 17.4.1990, n. 3170, 1990; Cass. 10.7.1991, n. 7608; Cass. 1.8.12.1992, n. 13401; Cass. 25.1.1993, n. 811, 1993; Cass. 1.2.1993, n. 1182, 1993; Cass. 14.7.1993, n. 7796, 1994; Cass. 11.8.1994, n. 7374, 1995; Cass. 26.10.1994, n. 8804, 1995; Cass. 17.11.1994, n. 9718, 1995, suppl. 5; Cass. 20.2.1995, n. 1827; Cass. 14.12.1996, n. 11178, 1997; Cass. 18.12.1996, n. 11329; Cass. 30.10.1997, n. 10704, 1997; Cass. 4.3.1998, n. 2370, ivi, 1998; Cass. 3.6.1998, n. 5464, ivi, 580; Cass. 16.4.1999, n. 3822 e Cass. 18.5.1999, n. 4816, 1999, n. 26, 23; Cass. 28.7.1999, n. 8187, 2000; Cass. 22.11.1999, n. 12926, 2000; Cass. 11.9.2000, n. 11936, 2000; Cass. 9.10.2000, n. 13440, 2000; Cass. 21.11.2000, n. 15001, 2001.

62. PIETRO ICHINO, *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro II 76 e ss. (1987); ID., *La rilevanza della volontà negoziale ai fini della qualificazione del contratto*, Quad. Rivista Italiana di Diritto del Lavoro I 35 (1989); ID., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit.; il quale sostiene che è il regolamento voluto dalle parti nel contratto che ne determina la riconduzione ad un tipo ad un altro e dunque che decide la disciplina applicabile. ROBERTO PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato* (1989), che invece tenta di dimostrare come ai fini della qualificazione del rapporto si debba tenere in considerazione anche la controprestazione retributiva dovuta dal datore di lavoro. Cfr. MASSIMO D'ANTONA, *I limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro* 201, op. cit., e GIUSEPPE FERRARO, *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*, WP. C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona", n. 30/2005, pp. 7 e ss. Di fronte ad ipotesi dubbie o di difficile qualificazione, la tendenza è dunque quella ad una ricomparsa del "formalismo" in funzione del recupero della certezza del diritto: cfr. MASSIMO D'ANTONA, *Le metamorfosi della subordinazione*, ora in BRUNO CARUSO & SILVANA SCIARRA, (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere* III 1272 e ss. (2000).

63. In diverse pronunce si afferma la irrilevanza del *nomen iuris* rispetto alle effettive modalità di svolgimento del rapporto, cfr. tra le altre: Cass. 22.6.1965, n. 1311, 1965, 269; Cass. 20.12.1966, n. 2957, 1967; Cass. 4.12.1969, n. 3867, 1970; Cass. 15.5.1971, n. 1432, 1971; Cass. 17.5.1974, n. 1489, 1975; Cass. 25.1.1975, n. 297, 1975, 777; Cass. 25.5.1976, n. 1885, 1977; Cass., 14.6.1979, n. 3353, 1980; Cass. 20.6.1997, n. 5520, 1997; Cass. 4.3.1998, n. 2370, 1998; Cass. 7.4.1998, n. 3603; Cass. 16.4.1999, n. 3822, 1999.

effettive modalità di svolgimento, eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni concordate dalle parti e con il *nomen iuris* da loro prescelto” (64).

È ormai orientamento consolidato quello che considera rilevante la volontà delle parti, nella determinazione del tipo contrattuale (65), fino a quando non sia comprovata una discrasia tra quanto contenuto nelle dichiarazioni negoziali e l'esecuzione del rapporto di lavoro (66), dovendosi però attingere alla qualificazione dichiarata nel contratto sottoscritto almeno nei casi dubbi (67).

64. Corte cost. 31 marzo 1994, n. 115, in 1994, I, 2657 1995, II, 234 ss., ma anche la precedente Corte cost. n. 121/1993, in 1993, I, 2432. Ma, in senso parzialmente diverso, Corte cost. 12 febbraio 1996, n. 30, 1996, 105 ss. Secondo Pedrazzoli la Corte costituzionale nella sentenza n. 115, non avrebbe in realtà inteso impedire al futuro legislatore diverse configurazioni o delimitazioni della fattispecie, cfr. MARCELLO PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali 27-28 (1998).

65. La qualificazione delle parti diviene poi decisiva qualora sia difficile desumerla a causa di una ambiguità fattuale: cfr. Cass. 29 aprile 2003, n. 6673, 2003, 695.

66. Cass. 14.12.1982, n. 6610, 1982, 1941; Cass. 24.1.1987, n. 685, 1988; Cass. 25.2.1987, n. 1714, 1989; Cass. 17.4.1990, n. 3170, 1990; Cass. 14.4.1994, n. 3497, 1994; Cass. 11.8.1994, n. 7374, 1995; Cass. 17.11.1994, n. 9718, 1995; Cass. 29.5.1996, n. 4948, 1996; Cass. 20.6.1997, n. 5520, 1997; Cass. 22.8.1997, n. 7885, ivi, 561 1998; Cass. 30.10.1997, n. 10704, 1998, suppl. 5; Cass. 28.7.1999, n. 8187, 2000; Cass. 22.11.1999, n. 12926, 2000; Cass. 6.4.2000, n. 4308, MGL, 2000; Cass. 6.4.2000, n. 4308, 2000.

67. Sul rilievo del *nomen iuris* dato dalle parti, specie se il lavoratore non è contrattualmente debole, cfr. Cass. 17.4.1990, n. 3170, 1990, voce Lavoro (rapporto), 420; Cass. 14.7.1993, n. 7796, 1994, II, 317; Cass. 28.7.1999, n. 8187, 2000, II, 280. In realtà, non si tratta quindi di dare rilievo al *nomen iuris*, inteso come *autoqualificazione* del rapporto operata dalle parti, bensì al complesso delle dichiarazioni negoziali contenute nel contratto di lavoro che indicano la struttura della obbligazione lavorativa. Per la giurisprudenza, Cass. 3 giugno 1985, n. 3310, 1985; Cass. 17 febbraio 1987, n. 1714; Cass. 10 settembre 1988, n. 5158, 1988; Cass. 8 ottobre 1988, n. 5437, 1988; Cass. 29 novembre 1988, n. 6439, 1988; Cass. 5 dicembre 1988, n. 6616; Cass. 3 aprile 1990, n. 2680, 1990; Cass. 8 marzo 1995, n. 2690, 1995; Cass. 29 maggio 1996, n. 4948 secondo la quale: «Il principio per cui ai fini della distinzione tra rapporto di lavoro autonomo e subordinato, è necessario avere riguardo all'effettivo contenuto del rapporto stesso, indipendentemente dal *nomen iuris* usato dalle parti, non implica che la loro dichiarazione di volontà in ordine alla fissazione di tale contenuto debba essere stralciata nell'interpretazione del contratto e che non debba tenersi conto del relativo affidamento reciproco delle parti, costituendo per contro tale dichiarazione, anche in relazione al suddetto affidamento, in presenza di modalità esecutiva non incompatibili con l'espletamento in forma autonoma della prestazione di lavoro, un elemento di carattere fondamentale e prioritario, per risolvere le situazioni di ambiguità fattuale». Si è sostenuto, in altre occasioni, che il *nomen iuris* non solo debba essere ritenuto decisivo nei casi nei quali l'effettiva intenzione delle parti risulta incerta, ma debba risultare determinante anche

20.5.2. *L'eterodirezione e la sussidiarietà degli altri indici della subordinazione*

L'orientamento oramai prevalente, ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come subordinato, oppure come autonomo, fa perciò riferimento, oltreché all'atteggiarsi della volontà delle parti nel momento costitutivo dello stesso, soprattutto al momento attuativo del rapporto, sicché, laddove esse abbiano dichiarato di voler escludere la subordinazione, è possibile pervenire ad una diversa qualificazione se si dimostra che la subordinazione si è di fatto realizzata, in fase di esecuzione, con l'assoggettamento del lavoratore al potere del datore di lavoro di disporre della prestazione e controllarne intrinsecamente lo svolgimento, restando altrimenti esclusa l'utilizzabilità, ai fini dell'affermazione della natura subordinata dell'attività, di elementi compatibili con l'uno o con l'altro tipo di rapporto, quali la continuità della prestazione, la retribuzione fissa, l'orario predeterminato, le direttive ed i controlli sull'esecuzione, l'inesistenza di un'organizzazione imprenditoriale in capo al lavoratore, il rischio (68); indici che possono solo concorrere in via indiziaria al convincimento del giudice (69).

Al riguardo vale la pena ricordare le sentenze della S.C. di Cassazione n. 7608/1991 (70) e n. 811/1993 (71) che, in un caso di specie simile a quello dei c.d.

nell'ipotesi in cui non si raggiunga la prova degli elementi di fatto da cui dedurre la subordinazione. Cass. 7 febbraio 1992, n. 4220, 1993, II, p. 258; Cass. 20 febbraio 1993, n. 2048, in 1993, II, p. 551. Sulla tendenza della giurisprudenza alla rivalutazione del ruolo del *nomen iuris*, FIORELLA LUNARDON, *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali 403 e ss. (1990); LUCA NOGLER, *Ancora su tipo e rapporto di lavoro nell'impresa*, Argomenti di Diritto del Lavoro 109 e ss. (2002). La volontà delle parti veniva dunque rivalutata soprattutto sul piano probatorio. In tal senso, LUIGI MENGHINI, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza* 166, op. cit.; MARIA E. CASAS BAAMONDE, *Las transformaciones del derecho del trabajo y el futuro del derecho del trabajo*, in AA.VV., *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar* 193 e ss. (2000). Per una critica a tale tendenza, MASSIMO D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro* 141, op. cit. Anche l'OIL nella Raccomandazione n. 198/2006 invita gli Stati membri a dare prevalenza, ai fini della qualificazione del rapporto come autonomo o subordinato, all'indagine delle forme concrete con le quali l'attività è stata posta in essere (punto 9).

68. Cfr. Cass. 4.8.1995, n. 8565 in una fattispecie relativa ad attività di pulizia nei locali di un'impresa.

69. Cass. 8.10.1981, n. 5290, 1981; Cass. 3 giugno 1985, n. 3310, 1985; Cass. 25.2.1987, n. 1714, 1989; Cass. 13.7.1988, n. 4150; Cass. 17.4.1990, n. 3170, 1990; Cass. 9.11.1992, n. 1206, 1993; Cass. 1.2.1993, n. 1182, 1993; Cass. 18.12.1996, n. 11329, 1997; Cass. 4.3.1998, n. 2370; Cass. 3.6.1998, n. 5464, ivi, 580; Cass. 16.4.1999, n. 3822 e Cass. 18.5.1999, n. 4816, 1999; Cass. 28.7.1999, n. 8187, 2000; Cass. 11.9.2000, n. 11936, 2000; Cass. 9.10.2000, n. 13440, 2000; Cass. 21.11.2000 n. 15001, 2001.

70. Cass. 10.7.1991, n. 7608; Cass. 10 luglio 1990, n. 7608; Cass. 10 luglio 1991, n. 7608. Per un riepilogo della questione, LORENZO GAETA & PAOLA TESAURO, *Il rapporto di lavoro:*

“mensajeros” spagnoli, in merito alla qualificazione giuridica e alla natura delle prestazioni dei c.d. “pony express”, persone addette al trasporto urbano di plichi per conto di agenzie di recapito veloce con l’ausilio di ciclomotori di proprietà del lavoratore, non ha riconosciuto, all’esito di una complessa vicenda giurisprudenziale, come subordinate le prestazioni stesse in quanto, benché l’attività lavorativa venisse coordinata e diretta via radio dall’azienda committente, era tuttavia pattuita la facoltà, incompatibile a parere dell’organo giudicante con la posizione tipica assunta dal lavoratore subordinato, di non rispondere alla chiamata. A differenza di quanto avveniva in Spagna con i “mensajeros”, la loro riconosciuta facoltà di non rispondere alla chiamata costituiva, a parere dei giudici, indice sufficiente della riconosciuta possibilità di autodeterminare la propria attività lavorativa e perciò dell’assenza dell’elemento ritenuto essenziale ai fini della qualificazione come subordinata della prestazione.

Nella sentenza n. 7608/1991 la Corte ha infatti ritenuto l’insussistenza “di un potere gerarchico di fronte alla manifestata volontà delle parti...secondo cui la effettuazione della prestazione poteva essere non resa secondo l’apprezzamento del soggetto che doveva renderla e ciò senza che, sul piano dei rapporti interni, derivasse conseguenza alcuna e diversa della mancata corresponsione del compenso previsto per la singola prestazione”. In altre parole: “la configurabilità della eterodirezione contrasta con l’assunto secondo cui la parte che deve rendere la prestazione può, a suo libito, interrompere il tramite attraverso il quale si estrinseca il potere direttivo dell’imprenditore”.

Nella successiva sentenza n. 811/1993 la Suprema Corte ha poi confermato che il carattere distintivo essenziale del rapporto di lavoro subordinato è la subordinazione, intesa come vincolo personale di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro: elemento che sussiste quando, in base alla volontà delle parti, la prestazione lavorativa

subordinazione e costituzione 124 e ss. (1993). Si veda anche, PIETRO ICHINO, *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonomo o subordinata*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro II 26 e ss. (1987), il quale, nel commentare criticamente una sentenza del Pretore di Milano che, al fine di qualificare il rapporto del *pony express* come di lavoro subordinato utilizza esplicitamente tanto il metodo tipologico quanto il riferimento a dati della realtà economico-sociale, ripropone con forza la necessità di un ritorno al metodo sussuntivo che, nel caso di specie, avrebbe condotto alla qualificazione come autonomo dello specifico rapporto di lavoro in commento.

71. Cass. 25.1.1993, n. 811. Nella specie, la decisione dei giudici di merito, confermata dalla Suprema Corte, ha escluso la natura subordinata del rapporto di lavoro di addetti al trasporto urbano di plichi per conto terzi, i quali erano liberi di non accettare l’incarico di recapito trasmesso via radio dalla sede aziendale.

possa essere non effettuata secondo l'apprezzamento del soggetto che deve renderla (72).

20.5.3. Il contratto di lavoro a progetto

Anche recenti interventi legislativi sembrano evidenziare una propensione a delimitare il campo di applicazione della disciplina protettiva giuslavoristica e ad irrigidire i criteri di qualificazione della subordinazione.

Invero, nell'ambito del rilevante dibattito dottrinale circa la messa in crisi della nozione formale della subordinazione (73), ex art. 2094 c.c., quale criterio selettivo che garantisce ai lavoratori l'accesso all'area di protezione del diritto del lavoro, sono stati infatti elaborati negli anni diversi progetti e disegni "formali" di legge, progetti "scientifici" e proposte dottrinali di riforma dell'apparato garantistico del diritto del lavoro nei quali si è tentato di favorire l'estensione di alcune tutele anche ai lavoratori c.d. parasubordinati, in quanto riconosciuti anch'essi contrattualmente deboli, in ragione della posizione di sostanziale inferiorità socio-economica e contrattuale, nonché del coinvolgimento nel rapporto di essenziali valori personali (74).

72. Cfr. Cass. 13.5.2004, n. 9151 in cui la Corte ha riconosciuto la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato per il fatto che la collaboratrice, pur rendendo l'attività anche fuori dai locali dell'impresa, dovesse essere comunque reperibile attraverso il telefono portatile.

73. Per una ricostruzione del dibattito, tra gli altri cfr. MARCELLO PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro* 14 ss., op. cit.; ID., *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali* 509 ss. (1998); ID. (a cura di) *Lavoro subordinato e dintorni* (1989); RAFFAELE DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del "lavoro coordinato"*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro* 41 ss. (1997); RAFFAELE DE LUCA TAMAJO & ROSARIO FLAMMIA & MATTIA PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in *Lavoro* 75 ss. (1996); PIERGIOVANNI ALLEVA, in GIORGIO GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro* 187 (1995); UMBERTO ROMAGNOLI, *Dal lavoro ai lavori*, in *Lavoro e Diritto* 13 ss. (1997); MARIO RUSCIANO, *Universalità v. specialità degli statuti giuridici del lavoro dipendente*, in *Lavoro e Diritto* 432 ss. (1992); ORONZO MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro* 3 ss., op. cit.; LORENZO GAETA, *Tempo e subordinazione: guida alla lettura dei classici*, in *Lavoro e Diritto* 135 ss. (1998); MARCO BIAGI & MICHELE TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno "Statuto dei lavori"?* 571 ss., op. cit. Per un esame comparato sull'argomento: cfr. ADALBERTO PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica oggi*, in *Rivista di Giurisprudenza del Lavoro* 4 221 ss. (2002).

74. Per una ricostruzione analitica dei progetti di legge si rinvia tra gli altri a: MARCELLO PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*

I lavoratori parasubordinati sono una categoria eterogenea di lavoratori che svolgono un'attività di collaborazione alle imprese che si concreta in prestazioni di tipo prevalentemente personale, svolte senza vincolo di subordinazione, coordinate e continuative (75).

Tale categoria, che ha usufruito a lungo di una disciplina protettiva modesta (76), è stata presa in considerazione dal Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276 recante "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30", come modificato dal successivo Decreto Legislativo n. 251/2004, che ha introdotto nell'ordinamento italiano il contratto di collaborazione coordinata e continuativa nella modalità c.d. a progetto (77). Tale tipologia contrattuale, la cui disciplina ne

10 ss., op. cit.; MARCO BIAGI & MICHELE TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno "Statuto dei lavori"?* 580 ss., op. cit.

75. Il lavoro parasubordinato è stato così denominato non dal legislatore ma dalla dottrina: cfr. GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato* (1979); MARIA V. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lavoro e Diritto* 1 41 ss. (1987); GIUSEPPE FERRARO, *La flessibilità in entrata alla luce del Libro Bianco sul mercato del lavoro*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro 1 434-435 (2002); GIANCARLO PERONE, *Lineamenti di diritto del lavoro* 37 (1999).

76. I lavoratori autonomi parasubordinati hanno trovato una prima considerazione legislativa nell'art. 2 della legge 14 luglio 1959, n. 741, c.d. "legge Vigorelli", che ha esteso *erga omnes* a questi rapporti minimi inderogabili di trattamento economico e normativo. In seguito l'art. 409, n. 3, cod. proc.civ., come novellato dalla legge n. 533/1973, ha consentito di allargare a questi la disciplina processuale delle controversie individuali di lavoro e quella sostanziale relativa alla invalidità delle rinunzie e transazioni. I successivi interventi di regolazione del fenomeno hanno riguardato ambiti specifici e circoscritti: la legge n. 335/1995, art. 2, comma 26, e la successiva legge n. 662/1996 hanno predisposto una tutela previdenziale attraverso la creazione di una gestione separata presso l'Inps; la legge n. 449/1997, art. 59, comma 16, ha introdotto una disciplina protettiva in tema di maternità e di assegno familiare; l'art. 51 della legge n. 488/1999 una tutela rispetto alla degenza ospedaliera; l'art. 55 della legge n. 144/1999 e l'art. 14, comma 2 del D.lgs n. 38/2000 hanno previsto una copertura assicurativa contro gli infortuni sul lavoro. Per quanto riguarda il regime tributario, i redditi derivanti da «rapporti di collaborazione aventi per oggetto la prestazione di attività svolte senza vincolo di subordinazione a favore di un determinato soggetto nel quadro di un rapporto unitario e continuativo senza impiego di mezzi organizzati e con retribuzione periodica prestabilita», sono stati dapprima compresi tra i redditi da lavoro autonomo (art. 49 D.P.R. n. 917/1986) e poi assimilati a quelli di lavoro dipendente (art. 34, legge n. 342/2000).

77. I riferimenti normativi specifici del contratto di lavoro a progetto sono: art. 4, comma 1 lett. c) legge delega 14 febbraio 2003, n. 30; artt. 61-69 e 86 decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276; artt. 15 e 20, decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251.

regolamenta l'esecuzione, può essere sistematicamente ricondotta nell'ambito del contratto d'opera, di cui agli artt. 2222 ss. c.c. it., quale suo sotto-tipo.

L'area del lavoro a progetto si riferisce ad una varietà di rapporti negoziali (78). Essa è delimitata sia dalle collaborazioni occasionali, escluse dalla specifica categoria per ragioni di carattere quantitativo (durata complessiva non superiore a 30 giorni nel corso dell'anno con lo stesso committente, salvo che il compenso sia superiore a 5000 euro), sia, sul piano soggettivo, attraverso l'esclusione di alcune, non secondarie, categorie di lavoratori: agenti e rappresentanti di commercio; professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali; rapporti e attività di collaborazione coordinata e continuativa rese per fini istituzionali a favore di associazioni e società sportive dilettantistiche; componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e i partecipanti a collegi e commissioni; coloro che percepiscono la pensione di vecchiaia (79), nonché collaboratori delle pubbliche amministrazioni (80).

Il nodo decisamente più problematico della normativa sul lavoro a progetto è risultata, sin dall'inizio, l'interpretazione dell'apparato sanzionatorio previsto per quei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa svolti senza riferimento ad uno specifico progetto, programma o fase di esso.

Secondo l'ipotesi di sanzione prevista dal legislatore all'art. 69, 1° comma, le collaborazioni coordinate e continuative instaurate 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 loro costituzione (81).

78. MICHELE TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto e le collaborazioni occasionali*, in *Guida al lavoro*, inserto 4 108.

79. Devono esservi ricompresi, secondo il chiarimento ministeriale, i soggetti titolari dell'assegno di anzianità o invalidità che abbiano compiuto il 65° anno di età.

80. L'elencazione di tali fattispecie, anche sulla base del tenore letterale della norma, dovrebbe ritenersi tassativa. Tuttavia il Ministero del lavoro, con la circolare n. 1/2004, ha aggiunto fra le esclusioni una nuova fattispecie, non prevista dal decreto, consistente nelle collaborazioni coordinate e continuative rese dagli sportivi il cui rapporto di lavoro è regolamentato dall'art. 3 della legge n. 91/1981, recante la disciplina dei rapporti di lavoro fra società e sportivi professionisti.

81. Il tenore letterale della suddetta disposizione (la norma infatti dice "sono considerati" e non "si presume che siano") ha, però, da subito suscitato perplessità in dottrina e in giurisprudenza perché anche una collaborazione realmente autonoma nelle sue modalità di svolgimento, in caso di mancanza del progetto, potrebbe essere d'autorità trasformata in rapporto di lavoro subordinato sia contro la volontà delle parti, che contro l'evidenza oggettiva delle effettive modalità di svolgimento del rapporto. Il Ministero del

Per questo nella c.d. “circolare di pentimento” (82), circolare 8 gennaio 2004, n. 1, il Ministero del lavoro ha precisato che questa disposizione con-

lavoro è perciò successivamente intervenuto a chiarimento di tale discutibile disposizione che sarebbe stata a rischio di incostituzionalità in quanto contrastante con la c.d. indisponibilità del tipo lavoro subordinato affermata dal giudice delle leggi: Corte cost. 31.3.1994, n. 115, cit. e Corte cost. 29.3.1993, n. 121, cit. Secondo tale principio non è consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporto di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura ove da ciò derivi l'inapplicabilità di norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti posti dalla Costituzione a tutela del lavoratore subordinato. In dottrina, tra gli altri: MASSIMO D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro* in *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali* 456 (1991); ORONZO MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema di diritto del lavoro*, ivi 489 (1991); RENATO SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* I 95 (2001). In tema di lavoro a progetto, cfr., ANTONIO VALLEBONA, *La riforma dei lavori* 186-187 (2004); RAFFAELE DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro “a progetto”*, in *Working Paper*, 19 ss. (2003); MARCELLO PEDRAZZOLI, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro, Commento al dlgs 10 settembre 2003* 826 ss (2004); LUIGI DE ANGELIS, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in *Lavoro in Giurisprudenza* (2004). Contra MICHELE TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in *Diritto del lavoro - I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani* 1455 ss. (2005); FIORELLA LUNARDON, *Divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto*, in PAOLA BELLOCCI, FIORELLA LUNARDON & VALERIO SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro*, in FRANCO CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276 73-74 (2004); PIETRO ICHINO, *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e “dipendenza” nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, in *Giurisprudenza Commerciale* II 133 (2005); ARTURO MARESCA, *La nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative: profili generali*, in *Giurisprudenza del Lavoro*, as. 6 (2004), suppl. Pur ritenendo si tratti di presunzione assoluta non ritengono fondati i dubbi di legittimità costituzionale: GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI, *Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente attraverso il lavoro a progetto*, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* I 562-563 (2004); MARIELLA MAGNANI & SERGIO SPARTARO, *Il lavoro a progetto*, *Working Paper* 27 7-8 (2004); ALESSANDRO BELLAVISTA, *Commento all'art. 69*, in ENRICO GRAGNOLI & ADALBERTO PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al D.lgs. 10 settembre, n. 276* 787-789 (2004). In giurisprudenza *ex pluris* Trib. Ravenna, 25.10.2005, Trib. Milano, 10.11.2005, Trib. Genova 7.4.2006, Trib. Pavia, 13.2.2007 e da ultimo Trib. Torino 23.3.2007, il quale ribadisce tale scelta interpretativa, pure apparentemente in conflitto con il mero dato letterale della norma, per ragioni di interpretazione sistematica e con la stessa *ratio* della normativa, nonché l'unica costituzionalmente compatibile a fronte del principio dell'indisponibilità del tipo che governa il diritto del lavoro e degli artt. 3, 41, 101 e 104 Cost.

82. Cfr. ANTONIO VALLEBONA, *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, *Argomenti di Diritto del Lavoro* 293-297 (2004), mentre di circolare “pompiere” si parla in MARCELLO PEDRAZZOLI, *Lo sventurato caso del lavoro occasionale*, *Rivista di Giurisprudenza del Lavoro* 240 (2005).

figura una presunzione di rapporto subordinato non assoluta, che può essere superata qualora il committente fornisca in giudizio la prova della esistenza di un rapporto di lavoro effettivamente autonomo (83). L'elemento qualificatorio essenziale delle collaborazioni coordinate sarebbe quindi costituito, secondo le indicazioni della circolare, oltre che dal requisito del progetto, che costituisce una mera modalità organizzativa della prestazione lavorativa, dalla sussistenza, in concreto, dall'elemento qualificatorio dell'autonomia del collaboratore. L'eventuale mancanza di tale requisito costituisce, perciò, secondo l'interpretazione ministeriale, solo una presunzione relativa (non trattandosi di presunzione *iuris et de iure*) superabile (*iuris tantum*) da eventuali prove, adeguate e sufficienti, che il committente ha l'onere di proporre in giudizio (84).

In ogni caso, tale intervento legislativo lascia trasparire un intervento del legislatore restrittivo nei confronti della fattispecie del lavoro subordinato attraverso la formalizzazione di una nuova tipologia contrattuale. È infatti evidente il richiamo, operato dalla riforma, ad un maggior rigore valutativo mediante la tipizzazione e la regolamentazione di rapporti di lavoro restati a lungo ai margini del sistema normativo.

20.5.4. L'istituto della certificazione

Il legislatore italiano, al fine di ridurre il contenzioso in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro ha anche previsto, nel Titolo VIII del citato Decreto Legislativo n. 276 del 2003, l'istituto della certificazione, pensato in un primo momento quale strumento di derogabilità, entro limiti determinati, ai precetti imperativi legali e collettivi nella fase di costituzione *ex ante* del rapporto di lavoro (85), ma poi, invece, introdotto quale procedimento avviato

83. Occorre però rilevare che in merito alle collaborazioni nei *call center*, il Ministero ha affermato che le attività *in bound*, vale a dire quelle degli addetti al “customer care” ed all'assistenza *on line*, si presumono di natura subordinata perché non danno al lavoratore la possibilità oggettiva di predeterminare il contenuto, l'intensità e le modalità della loro prestazione lavorativa e che per questo non possono essere oggetto di un contratto a progetto.

84. Trib. Ravenna, 25.10.2005.

85. Una procedura di “volontà assistita” in base alla quale un soggetto, imparziale e competente, potesse intervenire nella fase di costruzione *ex ante* del rapporto di lavoro e fornire una valutazione circa «la rispondenza dell'accordo proposto dalle parti al tipo negoziale prescelto eventualmente avvalendosi di schemi di riferimento predisposti all'uopo in sede collettiva con il corredo di garanzie essenziali» fu prefigurata da ANTONIO VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Diritto e Lavoro*, 1992, 1, 480. Cfr. inoltre ANTONIO VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro - Il rapporto*

volontariamente dalle parti, finalizzato ad una maggiore certezza nelle qualificazioni convenzionali, sia per le parti che per i terzi, in ordine alla natura del rapporto di lavoro e ai suoi effetti.

Tale procedura riguarda tutte le tipologie di contratto di lavoro subordinato, nonché altre modalità lavorative quali il lavoro a progetto e l'associazione in partecipazione (86).

La certificazione è effettuata da apposite commissioni di certificazione (87) e contro di essa possono proporre ricorso al giudice del lavoro sia le parti che i terzi nella cui sfera giuridica la certificazione produce effetti (es. enti previdenziali), con la particolarità che il ricorso non interrompe l'operatività della certificazione i cui effetti permangono per tutta la durata del giudizio e fino ad una eventuale sentenza di accoglimento.

In caso di accoglimento del ricorso, nell'ipotesi di erronea qualificazione del contratto, la sentenza ha efficacia retroattiva fin dal momento della stipula del contratto; nel caso di accoglimento per diversità nello svolgimento del rapporto, la sentenza retroagisce al momento di intervento della modifica.

20.6. Considerazioni conclusive

Scopo di questo lavoro è stata la ricerca di un *quid* comune fra due Paesi, l'Italia e la Spagna, in tema di qualificazione del rapporto di lavoro, sul presupposto che il termine della comparazione, la nozione di subordinazione, non fosse del tutto eterogeneo (88).

Nello svolgersi di questo studio comparato sono risultate evidenti alcune somiglianze, ma altrettanti diversi tratti di differenziazione, proprio in me-

di lavoro 21, op. cit.; ID., *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, cit., 479 ss.; GIULIO PROSPERETTI, *L'autonomia privata tra inderogabilità e flessibilità delle tutele*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro* 599 (1993); CARLO PISANI, *La certezza del diritto nelle tecniche della flessibilità*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 1 67 ss. (2003); ROBERTO VOZA, *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali* 603 ss. (1998).

86. La procedura di certificazione può essere utilizzata anche per il deposito dei regolamenti interni delle cooperative di lavoro relativamente ai rapporti che si intende instaurare con i soci lavoratori; in sede di stipulazione di un contratto di appalto, di cui all'art. 1655 del c.c. it., ai fini della distinzione tra somministrazione di lavoro e appalto, in particolare tra interposizione illecita e appalto genuino.

87. Le commissioni di certificazione possono essere costituite ad iniziativa degli enti bilaterali, delle direzioni provinciali del lavoro e delle province, delle università pubbliche e private e delle fondazioni universitarie.

88. Cfr. GINO GORLA, *Diritto comparato*, in *Enciclopedia del diritto* XII 928 (1964).

rito al punto fondamentale della indagine. La nozione di lavoro subordinato, infatti, non è identica nei due Paesi, ma nondimeno è parzialmente sovrapponibile.

Nel cercare di tracciare un quadro sintetico in merito alle tecniche ed al procedimento per la qualificazione del rapporto di lavoro sia in Italia che in Spagna, sembra evidenziarsi nei due Paesi uno stesso fenomeno tendente ad irrigidire i criteri di qualificazione della subordinazione e a delimitare il campo di applicazione della disciplina protettiva delle norme del diritto del lavoro. Si riscontra infatti una contrazione della precedente propensione ad espandere il campo applicativo delle tutele giuslavoristiche.

Questo orientamento si è svolto in entrambi i Paesi tanto nel senso di un limitato recupero della dichiarazione negoziale ai fini qualificatori, con conseguente svalutazione della “presunzione” di esistenza della subordinazione, quanto nel senso di una maggiore delimitazione dell’ambito di applicazione della disciplina del lavoro subordinato attraverso l’esclusione di figure di lavoratori limitrofe a quella del prestatore di lavoro subordinato.

21. Carmela Craca

Nozione di diritto sociale e plurilinguismo in Europa

21.1. Il rapporto tra lingua e diritto

Numerosi legami intercorrono tra la lingua e il diritto e le loro stesse strutture hanno suscitato da parte degli studiosi analisi comparative su più fronti. Il rapporto tra lingua e diritto ha da sempre interessato i giuristi ed i linguisti, sia moderni che meno moderni (89). Da una parte, il giurista ha comparato il diritto al linguaggio dal punto di vista del loro modo di creazione ed evoluzione. D'altra parte, il linguista ha comparato la lingua al diritto in relazione all'idea che l'uno e l'altro abbiano a fondamento regole che compongono un sistema (90). Savigny vedeva nel diritto e nella lingua il risultato di un processo e non il prodotto di un atto.

89. Il problema del rapporto tra lingua e diritto è stato esaminato da tutti coloro che si sono avvicinati al problema dell'interpretazione, tra chi ha discusso del “valore del concetto”, ossia HERMAN U. KANTOROWICZ, EUGEN EHRLICH & KARL G. WURZEL, in “*Les multiples langues du droit européen uniforme*” (a cura di) Rodolfo Sacco e Luca Castellani, 163-185 (1999).

90. La riflessione si spinge sino all'analisi della natura della traduzione giuridica e delle insidie cui va incontro il traduttore del diritto; di particolare interesse è la distinzione tra nozioni giuridiche genotipiche e fenotipiche, di cui si dirà innanzi, proposta metodologica che riveste un notevole interesse nella prospettiva di un'elaborazione di una teoria della traduzione giuridica. RODOLFO SACCO, *La circulation des modeles juridiques, rapport général*, *Academie International de droit comparé, Rapports généraux au XIIIème congrès* 1 (1990).

COPIA PER L'AUTORE

Finito di stampare nel mese di gennaio 2011
con tecnologia *print on demand*
presso il Centro Stampa “Nuova Cultura”
p.le Aldo Moro n. 5, 00185 Roma
www.nuovacultura.it

per ordini: ordini@nuovacultura.it

[Int_9788861344556_07]