

CAPITOLO PRIMO

Il campo di indagine e le premesse sul sistema della common law

1.1 Premesse sul campo di indagine - Diritto del lavoro come diritto vivo e permeabile dai fatti economici e sociali; disciplina a carattere prevalentemente inderogabile; *mandatory nature of labour law*; “disponibilità” del tipo contrattuale in Italia e in Gran Bretagna; discrepanza fisiologica tra fatti e norme; interrogativo di quale sia la finalità del processo di definizione della subordinazione.

1.2 Il tema definitorio tra questione di fatto e questione di diritto, ovvero perché il tema della subordinazione è complicato - Il tema della subordinazione è sia una questione di diritto sia una questione di fatto; discernere tra questioni di fatto e questioni di diritto; la norma giuridica; attività ricognitiva soggettiva che compone il fatto con il diritto.

1.3 Scomposizione del concetto di subordinazione - Concetto giuridico di tipo indeterminato; insieme di fatti e atti; effetto giuridico.

1.3.1 Subordinazione come concetto giuridico; premesse terminologiche e spunti dalla dottrina anglosassone - *Contract* e contratto; *employment*; rilettura delle categorie, intese come concetti e termini definitivi; debolezza contrattuale; deficit democratico; lavoro economicamente dipendente; *the personal employment contract*; *work personal nexus*; *duration and continuity of employment*; *purpose or motivation*; analisi che non si pone sul versante politico della redistribuzione delle tutele, ma su quello analitico del riconoscimento delle fattispecie.

1.4 Comparazione tra common law e civil law nel diritto del lavoro - Influenza della tradizione inglese su quella continentale; modelli le cui diversità emergono in maniera tenue nello specifico della materia lavoristica.

1.5 Il diritto del lavoro nella cornice storico-istituzionale inglese - Mancanza di una Costituzione scritta; i rapporti tra il diritto emanato dal Parlamento (*statute law*) e la sua concreta attuazione da parte delle corti giudiziarie (*case law*); certezza del diritto codificato; tradizione feudale britannica; dialettica costante tra i poteri dello Stato e autonomia reciproca di questi poteri.

1.6 Il diritto privato e il diritto pubblico in Gran Bretagna e il sistema giudiziario - Interesse pubblico; forma costituzionale; rapporti tra Stato e diritto; corpo unitario alla disciplina del diritto del lavoro; nascita della common law; meccanismi di nomina dei giudici; corti di *equity*; il processo; il sistema giudiziario per le controversie di lavoro.

1.7 Il common law e la sua origine di sistema dualista tra diritto positivo e diritto equitativo - La mancanza di formalismo; *mandatory or prohibitory injunction*; circostanzialità della situazione soggettiva considerata.

1.1 Premesse sul campo di indagine

La definizione della subordinazione, come elemento distintivo del rapporto di lavoro dipendente, è un tema centrale per la disciplina giuslavorista italiana, e in quella anglosassone lo è non di meno, malgrado la reticenza di quella diversa tradizione legale alle disquisizioni teoriche e ai dibattiti su questioni di categoria e di sistemazione giuridica.

Mentre l'esperienza inglese offre l'occasione di un'indagine del tema secondo la tradizione di common law, l'esperienza italiana si radica nella più antica tradizione di civil law, ovvero di diritto codificato e di stampo romanistico.

La scelta di "impostazione" del tema, vastissimo nelle sue innumerevoli implicazioni, riveste un punto di non poco momento, poiché le diverse prospettive dalle quali può essere indagato, portano verso diverse posizioni di politica del diritto.

Indagare il tema in una ottica di diritto comparato, e in particolare dalla prospettiva del diritto anglosassone, è una scelta che favorisce una impostazione che, più che studiare la situazione giuridica sostanziale in questione da un punto di vista statico, muove dall'osservazione del fenomeno nel suo essere recepito e assorbito dall'ordinamento, proponendone perciò una lettura di tipo dinamico ed evolutivo.

Il tema della definizione della subordinazione tocca pressappoco tutte le corde della materia lavorista¹, pertanto esso richiede, in primo luogo, di prendere confidenza con i filamenti dell'ordinamento nei suoi caratteri fondativi, la considerazione dei quali appare preliminare, specie in una prospettiva di analisi comparata. Proprio in questa direzione, si osserva come, tanto negli ordinamenti di common law quanto negli ordinamenti di civil law, il tema della "subordinazione" sia così legato ai caratteri distintivi della materia lavoristica, che quasi si può dire coincida con essi.

Un primo carattere tipico del diritto del lavoro, in qualunque parte del mondo, è il suo carattere di diritto "vivente", di diritto, cioè, particolarmente permeabile di fronte ai rapporti reali e all'evoluzione sociale.

Il diritto del lavoro come diritto vivo e permeabile dai fatti economici e sociali trova conferma nel fatto che *il sistema delle fonti* del diritto del lavoro sia un sistema difficilmente riassumibile in uno schema tecnicamente rigoroso e gerarchicamente strutturato, essendo piuttosto composto da fonti variamente intrecciate l'un l'altra, di disposizioni flessibili e variabili per settore, luogo e tempo e connesse tra loro in virtù di interpretazioni variabili nel tempo storico in

¹ Pertanto cimentarsi con essa è un lavoro che porta i migliori frutti allo studioso che abbia un patrimonio culturale, con la conseguente consapevolezza disciplinare, di diversi anni di esperienza. Non di meno il complesso argomento offre anche al giovane l'occasione di esercitarsi lungo gli assi portanti della materia e di prenderne così una più solida cognizione.

cui la riflessione abbia luogo². La fonte del contratto collettivo, e il diritto sindacale in generale, è l'emblema di questa "non contenibilità" della materia in un ordinamento positivo oggettivo schematico. Del resto, si tratta di una disciplina costituita ampiamente, nella common law ma anche nella tradizione di civil law, dalle statuizioni della giurisprudenza, ovvero dalle decisioni dell'organo giudiziario seguite a dispute reali.

Il diritto del lavoro, infatti, coinvolgendo in maniera diretta e determinante la posizione delle persone in una data società (e i relativi diritti fondamentali), più di altre discipline giuridiche si espone ai cambiamenti del contesto ambientale di riferimento, come, viceversa, il contesto ambientale viene a sua volta influenzato dalle leggi sul lavoro.

In relazione alla natura subordinata del rapporto di lavoro, il carattere "vivente" del diritto del lavoro è ribadito dal fatto che, come si vedrà meglio, il concetto fondamentale di subordinazione non trova, né nella tradizione di common law, né in quella di civil law, una "definizione giuridica finale", mentre entrambe le tradizioni ne offrono definizioni generiche che rinviano ad indagini fattuali e dottrinali che, a loro volta, si fondano su ben più ampie speculazioni economiche e sociologiche.

Dall'altro lato, come una sorta di contraltare al carattere vivo e permeabile del diritto del lavoro, si pone la sua natura di **disciplina di tipo prevalentemente inderogabile**³, che assiste cioè all'impossibilità per i privati di modificarla a loro piacimento.

Il carattere prevalentemente inderogabile delle norme lavoristiche cui qui si farà riferimento, è quello, presente nel sistema italiano come nel sistema inglese, che interessa il rapporto tra contratto di lavoro individuale e disposizioni legali⁴: il principio di inderogabilità significa che la fonte del contratto individuale non può disporre diversamente dalla fonte legale, dalla legge. Il principio si suole giustificare con la necessità di tutelare una parte contraente (il lavoratore) considerata debole e quindi bisognosa di una disciplina rigida e non derogabile se non in senso a lui favorevole⁵.

² Sul "diritto vivente come categoria ermeneutica" si rimanda a L. MENGONI (1996) *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 141 e ss., dove viene posto in risalto il ruolo dell'interprete, da sempre chiamato a dare un senso "praticamente" giusto alla legge.

³ M. MAGNANI (1996) *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, Cedam, parla dell'inderogabilità come di una "categoria fondante" (evidenziandone così un profilo tecnico) o anche come del "paradigma fondante" del diritto del lavoro (evidenziando con questa diversa espressione il profilo storico evolutivo dello stesso concetto).

⁴ Non si entra qui nella più complicata questione dei rapporti di inderogabilità tra legge e contratto collettivo o anche tra contratto collettivo e contratto individuale, che richiederebbe, specie in una prospettiva comparata, una ben più ampia trattazione separata. Per dei cenni alla posizione delle fonti autonome rispetto a quelle eteronome in Gran Bretagna si veda *infra*, paragrafo 3.5 e ss.

⁵ Sul significato economico dell'inderogabilità, e in particolare alla sua ricostruzione in termini di "imposizione di un contenuto assicurativo nel contratto di lavoro" da parte dell'ordinamento, si rinvia allo studio di P. ICHINO (1998) *Un solo diritto e un solo mercato per lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *I destini del lavoro, autonomia e subordinazione nella società post-fordista* (a cura di F. Amato), F. Angeli (54). L'A. spiega come i rischi di una perdita di redditività, quale legata ad eventi come la malattia, la disoccupazione involontaria etc. siano ripartiti sulla collettività e sui datori di lavoro appunto attraverso l'impianto di norme inderogabili. Opportunamente, l'A. distingue l'insieme delle norme legislative che dettano la disciplina inderogabile del rapporto (es. tutela della salute o contro il recesso illegittimo) dalle norme inderogabili poste a individuare i minimi di trattamento - che in Italia essenzialmente coincidono con i minimi salariali posti dal contratto collettivo nazionale.

L'inderogabilità nel contesto della definizione del rapporto di lavoro subordinato mira a neutralizzare la volontà individuale dei soggetti nel determinare liberamente gli effetti del proprio rapporto.

Ne segue che, specialmente in Italia, gran parte del dibattito sulla subordinazione si è radicato nel contrasto tra le posizioni che, da un lato, richiamando il diritto fondamentale alla libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost., mentre in Gran Bretagna si può fare un circostanziale riferimento al principio della “*rule of contract*”), quindi della libertà dei soggetti di determinare il contenuto del modello contrattuale, riconoscono valore alla qualificazione del rapporto come operata dalle parti (c.d. *nomen iuris*); dall'altro lato ci sono le posizioni secondo cui la debolezza del lavoratore impone all'ordinamento di considerare, nella determinazione degli effetti e delle tutele, esclusivamente le modalità di fatto con cui il rapporto si svolge e le concrete circostanze entro cui questo avviene, dal momento che la libera volontà dei lavoratori sarebbe inevitabilmente distorta dalle ristrettezze socio-economiche in cui, solitamente, si manifesta⁶.

Le norme legali del diritto del lavoro, salvo casi speciali dettati da esigenze di tutela peculiari e salvo il ruolo garantista della contrattazione collettiva, non è superabile dalla volontà delle parti stipulanti, in virtù della natura protettiva delle norme in questione; diversamente, il diritto civile muove sul presupposto della perfetta parità tra i soggetti dell'obbligazione e non presuppone quindi un intervento riequilibrante⁷.

Questa considerazione di fondo, che vale tanto per i sistemi di civil law quanto per i sistemi di common law (dove si può parlare di una **mandatory nature** o anche di **inderogability** delle leggi sul lavoro⁸, sebbene il tema non abbia l'impatto politico che ha in Italia⁹) è relativa alla parte quantitativamente più importante della disciplina.

Il carattere dell'inderogabilità conforma quindi la materia sia in maniera qualitativa sia quantitativa, e in Italia questo è dimostrato dal fatto che il dibattito sui limiti

⁶ Sulla rilevanza della volontà delle parti nella determinazione del contenuto contrattuale si può vedere, con ampie riflessioni, il lavoro di ICHINO P. (1989) *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, 1989, Padova.

⁷ Anche se, come noto, non mancano nell'esperienza del contratto di diritto civile i casi di disparità nella forza contrattuale che danno luogo a un intervento inderogabile da parte dell'ordinamento (è il caso dell'intervento a tutela del consumatore).

⁸ Sul tema si veda L. WEDDERBURN (1992) *Inderogability, collective agreements and community law*, ILJ, 245, il quale si concentra sul carattere dell'efficacia del contratto collettivo, anche in una prospettiva comparata. Sulle peculiarità della fattispecie rapporto di lavoro nel contesto delle fonti si vedano anche gli spunti di M.MAGNANI (2001) *La categoria contratto di lavoro e la tradizione anglosassone*, DLRI. Parla di “*mandatory nature of labour law*” in uno studio comparato S. ENGBOLM (2003) *Self-employment and the Personal Scope of Labour Law – Comparative Lessons from France, Italy, Sweden, the United Kingdom and the United States*. PhD Thesis, Istituto Europeo di Firenze.

⁹ La ragioni del maggiore impatto politico della questione sulla c.d. inderogabilità delle norme del diritto del lavoro in Italia, rispetto che in Gran Bretagna, deriva essenzialmente dalla considerazione, in Italia, delle norme del diritto sindacale alla stregua di una fonte inderogabile, deputata per altro alla individuazione di elementi politicamente centrali come la determinazione del trattamento salariale minimo (questa funzione è invece assegnata, in Gran Bretagna, alla legge).

dell'inderogabilità¹⁰ vada di pari passo con il dibattito sulla definizione dei diritti fondamentali del lavoro, a loro volta strettamente connessi ai diritti della persona.

Il carattere dell'inderogabilità può emergere nell'ordinamento da una disposizione espressa¹¹, cioè da una norma che afferma il principio in maniera indiretta, oppure può essere un derivato dell'assetto delle fonti normative (dove la norma legale di rango superiore, e in particolare di rango costituzionale, non consente la deroga da parte delle fonti subordinate). Questo implica, in una prospettiva di studio comparato, la necessità di fare dei cenni preliminari a proposito delle differenze strutturali che esistono nei due diversi sistemi delle fonti (italiano e inglese) oltre che alla sottostante *ratio* storico istituzionale.

Non di meno, si deve ritenere che il carattere dell'inderogabilità sia una espressione del principio della precedenza dei fatti (*primacy of facts*) in punto di interpretazione del rapporto di lavoro, quale i giudici dovrebbero applicare a prescindere da una norma espressa e a prescindere anche dalla struttura gerarchica delle fonti del diritto del lavoro¹².

Si avrà occasione di constatare come, nell'ambito del diritto del lavoro italiano, la maggiore rigidità del sistema delle fonti rispetto al sistema anglosassone, contribuisce, insieme alla posizione conferita dall'ordinamento al contratto collettivo - che in Italia opera sullo stesso livello della legge in virtù di una applicazione di fatto dell'efficacia *erga-omnes*¹³ - esprima una *più ampia* area di inderogabilità. Da questo deriva l'opportunità di indagare se si tratti di un rigorismo categorico e formalista capace di garantire effettivamente diritti e tutele fondamentali, oppure se sia piuttosto il portato di un atteggiamento culturale restio al cambiamento.

¹⁰ E' vivacemente aperto il dibattito sui confini della inderogabilità; in particolare esso si pone, in Italia, per la inderogabilità del contratto collettivo nazionale ad opera del contratto collettivo aziendale.

¹¹ In Italia la giurisprudenza ha fatto riferimento, almeno fino agli anni '70, all'art. 2077 c.c., espressione però dell'abolito sistema corporativo, mentre oggi è orientata a rinvenire il principio dell'inderogabilità della legge e del contratto collettivo ad opera del contratto individuale nella norma dell'art. 2113 c.c., oltre che nelle disposizioni generali di cui agli artt. 1418 e 1419 c.c. sull'invalidità contrattuale. Si può qui rinviare all'opera chiara di R. DE LUCA TAMAJO (1976) *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene. Per le critiche sostanziali alla presunta esistenza di un principio generale di inderogabilità del contratto collettivo nazionale in Italia tornano gli argomenti di P.ICHINO (1994) *A chi serve il diritto del lavoro, riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale dell'inderogabilità delle norme giuslavoristiche*, in RIDL, I, 459 e ss., nonché id. (2005) *A che cosa serve il sindacato*, Mondadori, dove il tema è trattato con un taglio storico - esemplificativo.

¹² Nel rapporto della Conferenza dell'ILO, 91th Session, 2003 (The scope of the employment relationship) si legge: "The determination of the existence of an employment relationship should be guided by the facts of what was actually agreed and performed by the parties, and not by the name they have given the contract. (...) This is known in law as the principle of the primacy of fact, which is explicitly enshrined in some national legal systems. This principle might also be applied by judges in the absence of an express rule" (23).

¹³ In particolare sulla posizione del contratto collettivo nella statuizione del salario minimo, in virtù delle operazioni giurisprudenziali atte a rendere direttamente precettiva la norma dell'art. 36 Cost.

Notoriamente il problema della inderogabilità applicato al tema della definizione della subordinazione - in Italia si è soliti parlarne in termini di c.d. **indisponibilità¹⁴ del tipo contrattuale** - è stato affrontato dalla nostra Corte Costituzionale con due sentenze, la n. 12/1993 e la n. 115/1994¹⁵.

Le due sentenze hanno affermato che la scelta del modello contrattuale (essenzialmente la scelta tra contratto autonomo o subordinato) non solo non è permessa alle parti, che così sarebbero facilmente abilitate a eludere la normativa inderogabile connessa alla subordinazione, ma non è permessa neppure allo stesso legislatore, in virtù della tutela costituzionale che presiede i rapporti di lavoro.

Non è possibile, pertanto, che la legge pre-definisca come rapporti autonomi (nel caso si era trattato della legge relativa a rapporti di consulenza conclusi dagli enti locali e dai loro consorzi) quelli che nella pratica si sviluppano con i caratteri fattuali tipici della subordinazione. A ben vedere si tratta di una affermazione del principio della “*primacy of facts*” come, abbiamo ricordato sopra, sia fatto emergere anche in sede internazionale.

Le due sentenze affermano un principio di “indisponibilità del tipo contrattuale” che, se appare pacifico quando lo si consideri dal punto di vista dell’autonomia privata¹⁶, non è altrettanto pacifico quando lo si consideri *dal punto di vista della autonomia legislativa*. Non è pacifico, cioè, se il legislatore possa configurare a priori un tipo di rapporto, stabilire, cioè, a priori, quale natura debba avere, questo rapporto, se subordinata o autonoma¹⁷.

Da un lato, la Corte di Cassazione si è espressa nel senso di ritenere il “principio dell’indisponibilità del tipo” come operante solo a favore del lavoratore effettivamente subordinato, vale a dire: il legislatore potrebbe pre-definire il rapporto come un rapporto subordinato malgrado questo possa svolgersi con le forme dell’autonomia¹⁸, ma non potrebbe pre-definirlo come autonomo quando

¹⁴ Il termine di indisponibilità è qui usato “impropriamente”, o almeno richiede una precisazione che sarà utile anche per la trattazione che segue: l’inderogabilità è una “qualità della norma”, del precetto i cui effetti giuridici, in virtù di questa qualità, si producono indipendentemente da una contraria volontà degli stipulanti, e sotto un profilo temporale essa si pone *ex ante* rispetto al verificarsi dell’effetto giuridico. L’indisponibilità, invece, è una “qualità del diritto” che in virtù di questa qualità non può essere dismesso, e pertanto, sotto un profilo temporale, essa si pone *ex post* rispetto all’effetto giuridico.

¹⁵ In proposito si richiama M. D’ANTONA (1995) *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, ADL, 63 e ss.

¹⁶ Vale a dire, le parti non hanno potere di determinare gli effetti giuridici del proprio rapporto. *Cfr.* per tutte, sulla irrilevanza del *nomen iuris* a fini qualificatori e della sua utilizzabilità solo in termini di indice sussidiario nell’indagine sui fatti che definiscono la relazione contrattuale, Cass. 11 settembre 2003 n. 13375 in FI, 2003, I, 3321.

¹⁷ Sul punto delle presunzioni legali si rimanda qui alle considerazioni svolte nel capitolo quinto.

¹⁸ Sulle presunzioni legali assolute e relative relative alla natura del rapporto si rinvia al capitolo quinto, paragrafo 5.6.2.

possa svolgersi in modo effettivamente subordinato¹⁹.

Dall'altro lato, parte della dottrina ha ritenuto *questa* unidirezionalità del “principio di indisponibilità del tipo” in contrasto con la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., vale dire: non è coerente con la Costituzione stabilire per legge che i soggetti privati non possano definire il proprio rapporto in termini di autonomia²⁰.

Si tratta, come vedremo meglio in seguito, di un contrasto che si chiarisce (senza peraltro risolversi) nel discernimento tra “configurazione della fattispecie” di competenza del legislatore, e il diverso momento della “attribuzione delle tutele” (che si pone necessariamente a posteriori ed è operato dal giudice nel rispetto del diritto positivo).

Il contrasto, infatti, *rimane* nella fase della definizione del rapporto a priori, quando sta al legislatore ponderare *le tutele* sulla base del rapporto configurato, nella delicata considerazione di quale sia la *ratio* del proprio intervento sull'autonomia privata e il relativo rimedio, in un inevitabile compromesso tra art. 35 e art. 41 della Costituzione²¹.

Mentre, poi, il contrasto *svanisce* nella fase della definizione del rapporto a posteriori, poichè a questo punto il giudice sarà tenuto semplicemente ad applicare la norma come configurata dal legislatore.

Nel sistema giuridico presente in **Gran Bretagna**, invece, dove manca un quadro costituzionale categorico, il “principio della non disponibilità del tipo” - evoca non di meno, da un lato, la considerazione della supremazia della fonte parlamentare (qui rilevante nel momento in cui attribuisce diritti alla persona del lavoratore dipendente e non anche al lavoratore autonomo)²² la quale si pone, appunto, a limitare l'autonomia contrattuale dei soggetti privati.

Dall'altro lato, evoca il perpetuo evolversi della common law quando non manca di cogliere l'irrelevanza della forma contrattuale scelta dalle parti ogni volta che sia usata a fini elusivi della normativa e delle garanzie²³.

¹⁹ Cfr. Cass. 5 settembre 2005 n. 17759, in RIDL 2006, II, 552 con nota di A. AVONDOLA, che si riporta al caso dei lettori di lingue straniere presso l'Università, ai quali la Corte di Giustizia, con sentenza del 26 giugno 2001 C- 212/99, coerentemente con il D.lgs. 2/2004, ha riconosciuto un trattamento corrispondente ai ricercatori confermati e pertanto la natura di lavoratori subordinati. Sulla possibilità per il legislatore di qualificare *ex ante* un rapporto in termini di subordinazione, si vedano anche i contributi della Corte di Giustizia (cfr. più ampiamente nel capitolo quinto), in particolare sentenza del 5 giugno 1997 C- 398/95 e sentenza del 15 giugno 2006, C-255/04: in entrambi i casi la Corte ha ritenuto le presunzioni legali disposte nel senso della forma contrattuale subordinata, come previste rispettivamente dalla normativa greca e francese, in contrasto al principio comunitario della libera circolazione dei servizi.

²⁰ Sul punto si rimanda alle riflessioni di A. VALLEBONA (2004) sul contratto autonomo a progetto quale disciplinato dal Dlgs 276/2003, *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in ADL,1, 293.

²¹ In questo senso depongono espressioni come quella di L.NOGLER (1990) *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in RIDL, I, 189, secondo cui “La subordinazione, delimitando i casi in cui i costi di recupero della situazione disagiata siano da accollare al datore di lavoro piuttosto che alla collettività potrebbe rappresentare lo strumento del contemperamento tra questi principi (art. 35 e art. 41 Cost.), realizzando la ragionevole e necessaria determinazione dei confini dell'operatività del complesso di norme del diritto del lavoro”.

²² L'unica fonte prevalente sulla legge del Parlamento è il diritto comunitario, che non di meno assume in Gran Bretagna la forma della legge parlamentare ricettiva, ed include la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

²³ Si vedano *infra*, per esempio, *Consistent Group Ltd v Kalwak* [2007], *Cable & wireless plc v Muscat* [2006], paragrafo 5.3

Di rilievo, alla stregua di una sostanziale impossibilità giuridica di regolare il rapporto in violazione di principi ritenuti prevalenti, è poi la common law atta a negare l'effetto di clausole espresse o implicite (*implied terms*)²⁴ che le parti possono invece aver invocato al fine di qualificare il contratto come autonomo piuttosto che come subordinato, e che fonda questa negazione sul limite della *public policy*, quest'ultimo concepito alla stregua di un interesse pubblico invalicabile e solitamente riferibile alla tutela della persona umana²⁵.

Alla luce di quanto precede, l'analisi della subordinazione, come elemento distintivo del rapporto di lavoro dipendente, in una prospettiva di studio comparato, con i diversi contesti storici cui questo attinge, deve essere rigorosa nello sforzo di tenere distinti gli elementi di diritto dagli elementi di fatto, i quali, pur costituenti due aspetti della stessa complessa realtà, non possono essere sovrapposti, pena una percezione semplicistica o anche falsata del fenomeno considerato.

Dalla considerazione del diritto del lavoro come diritto vivo e permeabile e allo stesso tempo come normativa tendenzialmente inderogabile, consegue una terza e connessa considerazione: il rilievo di una sorta di **discrepanza fisiologica tra fatti e norme**²⁶ nell'evoluzione del rapporto di lavoro.

La natura dinamica del rapporto di lavoro, accanto al carattere rigido della disciplina, fanno emergere, in altre parole, una inevitabile, tendenziale contrazione interna al fenomeno del rapporto, a seconda che lo si consideri dal punto di vista economico/sociale o dal punto di vista normativo.

Con questo si vuole dire che, mentre i fatti che hanno dato vita a un contratto di diritto civile tendono a rimanere fermi, ed è patologico il momento in cui questo non avviene, nel rapporto di lavoro è più verosimile l'inverso, cioè che i fatti che hanno determinato l'accordo mutino a dispetto dell'apparato normativo inderogabile che li interessa.

Questa discrepanza impone necessariamente all'interprete l'interrogativo di quale sia il proprio punto di osservazione, quale sia il punto di dissociazione tra fatti e norme e quale sia, o debba essere, il punto di convergenza tra queste diverse dimensioni, al fine di chiarire fino a che punto la discrepanza sia effettivamente

²⁴ Sul significato della clausola implicita, e sulla sua natura di regola ordinamentale piuttosto che meramente contrattuale, si veda *infra*, paragrafo 3.5.2.

²⁵ Si veda in questo senso il caso *Lane v Shire Roofing Ltd* [1995], richiamato nel paragrafo 5.4.

²⁶ Ricordava T.ASCARELLI, *Problemi giuridici - Norma giuridica e realtà sociale* (70) "non v'è mai, a rigore, un contrasto tra norma giuridica e fatto economico dato quali dati contrapposti, nè mai un problema di adeguazione della norma al fatto. Il problema è invece quello della relazione tra una norma storicamente posta, e le valutazioni e volizioni attuali (e perciò anche tra norma e sua applicazione, tra norme vigente e regola osservata). E' solo perchè queste fanno poi capo ai "fatti" attuali che si può parlare di adeguazione della norma al fatto anzichè di modificazione di una norma in funzione di nuove valutazioni, a loro volta eventualmente motivate dalla constatazione di nuovi fatti".

fisiologica e quando cominci, invece, un fenomeno patologico²⁷, cosa che accade nei casi accertati di uso improprio della formula contrattuale (la c.d. *misclassification* in inglese).

Pertanto, quando si voglia considerare il tema della subordinazione, si deve preliminarmente considerare se il fenomeno sia guardato in concreto, come un fatto sociale ed economico, oppure se sia guardato in astratto, come un fenomeno giuridico.

L'analisi della subordinazione prende, a ben vedere, una piega assai diversa a seconda che il tema sia affrontato a priori, in astratto (cosa che accade quando si adotti una prospettiva di riforma della normativa vigente, *de iure condendo*, ma anche quando ci si ponga davanti a una fattispecie reale per darne una qualificazione preventiva e a prescindere dal suo successivo evolversi concreto), oppure che il tema sia considerato a posteriori, in concreto (cosa che accade quando si tratti di qualificare un certo rapporto di lavoro *in fieri*, per esempio al fine di risolvere una lite).

Tenere a mente la prospettiva temporale entro la quale l'analisi si pone, aiuta a capire che nello studio della subordinazione è essenziale considerare quale sia lo scopo della sua definizione.

La fisiologica contrazione interna alla relazione di lavoro di cui si è detto (tra fatti e norme), che emerge come elemento comune in ogni tradizione legale, se tenuta presente alla stregua di una premessa metodologica, consente una più chiara esposizione dei termini del problema nella sua complessità: essa obbliga l'interprete a porsi l'**interrogativo di quale sia la finalità del processo di definizione della subordinazione** cui sia chiamato.

In via esemplificativa e semplificante, si può tenere a mente che:

- I) il legislatore opera la configurazione della fattispecie della subordinazione con il *fine politico* di distribuire le tutele ed il suo è pertanto un giudizio ipotetico sui fatti che potrebbero fondare diritti e doveri;
- II) il giudice opera una interpretazione dei fatti che siano realmente accaduti con il fine giudiziario di accertare diritti e doveri quali riconosciuti dalla legge e quindi di *attribuire le relative tutele*;
- III) l'autonomia privata individuale si propone di definire il rapporto con il *fine di fare chiarezza sull'assetto dei reciproci diritti e doveri e delle reciproche aspettative* nella prospettiva evolutiva del rapporto, considerando l'apparato normativo inderogabile e i limiti in termini di disponibilità dei diritti.

²⁷ Nel rapporto della Conferenza dell'ILO, 91th Session, 2003 (The scope of the employment relationship) uno dei punti tratteggiati era quello sulla necessità di riduzione della dissociazione tra fatti e realtà "closing gap between the law and the reality of the employment relationship".

1.2 Il tema definitorio tra questione di fatto e questione di diritto, ovvero perché il tema della subordinazione è complicato

Fatte le premesse che precedono, si può apprezzare come, in generale, tutta l'esposizione del tema definitorio della natura del rapporto di lavoro sia essenzialmente da ricondursi a un intrecciarsi continuo di questioni di fatto a questioni di diritto.

Più esattamente, a seconda che il problema della subordinazione venga considerato come una questione di fatto oppure come una questione di diritto, il ragionamento segue tangenti diverse, e del resto non può dirsi univocamente rilevante l'una soluzione a scapito dell'altra: **il tema della subordinazione è sia una questione di diritto sia una questione di fatto.**

Diventa pertanto essenziale, si diceva, scegliere quale sia la prospettiva dalla quale il tema viene affrontato, e da un punto di vista temporale, e da un punto di vista finalistico.

Nella definizione del rapporto *ex post*, ai fini dell'applicazione della norma alla fattispecie concreta, magari a fronte dell'insorgere di una lite, la subordinazione rileverà preliminarmente come fatto, o come insieme di fatti (che poi dovranno trovare una collocazione nei rispettivi arcipelaghi giuridici).

Nella definizione del rapporto da parte del legislatore, *ex ante*, viceversa è la prospettiva teorica e normativa a prevalere.

Il punto di partenza per **discernere, fin tanto che ciò sia possibile, tra questioni di fatto e questioni di diritto**, è la **norma giuridica** e la sua struttura: “la norma giuridica è una proposizione di dovere nella quale si ha un presupposto e una conseguenza, per cui deve subentrare la conseguenza se nella realtà si verifica il presupposto”²⁸.

E' pertanto un sillogismo quello in cui si incardina la distanza tra questione di fatto e questione di diritto: da un lato abbiamo un giudizio di dovere (es. il datore di lavoro è tenuto ad assicurare la sicurezza sul posto di lavoro), detto anche premessa maggiore, e dall'altro lato abbiamo l'affermarsi del presupposto, detto premessa minore (es. Tizio è un datore di lavoro), con la conclusione che al verificarsi del presupposto seguirà la conseguenza giuridica in questione.

²⁸ M. BOVE (1993) *Il sindacato della Corte di Cassazione, contenuto e limiti*, Giuffrè, 24 e ss.

Ora, se, in prima battuta, in astratto, è apparentemente semplice dire che la questione di diritto coincide con la premessa maggiore e che la questione di fatto coincide con la premessa minore (il presupposto), in una *prospettiva reale* il problema si complica di molto poiché il contenuto della premessa minore (ovvero l'affermarsi del presupposto fattuale) implica una **attività ricognitiva soggettiva che mescola** inevitabilmente **il fatto con il diritto**, e solleva una domanda sempre aperta: nell'affermare che si è realizzata in concreto la fattispecie ipotizzata dalla norma, l'interprete compie un giudizio di fatto o un giudizio di diritto? Oppure compie un giudizio che comprende sia una questione di fatto che una questione di diritto?

Secondo la dottrina processualistica ogni processo di sussunzione è la decisione di una questione di fatto, ovvero è l'accertamento del fatto che la fattispecie si sia o meno realizzata nel caso concreto; non di meno, ogni processo di sussunzione implica il ricorso, da parte dell'interprete, alle c.d. massime di esperienza, che sono giudizi di carattere generale che consistono in definizioni, giudizi narrativi più o meno scomponibili in parole e concetti, oltre che in giudizi ipotetici, e che derivano dall'osservazione della realtà indipendentemente dal caso sotto esame.

Le massime di esperienza, derivate da qualsiasi fonte - potrebbe anche trattarsi dell'esperienza personale dell'interprete - sono usate per l'acquisizione delle prove, per la lettura degli elementi indiziari, come anche per la lettura della legge e delle dichiarazioni di volontà.

Dalla constatazione di questo quadro, si deduce che la delineazione della distinzione tra questione di fatto e questione di diritto è quanto, tecnicamente, rende il discorso sulla qualificazione della subordinazione una sorta di labirinto concettuale, che non di meno è necessario percorrere per non cadere in errori espositivi che portano a fraintendimenti e ambigue sovrapposizioni²⁹.

1.3 Scomposizione del concetto di subordinazione

Le osservazioni che precedono rendono opportuno scomporre il tema della subordinazione, anzi tutto in termini definitivi.

Subordinazione, in primo luogo, è un concetto giuridico, un **concetto giuridico di tipo indeterminato**³⁰ per l'esattezza.

Il concetto giuridico *tout court* serve a indicare un gruppo di oggetti per mezzo di un nome, in considerazione del fatto che quegli oggetti hanno qualcosa in comune, che sono dello stesso tipo o almeno simili e perciò meritano una sintesi; il contenuto del concetto consiste, quindi, nella omogeneità, o almeno nella somiglianza, degli

²⁹ Sul fatto che l'indagine sulla natura del rapporto implichi una questione di fatto o una questione di diritto si veda, per la dottrina inglese, S.DEAKIN & G. MORRIS (2005) *Labour law*, Hartpublishing, 140.

³⁰ In questo senso ancora M.BOVE, *op. cit.* 21.

oggetti, e può essere più o meno specifico³¹; per esempio il concetto di “retribuzione” è sufficientemente specifico e descrive il gruppo dei beni percepiti a titolo di corrispettivo per una prestazione di lavoro, esso fa riferimento a cose sufficientemente determinate (versamento in denaro, in natura, partecipazione agli utili e così via); viceversa, il concetto di subordinazione (analogamente a quello di giusta causa o a quello di buona fede) descrive una situazione di non immediata definizione. Il carattere indeterminato della norma rende pertanto il processo di interpretazione della stessa inevitabilmente intriso di valutazioni soggettive e tendenze del ragionamento diverse a seconda della speciale angolazione da cui il ragionamento giuridico prende le mosse.

La funzione pratica del concetto giuridico è quella di essere uno strumento atto a collegare un certo insieme di fatti e oggetti identici o affini a un dato effetto giuridico. Il concetto giuridico è ciò che definisce la realtà che si intenda regolare, senza per questo darne un giudizio valoriale implicito (anche se ogni tecnica definitoria in senso lato implica delle scelte definitorie che celano anche loro delle tendenze politiche). Da questa prima prospettiva di indagine, che può essere definita come una prospettiva sistematica e di categorizzazione, il tema della definizione della natura del rapporto di lavoro mira a rispondere alla domanda:

quali elementi di fatto tipizzano la fattispecie normativa (e fanno sì che l'accertamento della loro presenza implichi l'applicazione delle tutele)?

Subordinazione, in secondo luogo, è l'**insieme di fatti e atti** che contraddistinguono la posizione del lavoratore subordinato, ad esempio è il suo contribuire materialmente o intellettualmente al processo produttivo secondo le direttive ricevute, è il suo recarsi quotidianamente sul posto di lavoro, nonché il rimanervi per un dato lasso temporale, è il suo essere inserito funzionalmente in una certa unità produttiva, il suo avvalersi di strumenti aziendali e così via. Da questa seconda prospettiva di indagine, che può essere definita come una prospettiva fattuale, il tema della definizione del rapporto di lavoro mira a rispondere alla domanda:

quali fatti costituiscono l'assetto del rapporto di lavoro?

Al tempo stesso, a valle dei fatti e del concetto giuridico che li tipizza ed entro cui i primi essi trovano corrispondenza, la subordinazione è, in terzo luogo, l'**effetto giuridico** che da quell'insieme di fatti e di atti si produce. L'effetto giuridico coincide, in primo luogo, con i poteri del datore di lavoro di dirigere, controllare e disciplinare la prestazione del lavoratore; in secondo luogo, specularmente, esso coincide con il raggio di diritti e delle tutele che l'ordinamento riconosce in capo al lavoratore, a partire dal diritto alla retribuzione per arrivare fino ai possibili ammortizzatori sociali disposti in caso di circostanze patologiche che contraddistinguono la posizione del lavoratore o dell'impresa e che fanno scivolare

³¹ M. BOVE, *op. cit.* 17.

il rapporto di lavoro, da rapporto semplicemente sinallagmatico, a rapporto trilaterale che coinvolge lo Stato e gli enti assicuratori. Qui siamo quindi nell'ambito più direttamente politico della trattazione della questione, l'ambito in cui più sono implicate le scelte sociali, i livelli di protezione, le garanzie, gli ammortizzatori, gli incentivi. Da questa terza prospettiva di indagine, che può essere definita come la prospettiva regolamentare, il tema della definizione del rapporto di lavoro mira a rispondere alla domanda:

quali diritti e doveri derivano dalla situazione di fatto che emerge?

Precisato che le prospettive di indagine sono almeno tre, occorre aggiungere che la trattazione di ciascuna non potrà prescindere dalla considerazione delle altre, trattandosi chiaramente di aspetti diversi dello stesso fenomeno.

Si verificherà che una domanda utile da farsi per capire se ciò che è oggetto di analisi (*de iure condito* o *de iure condendo*) sia un fatto oppure un effetto giuridico, è *quando* si stia considerando la situazione concreta, la fattispecie reale, se a priori, oppure a posteriori. Il 'fatto' esiste solo a posteriori, mentre l'effetto giuridico può essere concepito anche in via teorica o ipotetica, sia dal legislatore che dalle parti coinvolte nel rapporto. L'effetto giuridico, del resto, esiste a posteriori solo se la norma è strutturata in maniera tale da consentire, attraverso il processo di interpretazione, una aderenza esatta sulla fattispecie concreta e se le parti sono messe in condizione di esercitare giudizialmente i diritti concepiti alla stregua di effetti giuridici.

Questa premessa di ordine espositivo vale naturalmente tanto per l'approccio al tema nel contesto del diritto continentale, quanto per l'approccio al tema nel contesto della common law. Vedremo come la tradizione giuridica della common law, soprattutto per la sua conformazione di matrice giurisprudenziale e processualistica, ma anche per una evoluzione normativa che non ha inteso la categoria del rapporto di lavoro subordinato in termini unitari né dal punto di vista concettuale/terminologico (prospettiva sistematica e di categorizzazione) né dal punto di vista della disciplina (prospettiva normativa e regolamentare), può fornire una prospettiva di ricerca particolarmente utile nell'esercizio di tenere distinti i diversi ambiti di indagine.

1.3.1 Subordinazione come concetto giuridico; premesse terminologiche e spunti dalla dottrina anglosassone

Dovendosi considerare il tema della subordinazione in primo luogo come concetto giuridico, occorre fare delle premesse terminologiche che sono quanto meno necessarie nell'ottica dello studio comparato. Senza un riferimento continuo alle basi culturali-linguistiche del sistema straniero che sia considerato, concetti e terminologie apparentemente simili, ma radicati in un contesto storico diverso, possono distorcere la comprensione degli istituti considerati.

Un esempio calzante in questo senso, e preliminare all'analisi sulla qualificazione del rapporto di lavoro, è l'apparente somiglianza dei termini inglese *contract* e italiano **contratto**.

Nel diritto inglese non troviamo un concetto di contratto univoco e definito come troviamo nella tradizione continentale, coerentemente con una tradizione giuridica che, di contro alle aspirazioni di stampo romanistico-continentale, “non dà speranze” di un sistema categorico esaustivo.

La categoria generale di contratto, di cui anche il contratto di lavoro è espressione peculiare, nell'esperienza italiana, come in quella continentale in generale, è tributaria delle elaborazioni di teoria generale sul negozio giuridico sviluppatasi nella Pandettistica³².

Nell'esperienza giuridica inglese, invece, il concetto di contratto non attinge da un simile sovra-strato dottrinale: esso è rinvenibile nella common law in contesti normativi diversi e con diversi significati.

Il codice civile italiano del 1942, agli artt. dal 1321 al 1469, regola in maniera sistematica le relazioni contrattuali, e lo fa partendo da una definizione costruita sul “concetto di accordo”, di due o più parti, mirato a costituire, modificare o estinguere tra le parti un rapporto giuridico patrimoniale.

Nel diritto inglese, invece, esiste una regolamentazione dello stesso fenomeno di tipo non sistematico e disomogeneo. Non troviamo una norma legale che definisca la relazione contrattuale, mentre il nucleo principale della relativa disciplina deriva dalla *case law*. Svariate regole sono state man mano introdotte dalle corti di *equity*, che come noto hanno sviluppato in passato una giurisprudenza parallela alle corti civili ordinarie i cui frutti costituiscono oggi parte integrante del sistema unitario della common law.

Le dissertazioni della dottrina sul tema sono anche queste disarticolate³³: si distingue il *contract* dalla *convention*, quest'ultimo termine essendo più ampio e generico, inclusivo di accordi in cui una delle parti è la pubblica amministrazione; si distingue il *contract* dalla *obligation*, quest'ultima potendosi considerare come il singolo obbligo creato dal contratto; si distingue il *contract* dall'*agreement*, quest'ultimo richiamando precisamente l'incontro delle volontà, ovvero un requisito del contratto, parte di esso, ma non coincidente con il tutto; si distingue infine il *contract* dal *bargain*, che è un *agreement between two parties for an exchange of performances either executed or promised*. Tra le conseguenze della mancanza di una teoria generale delle obbligazioni, vi è che i concetti appena richiamati possono essere utilizzati in senso a-tecnico e non dogmatico, ma non di meno devono continuare a tenersi distinti gli uni dagli altri per non rischiare di dare

³² Si ricorda che la Pandettistica è l'opera di rielaborazione concettuale e sistematica del diritto romano che ha improntato la scienza giuridica del XIX secolo, dando vita, attraverso un metodo essenzialmente formalistico, a quella che è stata definita “la giurisprudenza dei concetti”.

³³ Si rimanda alla trattazione e ai richiami della dottrina anglosassone contenuti in ALPA G. (2002) *Lineamenti di diritto contrattuale*, in *Diritto Privato Comparato*, 3^a ed. 2002, di G.Alpa, M. Bonelli, D. Corapi, L. Moccia, V.Zeno-Zenovich.

al fenomeno considerato un significato che, sostanzialmente, prima che giuridicamente, non ha.

Si è soliti distinguere due grossi filoni dottrinali nella ricostruzione anglosassone del contratto, i quali, nei loro termini essenziali, ricordano la dicotomia tra concezioni di status e concezioni più schiettamente contrattualiste del fenomeno.

Il primo filone, in una prospettiva modernizzatrice delle relazioni sociali, enfatizza il fatto che l'accordo non debba essere considerato solo e soltanto come una questione privata, piuttosto esso dovrebbe considerarsi come una questione contestualizzata in un ordinamento del quale subisce i condizionamenti (derivanti dal legislatore e dalla case law in particolare). Il secondo filone enfatizza, invece, l'atto di autonomia privata considerato in se stesso (*sanctity of contract*).

Si tratta della stessa dicotomia che notoriamente viene evocata anche a proposito del contratto di lavoro e dei principi di inderogabilità che lo caratterizzano: tanto più viene enfatizzata la contestualizzazione del contratto di lavoro nella società e nell'ordinamento, quanto più ne emergono gli elementi distintivi di fatto giuridico disciplinato dall'ordinamento (regolazione eteronoma) e considerato di rilievo non solo privatistico, ma anche e soprattutto sociale e collettivo; viceversa, più viene enfatizzata l'importanza delle volontà private, più cadono le barriere esterne alla regolazione dell'accordo, il quale potrà assumere piuttosto i contenuti liberi dell'autonomia privata.

Posto che “la discussione sulle definizioni è utile storicamente per conoscere l'accreditarsi delle idee nella costruzione dei sistemi” ma anche che essa “si rivela meno utile nella prassi economica commerciale” è stato rilevato come sia praticamente preferibile non cercare una definizione giuridica immobilizzata e univoca di “contratto” nel contesto del Regno Unito, e come, al fine di evitare incomprensioni ed equivoci, sia piuttosto opportuno concludere che il significato di questo concetto debba essere verificato nello specifico contesto normativo in cui ci si trovi³⁴.

Nel contesto specifico del diritto del lavoro moderno, la questione terminologica ha un rilievo particolare poiché essa si pone in rapporto diretto con il problema della definizione della categoria centrale della materia e quindi anche del raggio di intervento del legislatore: dalla definizione della subordinazione deriva l'ambito di applicazione soggettivo della disciplina lavorista e quindi la determinazione degli effetti giuridici che costituiscono l'intervento eteronomo dell'ordinamento sul rapporto di lavoro.

La dottrina inglese³⁵ definisce la subordinazione alla stregua di una categoria nata da un “processo di descrizione” di quello che era il modo caratteristico di operare

³⁴ ALPA G. (2002) *Lineamenti di diritto contrattuale*, in *Diritto Privato Comparato*, 3^a ed. 2002, di G.Alpa, M. Bonelli, D. Corapi, L. Moccia, V.Zeno-Zenovich, 175

³⁵ A.GOLDIN (2006) *The subjective weakening of labour law*, in *Boundaries and frontiers of labour law*, by D.DAVIDOV and B.LANGILLE, 112.

dei lavoratori dell'industria; si tratta pertanto di una definizione che ha messo in parole quanto era osservabile nella realtà industriale come affermata nell'Inghilterra ottocentesca ancora prima che nel continente. Il concetto di lavoratore dipendente (*employee*) è la risultante di un processo descrittivo del modello di lavoro allora dominante, "in presenza del quale il processo di qualificazione del rapporto – semplice, evidente e per lo più intuitivo – non richiedeva la formulazione di criteri di indagine logici, complessi, di tipo indiziario".

Successivamente, i processi economici che hanno interessato le relazioni industriali in epoca più recente hanno determinato una modifica sostanziale della realtà di riferimento, legata ai processi di decentralizzazione e destrutturazione dell'impresa, e di riflesso il fenomeno reale della subordinazione si è trovato a non poter più rinvenire una sua matrice precisa e calzante nel concetto in questione.

Come si vedrà meglio da una lettura della giurisprudenza britannica che se ne è occupata, quanto emerge è che, in verità, anche in passato i giudici hanno dovuto rimettersi ad indagini indiziarie circa gli elementi atti a provare la realtà della subordinazione (definibile solo in termini generici), con la differenza che, in passato, l'indagine poteva essere più intuitiva, e certo meno complessa e articolata rispetto a quella che si deve svolgere oggi (al fine di collocare l'area quantitativamente crescente dei rapporti c.d. grigi, quelli di oggettivamente dubbia collocazione tra autonomia e subordinazione).

All'italiano subordinazione corrisponde l'inglese "*subordination*"³⁶ o anche "*dependence*", ma il sostantivo nel quale il concetto si è tradizionalmente trasposto e ritenuto implicito è quello dello "*employment*", da cui deriva che il concetto di "*employee*" corrisponde, nel linguaggio comune, al concetto italiano di lavoratore subordinato.

Analogamente a quanto appena visto per il concetto di "*contract*", bisogna precisare che neppure il concetto di *employment*³⁷ assume in Gran Bretagna un significato univoco.

Il concetto di *employment* compare in diversi contesti della legislazione inglese, ma viene definito in maniera diversa a seconda del contesto normativo nel quale viene menzionato.

La legislazione sociale, da un lato, usa il termine di *employment* per individuare il rapporto di quelle persone cui la legge attribuisce tutele come quella contro il licenziamento ingiustificato (*unfair dismissal*), il licenziamento per motivi oggettivi (*redundancy law*), il diritto all'informazione scritta circa le condizioni di impiego (*written statement*) e così via.

La common law in senso stretto (*case law*), da parte sua, si riferisce al rapporto di *employment* per individuare la natura e l'estensione delle obbligazioni che siano

³⁶ "Placed in or belonging to a lower order or rank; of less importance; secondary; subject to or under the authority of a superior" E' la definizione data dal Thesaurus' dictionary.

³⁷ La definizione del dizionario recita "an occupation by which a person earns a living; work; business".

derivanti dallo stesso rapporto, in particolare per verificare la presenza di clausole implicite; nell'ambito della responsabilità extracontrattuale (*law of tort*) la giurisprudenza si riferisce al contratto di *employment* essenzialmente per verificare se sussistono i presupposti per una responsabilità del datore verso i terzi danneggiati (*vicarius liability*).

In ciascuno di questi contesti la definizione data al concetto di *employment* tende a divergere, per esempio ai fini della tutela contro il licenziamento l'*employee* è definito (tautologicamente) come “*an individual who has entered into or works under a contract of employment*”³⁸ mentre la normativa sulle discriminazioni per motivi sessuali del 1975 presuppone un “*employment under a contract of service or of apprenticeship or a contract personally to execute any work or labour*”³⁹, facendo così emergere un'area di applicazione soggettiva chiaramente più ampia.

Questo stato di cose ha sollevato in dottrina la questione se il concetto abbia o debba avere un significato unitario, o piuttosto se si tratti di una definizione corrispondente a significati/concetti giuridici diversi⁴⁰.

Anche osservando l'approccio al concetto da parte dei giudici, si riscontra ugualmente una tensione tra l'idea di considerare il termine in maniera concettualmente unitaria, e l'idea di conferirgli piuttosto un significato diverso a seconda del contesto normativo nel quale esso venga considerato.

La diversificazione del significato di *employment* si appalesa nella giurisprudenza che, tanto in passato quanto oggi, suole usare i criteri indiziari rivelatori della subordinazione⁴¹ in modo diverso e alternativo, a seconda della materia del contendere.

Del resto, l'affermarsi del *multifactor test* (indagine che ricerca la subordinazione sulla base non di un criterio indiziario solo, ma di un insieme di criteri diversi, tal volta complementari tra loro, tal volta esclusivi) ribadisce di per sé un approccio pluralista, poiché implica un bilanciamento tra gli indici - dei quali si riferirà meglio più avanti - ai quali si darà un peso minore o maggiore a seconda dei casi, il che presuppone una ponderazione rimessa alla valutazione discrezionale delle corti.

Di contro, le corti hanno mostrato non di meno di favorire anche l'opposto approccio - di tipo unitario - nell'utilizzare lo stesso test in applicazione di contesti normativi diversi, per esempio, utilizzando l'indice del controllo sia all'ambito normativo di contributi fiscali e previdenziali, sia a quello della responsabilità del datore verso i terzi.

³⁸ Employment Relation Act, 1996, sec. 230, 1.

³⁹ Sex Discrimination Act 1975, sec. 82, 1.

⁴⁰ S.HONEYBALL (2005) *The conceptual integrity of Employment*, in *Cambrian Law Review*, vol. 36, 1-14.

⁴¹ Se in Italia si parla di elementi indicatori della subordinazione (es. regime orario, modalità di pagamento e così via), in Gran Bretagna si parla di “test” rivelatori della subordinazione (es. *control test* e così via – si veda *infra*) per riferirsi a criteri di indagine nella fattispecie concreta.

A partire dal caso guida *Yewens v Noakes* [1880], infatti, il dipendente (detto anche *servant* in virtù della tradizione che rinviene il rapporto subordinato nel rapporto *master-servant* del quale si dirà meglio più avanti) è definito in base al *control test* come una persona soggetta agli ordini del proprio capo in relazione alle modalità di espletamento del lavoro (*a person subject to the command of his master as to the manner in which he shall do his work*) e tale definizione è stata ripresa in una molteplicità di dispute sorte per motivi di licenziamento, di evasione fiscale, di sicurezza sul posto di lavoro e così via.

Le corti hanno dato prova di prediligere l'approccio unitario anche nel senso di ritenere ferma la qualificazione di un certo rapporto, in termini di subordinazione o di autonomia, indipendentemente dai diversi contesti normativi considerati, per esempio nel caso *Massey v Crown Life Assurance Co.* [1978] la Corte d'Appello non ha consentito a che il lavoratore, qualificato ai fini fiscali come lavoratore autonomo, fosse poi diversamente qualificato come lavoratore dipendente ai fini dell'applicazione della disciplina sul licenziamento ingiustificato.

Del resto, in certe decisioni la necessità di dare un significato univoco del concetto di *employee* è stata apertamente affermata, sul presupposto che l'approccio alternativo e pluralista implica il rischio di una disparità di trattamento⁴².

In conclusione, l'alternativa si pone in termini di interpretazione circostanziale (pluralista), fondata sulle ragioni della normativa rilevante (*purposive interpretation*), oppure in termini di interpretazione uniforme, indifferente al contesto di riferimento. In entrambi i casi, è intuibile che un costo dovrà essere tenuto in conto sulla strada per affermare la giustizia.

Come in Italia, anche in Gran Bretagna il problema concettuale/terminologico si pone per tanto al centro delle discussioni più attuali ed è proprio sulla falsariga della **rilettura delle categorie, intese in primo luogo come concetti e termini definitivi**, che parte della dottrina inglese si sta muovendo per adattare l'attuale impianto normativo, niente di più, niente di meno, alle nuove esigenze della realtà economica e sociale.

Definire la subordinazione in senso giuridico implica una indagine così problematica che qualcuno conclude, ma solo ironicamente, che “sarebbe meglio non chiedere cosa sia”. E in effetti, sovviene il pensiero che quando la domanda tende a riproporsi senza potersi dare una risposta, conviene piuttosto chiedersi quanto valga ancora la pena di porsi⁴³.

⁴² “...the decision does not depend upon the circumstances in which the question is raised, that is to say, for example, whether it is a claim for damages for personal injury or an issue as to deduct National Insurance contributions” *Calder v H. Kitson Vickers Ltd* [1988].

⁴³ ... “indeed, when one is repeatedly confronted with a difficult question it is worth pondering every once in a while whether there is still point in asking it” così G.DAVIDOV (2006) *The Reports of my death are greatly exaggerated: Employee as viable (though over-used) legal concept*, in *Boundaries and frontiers of labour law*, op. cit. 133.

Contributi interessanti dalla dottrina anglosassone sotto il profilo concettuale/terminologico⁴⁴ suggeriscono l'opportunità di vagliare analiticamente il concetto di dipendenza/subordinazione per evidenziarne le possibili forme.

Il punto di partenza è la considerazione della finalità primaria della definizione della subordinazione nel contesto del diritto del lavoro: è necessario definire la subordinazione per allocare una tutela a quei lavoratori che, in virtù della posizione di debolezza nei confronti della controparte, hanno bisogno di una protezione, a differenza dei lavoratori autonomi che non si trovano nella stessa posizione di debolezza e che per tanto "possono badare a se stessi".

Se questo è il fine politico della distinzione del lavoratore subordinato, occorre chiedersi meglio in che cosa consista questa posizione di debolezza e la risposta è che la debolezza del lavoratore non è un complemento intrinseco, quasi socialmente presunto, della figura del lavoratore subordinato; essa, piuttosto, esprime fattori oggettivi più specifici e distinguibili tra loro.

Sono almeno tre i fattori che generano, o che possono generare, la debolezza del lavoratore: innanzi tutto c'è la sua, possibile, "debolezza contrattuale", in secondo luogo c'è, o ci può essere, un "deficit democratico" rispetto al datore di lavoro nello svolgimento effettivo del rapporto, e in terzo luogo c'è una possibile oggettiva "debolezza economica" del lavoratore; sono tutte e tre condizioni diverse, che possono essere compresenti, ma possono anche esistere solo in parte⁴⁵.

La **debolezza contrattuale** (*inequality of bargaining power*) è un aspetto che viene ritenuto più o meno decisivo a seconda della scuola economica che si scelga di seguire.

Le teorie che appoggiano il libero mercato presuppongono che in un sistema di concorrenza perfetta il prezzo del lavoro (salario) sia determinato in maniera pressappoco automatica dall'incontro tra domanda e offerta, e che pertanto nessun potere dovrebbe essere lasciato alle parti di influire sul processo che determina questo incontro e questo prezzo.

Dal momento che quella della concorrenza perfetta è una ipotesi di scuola, mentre la realtà presenta svariate deficienze del mercato e gli alti tassi di disoccupazione ne sono la conferma, ne deriva che la questione della debolezza contrattuale diventa una questione empirica: si manifesta quando il mercato è circostanziato da dei difetti (i quali possono avere le proprie radici in una infinita quantità di variabili) tali da conferire al datore di lavoro il potere di influire sulle condizioni contrattuali.

⁴⁴ G. DAVIDOV (2006) *The three axes of employment relationships: a characterization of workers in need of protection*, in *University of Toronto Law Journal*, 2002, 52, 357; Id., (2006) *The Reports of my death are greatly exaggerated: Employee as viable (though over-used) legal concept*, in *Boundaries and frontiers of labour law op. cit.*; nonché Id. (2005) *Who is a worker* *Industrial Law Journal*, Vol 34, n. 1.

⁴⁵ G. DAVIDOV (2005) *Who is a worker*, *op. cit.* afferma che: "The term subordination describes the social condition of being under the control of another (to some extent), of having a boss that you have to answer to, of lacking the ability to influence the way the work is performed. All of this can broadly be described as democratic deficits in the relationship vis a vis his or her employer. Economic dependency is another matter; if you have only one employer/client you obviously depend on this relationship for your income (personal fortunes aside); most employees find themselves in this situation, but many people who are not in a position of democratic deficits can experience this vulnerable economic position just as well".

A fronte di questo rilievo empirico, scuole economiche come quella di Chicago, insistono a dire che queste imperfezioni sono relative e che il fattore lavoro deve essere trattato come se il mercato agisse in una condizione di (potenziale) piena occupazione.

Il fatto sicuro è che la disparità nel potere contrattuale non è un fattore che si manifesta *a priori*, come fosse una condizione rigidamente compresente al rapporto di lavoro; in certi casi l'alto grado di competenze può ben dare più forza contrattuale al lavoratore che al datore di lavoro, pensiamo al caso del lavoro artistico, ad esempio.

In diversi termini, si potrebbe pensare un efficace intervento protettivo del lavoratore quando si trovasse in una condizione di debolezza qualificabile come di **deficit democratico**. Il lavoro subordinato è solitamente contraddistinto da poteri del datore di lavoro tali da impedire che il lavoratore possa avere alcuna autonomia nello svolgimento della prestazione. Può ben darsi che il controllo si ponga in termini tali da impedire al lavoratore di esprimere alcuna influenza sui contenuti, sulle modalità, sui tempi della prestazione, di maniera da realizzare dei condizionamenti anche molto forti fin sulla vita sociale del lavoratore, i cui diritti fondamentali – di libertà di movimento, di espressione, di condivisione della vita familiare, etc., risultano così oggetto di un compromesso.

Il terzo tipo di debolezza del lavoratore si potrebbe rinvenire nella situazione in cui questo sia **economicamente dipendente** dal datore di lavoro, quando cioè, fatta eccezione per le fortune personali di ogni singolo individuo, si verifica la situazione in cui malgrado un equilibrato potere contrattuale, malgrado l'assenza di deficit democratico e quindi malgrado la sostanziale libertà del soggetto in questione nel rapportarsi *vis a vis* con il datore di lavoro, le condizioni del rapporto facciano emergere una reale dipendenza economica rispetto al datore di lavoro/cliente; questo è il caso tipico in cui il professionista abbia un solo cliente/datore di lavoro, magari perché il tipo di impegno non gli consente, quantitativamente, di lavorare anche per altri e quindi il suo reddito è completamente derivante dall'attività del datore (monocommittenza necessitata).

A ben vedere si tratta di termini che, in una prospettiva di riforma, potrebbero essere considerati alla stregua di elementi concettuali capaci di fornire una prospettiva disciplinare che avrebbe il pregio, attraverso il processo di diversificazione che porta con sé, di ridurre lo spazio tra fatti (diversi) e norme in tema di subordinazione, di ridurre cioè quella discrepanza, pur fisiologica, tra rapporto di lavoro e disciplina (unitaria) del rapporto di lavoro.

Uno degli studi più ampi e convincenti sul tema definitorio dei rapporti di lavoro a livello concettuale-giuridico⁴⁶ (a testimonianza dello sforzo, proprio anche della

⁴⁶ M. FREEDLAND (2003) *The Personal Employment Contract*, Oxford: Oxford University Press; Id. (2005) *Rethinking the Personal Work Contract*, 58 *Current Legal Problems*, 517; Id. (2007) *Application of labour and employment law beyond the contract of employment*, in *International Labour Review*, Vol., 146, no. 1-2.

dottrina anglossassone di fornirsi di quell' "alfabeto originario di concetti" di cui la common law è tradizionalmente priva, e anche a testimonianza del trend armonizzante tra common law e civil law), avvalendosi di vari contributi dottrinali precedenti⁴⁷, mira a ridefinire i confini della materia del diritto del lavoro appunto spostandola dal concetto di contratto di lavoro subordinato inteso in senso stretto, al concetto più ampio del "*personal employment contract*" che, in questo senso lato, comprende non solo coloro che abbiano stipulato un contratto "tipicamente" subordinato, ma anche tutti coloro che abbiano di fatto svolto attività lavorativa in maniera personale, per la quale siano direttamente responsabili in termini organizzativi, purchè non si tratti di una attività svolta genuinamente in forma di impresa⁴⁸.

La trattazione così concepita estende perciò i margini della materia a tutti coloro che possano dirsi lavoratori (*workers*) e comprende i lavoratori "semidipendenti" o para-subordinati.

Questa dottrina muove dalla considerazione del carattere dinamico del rapporto di lavoro e passa anch'essa per la presa di consapevolezza che il rapporto di lavoro meritevole di protezione da parte dell'ordinamento abbia una natura e un carattere tali da non poter essere ricondotto entro una categoria unica, entro una sola fattispecie soggettiva, a meno che non si conceda di riconoscere diverse sotto fattispecie cui far corrispondere diversi trattamenti normativi.

E', in questo senso, preferibile adottare un "*piecemeal approach*", un approccio frammentario capace di abbracciare le differenti ipotesi di lavoro più o meno dipendente per ricondurlo alle diverse ipotesi di intervento protettivo (questa impostazione è definita da qualcuno come l'impostazione di fatto già predominante nel sistema legale inglese⁴⁹).

La consapevolezza di non poter più descrivere il quadro dei rapporti di lavoro entro una categoria unitaria e di riflesso neppure in una categoria dicotomica (lavoro subordinato – lavoro autonomo) ha condotto a fare "un salto" verso il riconoscimento di una "famiglia di rapporti di lavoro variamente correlati gli uni agli altri ("*a shift from unified analysis of the contract of employment to the recognition of a diverse though inter-linked family of personal work contracts*").

⁴⁷ Si vedano in particolare B. HAPPLE (1986) *Restructuring Employment Rights*, in ILJ,15, 69, che sposta la definizione da "contract of employment" a quella di "employment relationship", nonchè H. COLLINS (1990) *Independent contracts and the challenge of vertical disintegration to employment protection laws*, in OJLS, 10, 353, che argomenta, in termini interpretativi piuttosto che ridefinitori, per la necessità di una interpretazione della categoria di *employee* che sia più inclusiva.

⁴⁸M.FREEDLAND (2003) *The personal employment contract*, Oxford Publishing, 28-29 propone la seguente definizione "(...) *the personal employment contract defined as comprising contract for employment or work to be carried out normally in person and not in the conduct of an independent business or professional practice*". Con la precisazione che il concetto deve leggersi: "*in the course of a process or practice of production of goods, including intellectual goods or provision of services of which process or practice the contractor is the primary and substantially autonomous organiser*".

⁴⁹ J. DUDDINGTON (2007) *Employment Law*, 2nd ed. Pearson Longman, 49.

La tradizionale dicotomia, presente notoriamente in tutti gli ordinamenti giuslavoristi con una tradizione economica capitalistico-industriale, potrebbe essere foriera di discussioni non utili alla causa della ricerca di categorie definitorie adattabili alla nuova realtà dei mercati del lavoro e, di conseguenza, alla causa della giusta redistribuzione delle tutele.

Il punto della necessità di superare questa dicotomia (senza negarla) è acquisito dalla dottrina italiana sicuramente sotto un profilo empirico, legato al proliferare di forme di lavoro atipiche, e di recente sta prendendo piede anche sotto un profilo concettuale e teorico quale manifesto nelle proposte di riforma legislativa che concepisce l'idea del c.d. contratto unico ⁵⁰.

Negare la dicotomia tradizionale potrebbe costituire un azzardo all'impianto lavorista, quale tradizionalmente fondato sul concetto della protezione del lavoratore subordinato. Ed è pertanto opportuno precisare che, secondo queste analisi propositive, superare la dicotomia non significa negare le peculiarità del lavoro subordinato e le relative esigenze di tutela connesse alla debolezza (variamente determinata e determinabile, come appena visto sopra), ma piuttosto significa riconoscere una esigenza di protezione dell'attività lavorativa anche al di là della subordinazione, il tutto in maniera graduale e adattata sulle peculiarità del rapporto di lavoro in questione.

Si è tanto più in grado di comprendere queste disquisizioni sulle categorie definitorie del rapporto di lavoro quanto più si riesce a fare una sorta di *tabula rasa* di quella che è la struttura categorica tradizionale (inglese ma anche italiana) che attualmente disciplina il rapporto di lavoro. Definizioni tradizionali non vanno perdute, esse torneranno utili in un secondo momento. In un primo livello di analisi il riferimento alle (obsolete) categorie tradizionali può essere foriero di fraintendimenti.

Come primo passo, si può immaginare di essere non (ancora) davanti a una nuova teoria sulle categorie del rapporto di lavoro, ma piuttosto, semplicemente, presi dall'osservazione della realtà socio-economica per come essa si presenta ai nostri occhi. Questo atteggiamento mentale è quello tipico e naturale del giurista di *common law*, che non ragiona su categorie astratte ma piuttosto sul dato empirico fornito dal caso in esame; il giurista di *civil law*, abituato a trattare direttamente con categorie astratte piuttosto che con il caso singolare, può trovarsi più disorientato. Ma solo attingendo, in prima battuta, direttamente dai dati empirici che la realtà ci presenta è possibile prendere cognizione della vasta area di intervento che, nell'ambito delle nuove relazioni industriali e nelle più specifiche condizioni in cui

⁵⁰ Auspicavano uno Statuto dei lavoratori che superi la tradizionale dicotomia tra lavoro dipendente e lavoro autonomo, tra gli altri, M.BIAGI - M.TIRABOSCHI (2007) *Istituzioni di diritto del lavoro*, IV Ed., Giuffrè, 139; si ricorda il contributo di ICHINO P. (1998) *Un solo diritto e un solo mercato per lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in Aa.vv. *I destini del lavoro, Autonomia a subordinazione nella società post-fordista* (a cura di F.Amato) Ed. Franco Angeli. Di recente la proposta di un contratto unico di lavoro, a tempo indeterminato, emerge dalle proposte di Boeri e Ichino, per le quali si veda *infra* in nota.

il lavoro umano si svolge, impone una ridefinizione, una ri-nomenclatura dei concetti definatori.

Le istanze vecchie e nuove del mercato del lavoro possono emergere ed essere monitorate sia attraverso i dati del contenzioso lavorista, e quindi dalla giurisprudenza, ma, soprattutto in una realtà a basso tasso di legalità come l'Italia, possono leggersi sulla base delle indagini socio-statistiche che fotografano il radicamento e il raggio dei rapporti sommersi e informali.

La categoria definizionale proposta è quella del lavoro umano svolto, in virtù di un contratto, in maniera prevalentemente personale (*personal employment contract*) e sulla base di questo concetto ampio di rapporto di lavoro (per una disamina della "categoria" di *worker* in Gran Bretagna si veda *infra*) si pongono le basi per una riallocazione delle tutele.

In altre parole si deve figurare una sorta di nuova matrice, entro le cui assi sono disposte le diverse forme contrattuali: essa è comprensiva sia delle forme di lavoro autonomo sia delle forme di lavoro dipendente; gli elementi di questa matrice saranno ciò che consente di distinguere una forma dall'altra. Il contratto di lavoro dipendente è uno dei modelli contrattuali ricompresi, e certamente anche quello numericamente più rilevante nella realtà Britannica come in Italia e nel resto del continente, ma al suo fianco vengono poste varie altre fattispecie che a tratti partecipano, a tratti non partecipano, degli elementi del modello tradizionale.

Non si è, a ben vedere, già davanti a nuove fattispecie con i rispettivi effetti giuridici, ma solo in una fase di riconoscimento preliminare della realtà, come di autenticazione della stessa, cui segue una bozza di processo ridefinitorio che potrebbe rappresentare un primo passo verso una possibile nuova teoria generale sui rapporti di lavoro in una prospettiva non solo nazionale, ma anche europea.

Per dare qualche elemento ulteriore nella comprensione di questo processo di ridefinizione della fattispecie, ancora prima che delle tutele, la "matrice" cui la dottrina qui riportata pensava, così come aggiornata nel 2007⁵¹ e fondata sulla nozione di "*personal employment contract*", è strutturata su due concetti portanti: il primo è quello di "*family of personal work contracts*" che potrebbe essere tradotto come "famiglia o gruppo dei rapporti di lavoro a carattere personale (ovvero l'insieme) e il secondo, decisivo ai fini del discernimento, è quello di "*work personal nexus*", che potremmo tradurre come "nesso contrattuale specifico" (ovvero come ciò che definisce la relazione tra gli elementi

⁵¹ M. FREEDLAND (2007) *Application of labour and employment law beyond the contract of employment*, in *International Labour Review*, Vol., 146, no. 1-2.

dell'insieme). Qui fanno eco le conclusioni della dottrina italiana in punto di riforma della fattispecie del lavoro subordinato⁵².

Il concetto di “nesso contrattuale specifico” fornisce un primo rudimentale riferimento atto a: A) distinguere una relazione contrattuale dall'altra e B) individuare cosa invece le accomuna. Da una prospettiva di civil law, si osserva che questo concetto non si pone come un elemento costitutivo della fattispecie, ma solo come uno strumento definitorio atto a spianare la strada a una indagine definitoria e terminologica più ampia.

Una indagine degli elementi fattuali concreti in grado di distinguere o accomunare un contratto rispetto l'altro (es. dimensioni dell'impresa o delle imprese, distribuzione del rischio di impresa, modalità del controllo/direzione della prestazione personale, e così via), potrebbe costituire ancora un passo avanti verso una rilettura radicale dei rapporti di lavoro e quindi, contestualmente, delle connesse discipline e tutele.

Nello scoprire la grande famiglia dei rapporti personali di lavoro, si muove dal presupposto che non solo il concetto di *employee* (lavoratore subordinato - subordinazione) deve essere oggetto di riconsiderazione, ma anche il concetto di datore di lavoro è chiaramente considerato obsoleto e non più capace di cogliere, nella sua terminologia tradizionale, elementi di fatto fortemente distintivi tra un rapporto e l'altro.

Basti pensare alla differenza che esiste tra imprese in base al requisito dimensionale, all'oggetto sociale, in base al tipo di rapporto (diretto o intermediato) tra datore e lavoratore⁵³ e così via.

Del resto, non solo il tipo di subordinazione che lega il lavoratore al datore, e non solo la natura dell'impresa datore di lavoro, ma anche fatti ulteriori dovrebbero non di meno fondare una specifica riconsiderazione della fattispecie e quindi del nesso

⁵² Si tratta di una costruzione che presenta chiare assonanze con le più note proposte di riforma generale delle fattispecie definitorie del rapporto di lavoro nel panorama della dottrina italiana. In particolare si ricordano le proposte di Pier Giovanni Alleva e Massimo D'Antona, ispirate a una idea di *genus* del rapporto di lavoro, detto anche lavoro *sans phrase* o “senza aggettivi” - cui attribuire una generalità di tutele - che si distinguerebbe, per contenerle, da una serie di *species*, tra cui anche il lavoro più tradizionalmente subordinato. Il tratto che unisce il *genus* alla *specie* del rapporto subordinato, sarebbe da individuarsi, secondo Alleva, nella presenza di un “patto aggiuntivo” che stabilisca l'inserimento del lavoratore all'interno dell'organizzazione e di conseguenza la sua sottoposizione a ordini e direttive (art. 6 della proposta Alleva); mentre questo stesso tratto, se vogliamo questo *nesso di congiunzione*, nella visione di D'Antona, discenderebbe in via presuntiva dalla sottoposizione di fatto del lavoratore alle direttive e al controllo del datore di lavoro (art. 3 proposta D'Antona). Si possono consultare le due proposte in AA.VV. (1996) *La disciplina del mercato del lavoro, proposte per un testo unico* (a cura di G.GHEZZI), 187 e ss.

Anche tra le proposte più recenti non mancano richiami a una idea di fattispecie omnicomprensiva, dal punto di vista soggettivo, dei rapporti di lavoro: si ricorda quella riconducibile a Tito Boeri e Pietro Garibaldi (per la quale di veda in <http://www.lavoce.it/info/articoli/pagina2900.html>) nonché quella di Pietro Ichino, confluita nel d.l. n.1481 del 2009: entrambe richiamano una fattispecie unica (c.d. contratto unico a tutele progressive) a tempo indeterminato. Il modello nord-europeo è, in entrambi le proposte, chiaramente evocato, come si avrà modo di constatare meglio nel riferire del sistema di tutele previsto nel Regno Unito (*cf.* in particolare paragrafo 3.5.6).

A proposito dell'idea di una fattispecie unica possono essere richiamate anche le conclusioni dell'ILO, secondo il quale “The employment relationship, a legal concept, exists in the 39 countries studied by the Ilo and most others, with certain similarities from which a certain profile emerges. This finding is fundamental”.

⁵³ Il riferimento va alle forme di appalto genuino di servizi ex art. 29 Dlgs. 276/2003 per la tradizione italiana o all'*agency work* ai sensi degli *Employment Agency Act 1973* e *Conduct of Employment Agencies and Employment businesses Regulations 2003* per la tradizione britannica, o anche al distacco dei lavoratori ai sensi della normativa comunitaria (Direttiva CE 1996/71).

contrattuale esistente tra fattispecie diverse: si tratta di considerare elementi di discernimento quali:

- a) durata e continuità del rapporto di lavoro (*duration and continuity of employment*);
- b) carattere più o meno personale della collaborazione (*personality of employment*), con relative possibilità di delega;
- c) lo scopo o la motivazione (*purpose or motivation*).

Il primo elemento non necessita di molte spiegazioni: esso porta solo l'interprete a considerare che la durata e la continuità di un rapporto di lavoro è un fattore essenziale nel distinguere tra un contratto di lavoro e l'altro ai fini della tutela.

L'elemento della personalità è relativo al *quantum* di collaborazione di tipo personale fornita dal lavoratore, data la possibilità di forme contrattuali in cui il lavoratore può avvalersi di collaboratori o nelle quali può farsi sostituire.

Infine, se lo scopo del contratto di lavoro, da un punto di vista minimo e essenziale, è quello della fornitura di un servizio in cambio di un compenso, potrebbe essere di rilievo qualificatorio considerare che si tratta solo del primo basico livello della contrattazione, mentre nella realtà i rapporti di lavoro mirano spesso a ottenere elementi di scambio ulteriori: non solo i contratti a contenuto formativo presentano una, evidente, finalità diversa e ulteriore rispetto a quella dello scambio lavoro-corrispettivo, la stessa cosa può essere detta per i contratti nel pubblico impiego, per il settore del volontariato, per il lavoro artistico, per le opere innovative, servizi sociali e previdenziali e così via.

Se tutti gli elementi come appena riportati (e non si deve pensare a un elenco esaustivo) possono essere considerati come fattori determinanti nella distinzione di un rapporto di lavoro rispetto all'altro, è ora forse più chiaro come il concetto di *work personal nexus* (nesso contrattuale specifico) possa costituire un contenitore capace di correlarli, di dare loro una sistemazione.

Sulla base degli elementi riportati, la dottrina in questione ha tentato la configurazione grafica della "famiglia dei contratti di lavoro", nell'ottica di dare maggiore concretezza e percezione alla propria visione; essa indica almeno sei categorie di contratti, che lontane dal voler fornire un quadro esaustivo, mirano solo a provocare il dibattito verso ulteriori riflessioni, aggiustamenti e correzioni e implementazioni.

Le sei forme di lavoro, le forme contrattuali prevalenti, potrebbero essere le seguenti:

- 1) *standard employees* - lavoratori dipendenti standard
- 2) *public officials* - lavoratori nelle pubbliche amministrazioni
- 3) *liberal professionals* - lavoro dei liberi professionisti
- 4) *individual entrepreneurial workers* - lavoro personale dei lavoratori autonomi (c.d. freelances, consulenti interni etc.)

- 5) *marginal casual workers* - lavoro personale di tipo marginale (lavori a tempo determinato, lavoro occasionale, lavoro part-time, lavoro volontario)
6) *labour market entrants* - lavoro personale “di entrata” (apprendisti, stagisti).

E' nella consapevolezza degli autori di questi studi il fatto che una simile prospettiva definizionale, sebbene ancora in fase embrionale, sia suscettibile di fronteggiare alcune delle maggiori problematiche nell'attuale disciplina dei rapporti di lavoro.

In primo luogo essa ha il merito della estensione del raggio di competenza del diritto del lavoro al di là del rapporto di lavoro subordinato, senza la sottovalutazione dei rischi connessi (che derivano dall'accoglimento di aree disciplinari tradizionalmente estranee alla *ratio* fondante del diritto del lavoro, ovvero, la protezione del lavoratore nella sua posizione di debolezza).

L'analisi non nega la maggiore forza, quindi la minore necessità di protezione, della posizione di certe figure di lavoro autonomo, ma allo stesso tempo non si pone sul versante politico della redistribuzione delle tutele, quanto piuttosto su quello analitico del riconoscimento delle fattispecie in termini definitivi e terminologici.

Studi come quelli cui si è appena fatto cenno convincono sotto il profilo del perfezionamento tecnico del diritto del lavoro, in tempi di necessaria ridefinizione e ammodernamento.

Infatti, una volta riconosciute le diverse categorie definitorie (*definitional categories*) al di là del binario divisorio e fuorviante “lavoro subordinato - lavoro autonomo”, e una volta superata anche la rigidità che vede da un lato la normativa derivante dalla *case law* da quella derivante dal legislatore, risultano chiari i seguenti punti evolutivi:

I) *migliore comprensione delle differenze esistenti tra le diverse tipologie di rapporti di lavoro, al fine di elaborare per essi una disciplina ottimale.*

Come esempio di questo risultato è stata data la considerazione della legislazione sull'orario di lavoro in connessione con la legge sul salario minimo⁵⁴: nell'applicare queste due normative a un dato caso, l'interprete si trova, in mancanza di una ridefinizione delle fattispecie contrattuali, nell'imbarazzo derivante dalla possibilità per le parti di formulare accordi diversi in punto di orario e di salario tali da vanificare del tutto la *ratio* della normativa sui livelli minimi di salario (il salario può essere completamente connesso al tempo di lavoro, e qui tendenzialmente le tutele coabitano in modo complementare e razionale, ma può anche essergli del tutto sconnesso, cosa che implica la possibile frustrazione e/o un abuso delle tutele). Se l'impianto tecnico non consente di distinguere adeguatamente, nella fattispecie, l'elemento del tempo/orario dall'elemento della retribuzione, sul fronte delle tutele non potrà essere rinvenuta la protezione sperata e rapportata in maniera variabile sia al tempo sia alla retribuzione. Si potrebbe arrivare all'assurdo di un lavoratore

⁵⁴ *Working Time Regulations Act 1998 e ss. e National Minimum Wage Act 1998*

con diritto al reddito minimo che gode però di introiti non rapportati al tempo ma alla produttività.

Un altro esempio viene fornito nell'ambito dell'obbligo di fedeltà e non concorrenza del lavoratore, obbligo tradizionalmente previsto in capo al solo *employee* e che di fatto giurisprudenza e legislatori stanno estendendo in maniera circostanziata ad altre forme di lavoro attraverso interventi sporadici⁵⁵. La matrice generale consente anche in questo caso di circoscrivere una più ampia gamma di rapporti di lavoro (non solo subordinati ma anche parasubordinati) e fornisce allo stesso tempo degli strumenti concettuali di discernimento che salvaguardano le differenze sostanziali senza nulla togliere alla coerenza disciplinare di sistema. In altre parole l'uso di una matrice che offra un pluralità di termini multidimensionali genera la fiducia a che il tetto non cadrà quando si ci allontani dalla traccia nota per indagare spazi nuovi (*“the use of multidimensional analytical framework encourages confidence that the roof does not fall in when this kind of experimentation is attempted”*).

In una prospettiva strettamente italiana, si può argomentare qui che questo approccio riformatore potrebbe rendersi utile per evidenziare differenze di trattamento che lo stato normativo attuale non consente di far emergere.

II) *Continuità (e sistematicità) di disciplina tra contratti diversi svolti dallo stesso lavoratore*

Ottenere una continuità e una sistematicità di disciplina tra diversi contratti di lavoro dipendente, autonomo, o anche rispetto a fattispecie aderenti all'area commerciale (per esempio le contrattazioni con finalità previdenziali) e' un risultato (potenziale) che si riferisce alla necessità, in una prospettiva riformista, di considerare i legami che sussistono tra diverse fattispecie contrattuali.

Dovrebbero, in questa prospettiva, essere considerate non solo le fattispecie contrattuali tipicamente lavoriste, ma anche quelle relazioni (pertinenti all'area strettamente commerciale/previdenziale) non di meno connesse alla prestazione lavorativa e talvolta incisive in maniera sostanziale sul rapporto di lavoro. Come esempio, viene dato quello di un rapporto di lavoro con connessa stipulazione di una pensione complementare finanziata dall'impresa datrice di lavoro: il caso in cui il datore di lavoro possa finanziare la prestazione previdenziale del lavoratore e' diverso dal caso in cui il datore non possa farlo, basti pensare a quanto nel primo caso sia maggiormente giustificata una politica di fidelizzazione del lavoratore o a quanto possa essere ridotta proporzionalmente, sempre nel primo caso, la tutela per il reddito minimo.

La ricerca di una continuità disciplinare tra le diverse fattispecie mira a ottenere una maggiore comprensione e una maggiore aderenza della regolamentazione stessa al caso in questione.

⁵⁵ In Italia l'art. 64 D.lgs 276/2003 prevede questo obbligo in capo ai lavoratori a progetto, mentre non si può dire che la giurisprudenza abbia affermato una generalizzazione di questo principio a tutta l'area del lavoro c.d. parasubordinato.

Conclusivamente, il concetto del “nesso contrattuale specifico” porterebbe a una maggiore potenzialità di discernimento tra una fattispecie e l’altra, ferma restando la correlazione di ognuna con l’altra, quale emergente da un unico modello definizionale che l’organo legislativo dovrebbe legittimare con un atto proprio.

1.4 Comparazione tra common law e civil law nel diritto del lavoro

Tenendo presente la triplice dimensione entro cui conviene indagare il tema della subordinazione (*concetto giuridico/fatto/effetto giuridico*), ed al fine di avanzare verso la dimensione normativa e di configurazione della fattispecie (subordinazione come concetto giuridico e come complesso di effetti giuridici) si credono opportuni dei cenni di carattere comparato concernenti il rapporto tra ordinamento italiano e ordinamento anglosassone.

La comparazione delle forme del diritto del lavoro inglese con quelle del diritto del lavoro italiano, è stata di fatto considerata peregrina dalla più tradizionale e maggioritaria dottrina italiana (salvo l’inversione di tendenza degli ultimi anni, legata al processo di globalizzazione e di omologazione delle tradizioni legali) e lo dimostra l’esiguo numero di studi in rapporto a quelli che hanno indagato e comparato esperienze legali più affini sotto il profilo dell’evoluzione storico-sociale e sotto il profilo tecnico-dogmatico, come quella francese e tedesca⁵⁶.

Ha contribuito a questo relativo interesse un pregiudizio di antica derivazione (oggi radicato meno che nei decenni passati per via dei più evidenti effetti del processo di integrazione europea): il pregiudizio della non comunicabilità del sistema della common law con la civil law.

E’ stato osservato come “anche il giurista continentale è portato a ritenere, quasi per un riflesso naturale, che la common law sia afflitta da una alterità impermeabile, che ne avrebbe garantito al tempo stesso l’identità e la purezza”⁵⁷.

Invece, lungi dall’essere così alieno dal sistema italiano, il diritto inglese partecipa, anche storicamente, di forti e decisive influenze derivate dall’esperienza continentale, a partire dalla considerazione per quel *Corpus Juris Civilis* di Giustiniano che pur non avendo avuto efficacia diretta nel regno anglosassone, è stato considerato parte delle leggi non scritte che hanno fornito impronte tangibili

⁵⁶ Non mancano delle eccezioni, tra le quali si ricordano GRANDI M. (1970) *Studi sul diritto del lavoro inglese e americano*, Giuffrè; M. PAPALEONI (1982) *Diritto internazionale e comparato del lavoro dei paesi a common law*, in Enciclopedia giuridica del lavoro, a cura di G. MAZZONI e G. SUPPIEJ; P. ICHINO (1981) *Il modello britannico d’intervento pubblico sul mercato del lavoro*, in AA.VV. Istituzioni e politiche del lavoro nella Comunità Europea, Franco Angeli, 27 e ss. Gino Giugni, come ricorda S.SCIARRA (2006) in *L’evoluzione della contrattazione collettiva in Europa*, in RIDL, I, 448, sottolineava come il modello anglosassone costituisca un esempio non riconducibile ad una corretta comparazione giuridica *sul fronte della contrattazione collettiva*, per la diversa distribuzione dei contratti collettivi nelle aree di attività economica oltre che per la diversa storia e composizione dei movimenti sindacali.

⁵⁷ ALPA G. (2002) *In partibus angliae, immagini del common law nella cultura giuridica italiana*, in Materiali per una storia della cultura giuridica, a. XXXII n. 1, giugno, 25

nella costruzione del sistema di consuetudini via via riconosciute dalle decisioni dei giudici inglesi (cioè dalla *case law*).

In epoca più recente si è riscontrato un fenomeno inverso, quello dell' **influenza della tradizione inglese su quella continentale**, fatto accaduto prevalentemente nell'ambito del diritto pubblico, poichè la tradizione monarchica-parlamentare inglese ha costituito un modello per gli Stati moderni del Continente.

Potrebbe perciò sembrare che “il diritto *privato* continentale, romano nelle sue radici, francese nella sua struttura codificata, e poi tedesco nella sua impalcatura concettuale, sia un terreno apparentemente precluso alla penetrazione degli influssi della common law”⁵⁸; ma così non è.

In primo luogo il diritto privato continentale ha subito influssi di stampo anglosassone derivati proprio dal richiamo del modello costituzionale d'oltre manica. Parlando infatti di fonti del diritto del lavoro va riportato l'influsso del sistema costituzionale inglese sui rapporti privati, in particolare del ruolo giocato dalla giurisprudenza. Il modello costituzionale britannico, antico ispiratore dei processi di costituzione degli Stati moderni, tra le cui regole non scritte troviamo quella dell'attenersi al precedente (*stare decisis*) legittima la funzione nomofilattica che non di meno troviamo affermata nelle tradizioni delle supreme corti giudiziarie continentali (in Italia della Corte di Cassazione).

In secondo luogo il diritto privato continentale è stato penetrato dal processo di integrazione europea e dai dichiarati intenti europeisti di uniformizzazione e armonizzazione normativa, realizzati prevalentemente attraverso lo strumento della direttiva comunitaria; il processo di integrazione europeo ha fatto confluire nelle tradizioni del Continente una serie di istituti e di metodologie giuridiche fortemente influenzate dalla tradizione anglofona, anche a causa della maggiore praticabilità della lingua. Vedremo meglio come, per altro, anche a livello comunitario, i timidi passi avanti sul fronte delle problematiche della qualificazione del rapporto di lavoro siano stati fatti dal diritto casistico (ad opera della Corte di Giustizia⁵⁹).

Fatte queste premesse di ordine generale, si può poi verificare come la common law e la civil law rappresentino **due modelli le cui diversità emergono in maniera tenue nello specifico della materia lavoristica**.

Questo è dovuto, da un lato, all'evoluzione massicciamente giurisprudenziale che contraddistingue il diritto del lavoro italiano, come più in generale il diritto del lavoro nell'esperienza continentale⁶⁰.

Dall'altro lato questo è dovuto all'impronta tipicamente legale-statutaria (cioè che deriva da atti del Parlamento) che viceversa contraddistingue le basi del diritto del

⁵⁸ ALPA G. (2002) *In partibus angliae, immagini del common law nella cultura giuridica italiana*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XXXII n. 1, giugno, 34

⁵⁹ Si veda in questo senso *infra* al paragrafo 5.4.

⁶⁰ S. ENGBOLOM (2003) *Self-employment and the Personal Scope of Labour Law – Comparative Lessons from France, Italy, Sweden, the United Kingdom and the United States*. PhD Thesis, European University Institute, Florence.

lavoro inglese moderno e dei suoi istituti conformanti (tutela contro il licenziamento, salario minimo e così via) in rapporto ad altre discipline.

Negli anni più recenti l'esperienza del diritto del lavoro inglese è stata esplicitamente presa a modello dai legislatori italiani, ed è il caso, in primo luogo, della Riforma Biagi del 2003, che prende le mosse, come si vedrà meglio più avanti, da una aspirazione razionalizzatrice di ampio respiro a base della quale il modello britannico è stato richiamato a più riprese.

Non di meno la particolare evoluzione storica del rapporto di lavoro subordinato in Gran Bretagna e il proposito di inquadrare correttamente le categorie definitorie coinvolte, rende opportuno fare un cenno agli elementi caratterizzanti di questo ordinamento, soprattutto in rapporto alla struttura delle fonti. Più in generale sono di rilievo certe peculiarità culturali-istituzionali che hanno costituito e che contraddistinguono le basi di questo diverso arcipelago giuridico⁶¹.

1.5 Il diritto del lavoro nella cornice storico-istituzionale inglese

Come ogni settore del diritto inglese, anche il diritto del lavoro deve fare i conti, in Gran Bretagna, con la **mancanza di una Costituzione scritta**, ovvero con la mancanza di un documento che rappresenti la limitazione del potere assoluto dei governanti a pro dei diritti individuali e collettivi dei cittadini, e che limiti altresì il potere dei singoli nei confronti dei singoli (in virtù del riconoscimento da parte dell'ordinamento di diritti fondamentali e inviolabili).

In Gran Bretagna non esistono norme scritte atte ad affermare i principi di tutela costituzionale del lavoro, quali invece troviamo affermati dalla Costituzione italiana agli articoli 4 e 35 (diritto e tutela del lavoro), 36 (diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente), 37 (parità di trattamento e tutela del lavoro della donna e dei minori), 38 (tutela degli inabili al lavoro), 39 (riconoscimento della libertà sindacale) 40 (diritto di sciopero).

Non di meno questi stessi principi e diritti fondamentali, nella misura accolta secondo l'evoluzione politica specifica di questo Paese⁶², devono ritenersi presenti a presidiare le relazioni di lavoro anche in Gran Bretagna.

La maggior parte delle norme fondamentali per la tutela del lavoro trovano fondamento negli Statutes, cioè negli atti del Parlamento, considerati come una fonte di diritto suprema, alla cui manifestazione partecipano la volontà del popolo (House of Commons) quella della massima autorità giudiziaria (House of Lords) nonché quella della Casa Reale. Gli atti del Parlamento hanno poi ratificato e pertanto accolto i contenuti del diritto europeo, che così ha assunto una posizione di

⁶¹ L'espressione di arcipelago rende bene la fondamentale differenza tra la common law il diritto codificato, dove nella prima non sempre esistono ponti tra un'isola e l'altra.

⁶² Non trova un riconoscimento in termini di diritto legale positivo il diritto di sciopero.

prevalenza rispetto alle fonti nazionali sebbene in mancanza di un formale riconoscimento di poteri sovrani in capo agli enti sovranazionali⁶³.

Tuttavia, gli intricati **rapporti tra il diritto emanato dal Parlamento (*statute law*) e la sua concreta attuazione da parte delle corti giudiziarie** (common law intesa come *case law*) che a sua volta costituisce normativa vincolante in virtù dello *stare decisis*, rende altamente incerta la portata dei principi e quindi il contenuto effettivo dei diritti di rango fondamentale cui si voglia fare riferimento.

In altre parole non è predefinito il limite entro cui il Parlamento da un lato, e i tribunali del lavoro insieme alle corti civili nelle rispettive competenze lavoristiche dall'altro lato, siano vincolati al rispetto di questi principi "di rango costituzionale". La considerazione del carattere spesso illusorio della **certezza del diritto codificato** continentale (specie quando siano coinvolti dei principi fondamentali a carattere generale⁶⁴), ma anche la peculiare storia che ha contraddistinto l'evoluzione del sistema legale inglese, aiutano a familiarizzare con questa condizione.

L'evoluzione storica che dal Medioevo, dal tempo dei primi re normanni insediatisi nel Regno di Gran Bretagna, ha condotto allo stato attuale dell'ordinamento politico e sociale di questo Paese, fa capire che se gli inglesi non hanno una Costituzione scritta è dipeso, essenzialmente, dal fatto che non ne hanno avuto bisogno. La storia costituzionale inglese si è, infatti, distinta per la sua continuità, per il suo essere stata interrotta da eventi politicamente traumatici in maniera minore rispetto ai paesi del continente, il che ha portato al radicarsi di una cultura sociale relativamente più coesa, oltre che a una gestione della cosa pubblica e ad una pratica amministrativa mediamente più efficienti.

Questo ha contribuito a far considerare il modello costituzionale/amministrativo del Regno Unito un esempio.

Basti ricordare che il primo esperimento di quel "contratto sociale" che notoriamente fonda la struttura dello Stato democratico moderno è rinvenuto dagli storici nel compromesso tra Giovanni Senzaterra e i baroni che nel 1215, nei pressi di Windsor, obbligarono il Re a trattare il riconoscimento dei privilegi della classe baronale appunto in limitazione del potere regio: la Magna carta del 1215 – che riconobbe una serie di privilegi ritenuti esistenti, e non anche l'affermazione di privilegi nuovi – è un contratto sociale di stampo moderno che, senza passare per una rivoluzione, ha portato al primo fondante esempio di limitazione del potere assoluto.

⁶³ Una fonte di diritto internazionale che, di fatto, dal 1998, anno della sua ratifica formale in Gran Bretagna, sta qui svolgendo il ruolo di fonte di rango costituzionale scritta, con il potere di limitare sia il potere delle corti sia il potere del Parlamento nel senso di porre dei vincoli sia alle interpretazioni giudiziarie sia alle regolamentazioni legali è la Convenzione per i Diritti Umani firmata a Roma nel 1950, comprensiva dell'apparato giurisprudenziale della Corte per i Diritti Umani (*Human Right Act 1998*) e che trova nella Carta per i Diritti Sociali la sua appendice economico-sociale.

⁶⁴ Sul problema dell'incertezza nel diritto del lavoro, in particolare, A. VALLEBONA (1992) *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, DL, I, 479; sul rapporto tra ordinamento legale e vita delle persone, S. RODOTA', *La vita e le regole, tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2006.

La **tradizione feudale britannica** che ha consentito questo passaggio si distingueva dalla tradizione continentale, tra l'altro, sotto due profili di notevole rilievo culturale: da un lato il rapporto di fedeltà che legava i cittadini ai regnanti, e dall'altro lato da uno spiccato liberalismo che distingueva i rapporti di vassallaggio.

La tradizione feudale britannica esprimeva infatti un rispetto per il principio di fedeltà ai regnanti quale non si riscontra nelle analoghe esperienze medievali europee, e del resto tracce di questo atteggiamento culturale sono ben visibili nella società britannica moderna, affezionata alle vicende personali della casa reale; basti pensare che ai sudditi era imposto un giuramento di fedeltà al re fin dall'adolescenza⁶⁵.

Dall'altro lato il feudalesimo britannico si distingueva dai modelli del continente per il suo accentuato liberalismo: i rapporti feudali di stampo germanico affermatosi nel Regno, infatti, “non davano luogo a vincoli personali di soggezione a carattere signorile così estesi e onnicomprensivi da potere, anche soltanto per certi periodi, soddisfare le esigenze fondamentali della convivenza di un popolo”⁶⁶. Come derivato di questo evidenziato liberalismo, anche come un sorta di contraltare ad esso, vi era il fatto che gli inglesi “non seppero, anche perché non potevano, rinunciare ad avere un re inglese (che fornisse loro) governo centrale efficiente, amministrazione in grado di mantenere l'ordine e l'unità del Paese”⁶⁷.

La storia del Regno Britannico viene descritta come in costante tensione tra l'affermazione delle prerogative regie e la rivendicazione dei diritti dei rappresentanti dei gruppi di interesse contrapposti.

Se in epoca feudale si contrapponevano al Re gli interessi dei baroni, nelle epoche successive gli interessi particolari hanno finito per confluire nelle rappresentanze delle compagini parlamentari. Questo fatto ha consentito a che, in Gran Bretagna, il potere dei governanti non sia mai arrivato ad avere quei caratteri di assolutezza come è arrivato ad avere nell'Europa continentale fino al secolo passato.

Allo stesso risultato in termini di equilibrio istituzionale ha contribuito anche il ruolo forte e orgoglioso giocato dalle corti giudiziarie, le quali notoriamente hanno sempre rivendicato una autonomia consona alla propria competenza e professionalità.

E' così che l'ordinamento inglese, segnato da una **dialettica costante tra i poteri dello Stato** e da una **autonomia reciproca di questi poteri**, non è mai arrivato a sentire il bisogno di affermare su carta principi di rilievo costituzionale, in particolare nulla che richiami il principio della ripartizione dei poteri (cosa che spiega anche il mancato rilievo di una vera e propria gerarchia delle fonti come si trova invece tipicamente nella dogmatica giuridica continentale); né si è di fatto mai

⁶⁵ ORTINO S. (1994) *Diritto Costituzionale Comparato*, Il Mulino, 125.

⁶⁶ ORTINO S. (1994) *Diritto Costituzionale Comparato*, cit. 140.

⁶⁷ ORTINO S. (1994) *Diritto Costituzionale Comparato*, cit. 140.

sentito un reale ed urgente bisogno di stilare una lista di diritti fondamentali, quali, per altro, una tipica e radicata cultura liberale ha comunque fatto emergere e affermare.

Soprattutto, su quest'ultimo fronte legato alle libertà fondamentali, occorre rammentare anche qui l'influenza decisiva del processo di integrazione europea con la sua tendenza codificatoria e incentivante dello strumento dello *Statute* (atto legislativo di emanazione parlamentare).

1.6 Il diritto privato e il diritto pubblico in Gran Bretagna e il sistema giudiziario

Come noto, le ripartizioni del diritto nella common law non corrispondono alle ripartizioni che esistono nel diritto continentale e nel diritto italiano in particolare. Prima di tutto, non esiste una suddivisione netta tra diritto pubblico e diritto privato, mentre l'unica contrapposizione presente e realmente determinante è quella tra diritto penale e diritto civile; il fatto che l'ambito pubblicistico e gli studi della sfera normativa pubblica siano in crescita con il crescere delle leggi speciali (e del diritto europeo in particolare) non determina un diverso approccio sistematico.

Questa relativa mancanza di autonomia del diritto pubblico si comprende anche considerando come in questo Paese l'attività legislativa, tradizionalmente, non venga concepita in tutela di una sfera di interesse autonoma e separata (quella appunto dell'interesse pubblico): l'**interesse pubblico** appare in questo Paese come una questione non aliena rispetto all'interesse privato. Le leggi sono concepite nella maggior parte dei casi come una franca e palese espressione della volontà politica di proteggere o promuovere determinati interessi particolari. Si tratta di una conformazione del sistema che deve leggersi in parallelo con la forma costituzionale e con la relativa concezione dei rapporti tra Stato e diritto.

E' successo infatti che, sotto il profilo della **forma costituzionale**, il radicamento indiscusso nei secoli della forma monarchica abbia contribuito a concepire la cosa pubblica come un *quid* comunque riferibile, sebbene solo formalmente, a un nucleo privato (qual è la famiglia reale).

Sotto il profilo dei **rapporti tra Stato e diritto**, si verifica poi che nella tradizione anglosassone il diritto si descrive come un elemento indipendente dallo Stato (ovvero: il diritto è strumentale rispetto al bene del Regno), a differenza di quanto succede per le tradizioni continentali, nelle quali si è soliti descrivere piuttosto una vera simbiosi tra Stato e diritto.

Questi rilievi sulla impostazione dogmatico-istituzionale britannica portano a fare due osservazioni: in primo luogo una concezione tale dei rapporti tra Stato e diritto

sottolinea ed alimenta la posizione di assoluta indipendenza del corpo giudicante rispetto agli altri poteri dello Stato.

In secondo luogo (ed è rilevante soprattutto nell'ottica del giuslavorista che, forse più di altri specialisti, è chiamato a riflettere su posizioni di interesse contrapposte) identificare lo Stato con il diritto, alla maniera continentale, implica la considerazione e la possibilità, almeno teorica, della piena composizione dei diversi interessi in conflitto ad opera dello Stato e delle sue leggi, mentre sul versante opposto, in un Paese che non riconosce questa stessa identità, si può verificare che le leggi non avranno mai la pretesa teorica di comporre tutti gli interessi in gioco; le leggi del Parlamento inglese non presuppongono né perseguono l'obiettivo teorico di comporre tutti gli interessi collettivi che siano coinvolti.

In altre parole, se l'aspirazione delle tradizioni legali continentali è quella di armonizzare gli interessi in maniera da formare un ordinamento senza contraddizioni, nelle tradizioni anglosassoni invece, dove il diritto è tendenzialmente inteso alla stregua di uno strumento per la coabitazione di istanze diverse, la composizione e l'armonia di tutte queste posizioni soggettive all'interno di un ordinamento coerente, non è parimenti perseguita.

Il compito dei giuristi di tradizione continentale appare essere essenzialmente quello di individuare, con l'ausilio di vari procedimenti di ermeneutica, la soluzione che in ogni singolo caso corrisponde alla volontà dell'ordinamento inteso come Stato, mentre le fonti diverse dalla legge, come le fonti consuetudinarie, le norme sindacali o le prassi invalse in un dato contesto sociale ed economico, assumono un posto subordinato in confronto alla fonte del diritto per eccellenza, costituita dalla legge dell'organo legislativo statale. "Una tale impostazione teorica è diretta emanazione dell'identificazione delle nozioni di Stato e diritto, nel senso che il diritto è statale, e non può che essere statale, mentre non esiste diritto nelle società o civiltà prestatili o comunque nelle società a potere diffuso o in quei settori o branche, ove si fa a meno dello Stato"⁶⁸.

Questo spiega molte cose. Anzitutto spiega come nel contesto dell'ordinamento giuslavorista la tradizione inglese non abbia avvertito l'esigenza sistematica di dare **corpo unitario alla disciplina del diritto del lavoro** (se ne è cominciato a parlare solo a fronte dell'apertura al complesso europeo e dietro le spinte della globalizzazione); viceversa, l'aspirazione di sistema unitario che appassiona i giuristi di tradizione continentale al seguito del modello delle codificazioni napoleoniche e dei paradigmi filosofici kantiani, ha ispirato anche la sistemazione del diritto del lavoro tra le maglie dell'ordinamento positivo codificato, come si avrà modo di ricordare più.

Prima dell'intervento accentratore di Enrico II (1154-1189) vigeva nel Regno di Gran Bretagna il principio in base al quale ogni signore aveva diritto a formare una corte per giudicare sui propri sudditi; in seguito, l'accentramento di potere intorno

⁶⁸ A. GUARNIERI (1999) *Usi*, in Dig.Dis.Priv.IV, Utet, 527.

alle corti regie, con la nomina dei giudici da parte del Re, ha segnato la **nascita della common law** propriamente detta, ovvero il riconoscimento del diritto consuetudinario esistente nel Regno (contrapposto, per la sua generalità di applicazione, agli usi e ai costumi locali, oltre che alle leggi e agli atti del Re che, rispetto alla common law, avevano il carattere della specialità).

Il funzionamento della common law intesa come diritto fondato sul precedente giudiziario è derivato in prima battuta dai **meccanismi di nomina dei giudici**. In un ordinamento come quello di stampo romanistico, i giudici sono espressione del potere amministrativo e sono prescelti tra i cittadini che pur possiedano determinati requisiti di competenza tramite selezioni pubbliche, mentre in Gran Bretagna i giudici sono prescelti dallo stesso corpo forense e quindi nell'ambito del corpo dimostratamente più competente, tra i soggetti che nel tempo si siano distinti per doti professionali e morali. Ne è derivato che il grado di autorevolezza di questi ultimi ha portato con naturalezza all'adozione della prassi di attenersi alle decisioni prese dai giudici su casi simili e precedenti, la prassi di ritenere il caso già deciso come legge, mentre comprensibilmente la stessa prassi non si è affermata in modo altrettanto naturale nel contesto dell'esperienza continentale, dove né i pretori dell'antichità né i giudici dell'età moderna (eletti per concorso) possono godere dello stesso tipo di autorevolezza e riconoscimento sociale.

Per altro il riconoscimento del sistema del ricorso sistematico ai precedenti si è affermato relativamente tardi; è solamente nel diciannovesimo secolo che viene conferito il potere alla House of Lords di garantire l'uniformità degli orientamenti giurisprudenziali, rappresentando questo una sorta di chiusura del circolo delle decisioni contraddittorie. Gli *Years Book* dimostrano infatti in maniera definitiva che nei primi stadi della sua evoluzione giuridica i principi di diritto erano dichiarati e si svilupparono con grandissima indipendenza, e che di conseguenza c'erano molte contraddizioni tra i punti di vista espressi dai giudici più influenti.

Fu verso la metà del IV secolo che il sistema assistette alla nascita delle corti di *equity*, con la conseguente creazione del sistema di **diritto sostanziale di equità** (come si ricorderà meglio più avanti, nella common law larga parte del diritto sostanziale propriamente detto prende forma in sede giudiziaria, quale frutto dell'azione processuale che le corti hanno riconosciuto utili al fine di tutelare l'interesse o il diritto ritenuti meritevoli).

Le corti di *equity* si affiancarono alle corti regie mettendosi in competizione con queste; esse si proponevano di intervenire dove l'eccesso di formalismo e rigore tecnico, legati al sistema tradizionale di queste ultime, non consentivano di coprire le reali esigenze sociali emerse nel tessuto sociale.

Questo pluralismo di giurisdizioni è uno degli elementi che ha giocato a bilanciare il potere, nonché a legittimare ulteriormente l'indipendenza e l'autorevolezza, degli organi giudicanti in Gran Bretagna, ed è quindi un elemento degno di nota nel fare queste brevi premesse sull'impianto istituzionale inglese e sul suo modo di

garantire il rispetto dei diritti fondamentali.

Nel ricordare la posizione di indipendenza e autorevolezza delle corti giudiziarie bisogna soprattutto ricordare che la posizione del corpo giudicante è stata costruita attraverso secoli di attività improntata all'efficienza di ciascuna singola corte sulle altre; le diverse magistrature in Gran Bretagna traggono, e hanno sempre tratto il proprio sostentamento, dal contenzioso del proprio circondario, ed è quindi stato interesse primo dei giudici e di tutto il relativo corpo burocratico, quello di garantire un servizio efficiente e spedito alla collettività. Premesso che attrarre clienti, e perciò potere, è nell'interesse di tutti gli attori della macchina della giustizia, questa si è con naturalezza sviluppata in maniera da sortire un elevato grado di competizione interno e tra i diversi circondari; questo livello di competizione è stato preminentemente evidente tra corti di common law e corti di *equity*, ma non manca di contraddistinguere il sistema giudiziario moderno.

Il **processo** è un altro aspetto fondamentale del sistema di common law su cui occorre porre l'attenzione in maniera preliminare quando si analizzano le fonti del diritto.

Sebbene questa branca non sia studiata in maniera scientifica come lo è nel continente, l'ambito processualistico ha giocato un ruolo decisivo nella costruzione dell'intero sistema legale, oltre che nell'approccio mentale dei suoi giuristi⁶⁹.

Mentre l'ordinamento giuslavorista italiano è ispirato e dominato dall'aspetto sostanziale che contraddistingue tutte le tradizioni giuridiche continentali (l'**ordinamento è costruito cioè intorno ai diritti**, tra cui spiccano i diritti fondamentali che, oggi si può dire facciano capo, sebbene ancora in maniera sfumata e imprecisa al concetto della dignità umana⁷⁰), quello giuslavorista inglese è stato ispirato e si è sviluppato intorno alla prassi giudiziaria, intorno a un "processualismo di fondo" che, di pari passo con un atteggiamento positivo nei confronti del potere giudiziario, ha contribuito a delineare le tutele che rendono effettivi i diritti e gli interessi ritenuti meritevoli (l'**ordinamento è costruito intorno alle tutele**).

Al pari della tradizione americana, infatti, anche la tradizione inglese si è sviluppata intorno all'ideale di un nucleo minimo di principi naturali⁷¹, preesistenti al diritto, principi che il contratto sociale su cui l'intero ordinamento si fonda mira a tutelare.

In un quadro di tal fatta,

⁶⁹ L.MOCCIA (1983) *Glossario per uno studio della common law*, ed UNICOPLI, Milano (54) rileva come caratteri fondamentali della common law, da un lato, la continuità della sua evoluzione, e dall'altro la sua "derivazione 'processuale', oltre che in senso ampio giurisprudenziale, di regole e di figure giuridiche poste - cioè - in occasione del giudizio su particolari controversie, e man mano modificate e consolidate in aderenza sempre ai casi concreti e con il ricorso a tecniche e strumenti interpretativi della pratica 'arte' forense. Si tratta, a ben vedere, di due caratteri omogenei. Essi trovano storicamente espressione soprattutto nel sistema dei *writs* e delle corrispondenti *forms of action*", a proposito dei quali si veda *infra*.

⁷⁰ B. HAPPLE (2003) *Quattro modalità di approccio alla modernizzazione dei diritti individuali in materia di lavoro*, in DRI, 634; F. PIRELLI (2004) *Per un lavoro decente: il posto dei diritti fondamentali nell'economia mondiale*, in D&L 2004, 765.

⁷¹ Per la quale uno dei maggiori riferimenti filosofici è Locke e il suo giusnaturalismo.

“il diritto positivo viene a trovarsi in una posizione quasi superflua nella sua utilità di diritto sostanziale, mentre il vero diritto utile diventa il diritto processuale mirato a garantire e rendere effettivo ciò che è considerato giusto. Lo Stato in questo contesto serve per tutelare i diritti così naturalmente, ancor prima che positivamente, affermati, ed è pertanto l'ente che processualmente dispone che il diritto sia reintegrato contro il privato prevaricatore, oppure contro lo Stato che abbia così prevaricato”⁷².

E' stato quindi essenzialmente nella gestione dei contenziosi e nella competizione tra le corti giudiziarie investite della disputa che si sono venute affermando le tutele corrispondenti a diritti e interessi conati dalla common law; attraverso il sistema delle *forms of actions*⁷³ l'ordinamento si è progressivamente formato costruendo se stesso sulle base delle tutele effettivamente necessarie piuttosto che sulla base dei diritti astrattamente esistenti; le *forms of action* erano strumenti di azione non tanto del diritto, quanto piuttosto della tutela necessaria per veder soddisfatto quel dato diritto (e/o, secondo le regole di *equity*, addirittura un interesse non ancora riconosciuto come diritto positivo).

Il soggetto che si riteneva leso nella propria sfera soggettiva si rivolgeva alla Corte o al Tribunale, non tanto per vedersi accertato quel diritto, ma più direttamente perchè gli fornisse un rimedio. Essenzialmente è stato sulla struttura dei rimedi (*remedies*) inventati e concessi dalle corti di common law e dalle corti di *equity* che si è sviluppato il diritto sostanziale di questo ordinamento.

Occorre tenere a mente questa chiave di lettura nell'accedere alle categorie di diritto del lavoro del common law, sebbene il diritto del lavoro, frutto in buona parte del legislatore sociale, risenta meno di queste origini.

Se il giurista continentale muove, nell'analisi del caso, dall'esigenza di collegare la fattispecie concreta nell'ambito normativo di riferimento, al fine di coniugare quella fattispecie con una tutela giurisdizionale ottimale, nella common law occorre, piuttosto, partire dalla considerazione delle possibili tutele predisposte in rapporto a un determinato caso.

In entrambi i sistemi, il fine è quello della soddisfazione del diritto leso, ma nel diritto continentale la ricostruzione dogmatica del diritto è, da un punto di vista del procedimento ermeneutico, preliminare.

Queste osservazioni aiutano a comprendere meglio il diverso approccio giuridico

⁷² M. ROSENFELD (2004) *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, D&Q, 4.

⁷³ Fondamentale per la comprensione della struttura concettuale della common law, al cospetto con la tradizione di civil law, è lo studio delle *forms of action*: il ricorso ai giudici inglesi avveniva, in origine, mediante i c.d. *writs* che le cancellerie emettevano su istanza delle parti; ad ogni *writ* corrispondeva una specifica procedura, la *form of action*. Il sistema si è pertanto costruito intorno ai *writs*, intesi come rimedi tipizzati (*remedies*) concessi a tutela di determinate situazioni soggettive (*rights*); le rigidità che ne sono derivate hanno, nel tempo, posto le basi per il sorgere della giurisprudenza di *equity*, con relative procedure e rimedi (L.MOCCIA (1983) *Glossario per uno studio della common law*, ed UNICOPLI, Milano, 54).

che esiste, *de iure condendo* e *de iure condito* nello studio dei due sistemi; da un lato il sistema di common law predilige una “tecnica normativa per tutele”, produce norme a contenuto applicativo, mentre il sistema continentale predilige la “tecnica per fattispecie” e produce norme a contenuto descrittivo. Si tornerà su questo punto più avanti.

Queste stesse osservazioni preliminari danno la percezione dell'impronta maggiormente pratica e pragmatica che informa tutto l'ordinamento anglosassone al confronto con gli ordinamenti continentali: il focus è sul rimedio esperibile, sul bisogno reale di protezione, piuttosto che sull'accertamento del diritto nel contesto di un apparato teorico concettuale di riferimento.

A controbilanciare il fatto che la disciplina del processo non sia oggetto di analisi scientifiche (tanto meno il processo del lavoro), c'è un notevole sforzo di riforma legislativa, uno sforzo di riforma di cui si fanno carico soprattutto le stesse Corti nel loro potere di autoregolamentazione, il quale ha reso le procedure comunque improntate a principi di efficienza, oltre che di moderato formalismo; le regole processuali sono infatti, per la maggior parte, regole statuite da corti e tribunali, nell'ambito di un *ruling power* decisivo, che ovviamente si mescola e informa anche gli aspetti di tutela sostanziale. La discrezionalità delle Corti tocca, per esempio, il regime delle preclusioni temporali (es. il giudice può rimettere in termini una causa di impugnazione di licenziamento – caso che prevede dei termini di decadenza – quando valuti che la parte abbia agito comunque con ragionevole diligenza), tocca il regime delle impugnazioni (sono le corti che valutano la fondatezza delle ragioni dell'appello e concedono di conseguenza il *leave to appeal*, ovvero il permesso di procedere per un secondo grado di giudizio), tocca la trattazione delle questioni, nel discernimento tra questioni di fatto e questioni di diritto (cosa che aveva grossa risonanza in caso di giudizio con giuria, deputata a giudicare delle sole questioni di fatto, e che continua ad avere risonanza nella considerazione che sono le sole questioni di diritto quelle che possono essere poste all'attenzione delle Corti superiori).

Un aspetto del processo del lavoro inglese, comune alla procedura civile inglese in generale, e che si conforma in parte al processo del lavoro italiano, è poi il suo carattere preminentemente orale. Questa caratteristica implica una scrupolosa indagine sui fatti di causa, anche dove si tratti di fatti documentati come può essere un contratto di lavoro, attraverso l'esperimento rigoroso della prova per testimoni, tanto quando si indaghi sul concreto sviluppo del rapporto, tanto quando si tratti di indagare sulle originarie intenzioni delle parti.

In Gran Bretagna la prova documentale viene per lo più utilizzata come un elemento di supporto o di attacco alla credibilità dei testimoni.

Si tratta di una caratteristica derivante dalla centralità del ruolo giocato in passato dalla giuria (istituto che oggi non troviamo più in Gran Bretagna)⁷⁴; data, infatti, la

⁷⁴ Fanno eccezione i casi di *libel*, una sorta di danno da divulgazione di notizie false o diffamatorie a mezzo stampa o simili. Nel diritto americano invece, la giuria continua ad esistere nelle cause di torts, per illeciti extracontrattuali, al fine della determinazione dell'*an* e del *quantum* del risarcimento dei danni.

necessità di radunare in un solo posto e contemporaneamente tutti i membri della giuria, il processo è storicamente stato improntato sulla regola del *day in trial*, nel corso del quale si dovrebbero poter escutare tutti i testi al fine di un giudizio pronto e tempestivo da parte dei giurati. I testi vengono sentiti, interrogati e contro interrogati dagli avvocati più che dal giudice; agli avvocati non è pertanto consentito avere una conoscenza approssimativa della causa, cosa che invece è ampiamente consentita dal processo italiano, primo perchè il processo italiano tende ad avere carattere documentale, secondo perchè in Italia, in luogo degli avvocati, è piuttosto il giudice che gestisce il processo.

Il sistema giudiziario per **le controversie di lavoro** prevede oggi i due binari della giurisdizione civile (*Common law courts*) e della giurisdizione speciale (*Employment Tribunals*); si tratta di una separazione di competenze che rispecchia in prevalenza la natura della norma la cui applicazione sia chiamata in causa: i diritti di origine contrattuale seguono il binario delle *Common law Courts* e i diritti di origine statutaria seguono il binario degli *Employment Tribunals* (con la grossa eccezione data dalla possibilità, introdotta con la riforma del 1994 che ha mirato a estendere il diritto a un processo meno costoso a un platea più ampia di cittadini, di discutere davanti agli *employment tribunals* anche le controversie che, pur fondate su norme contrattuali, siano corrispondenti a una domanda di valore inferiore a 25.000 sterline, purchè il rapporto di lavoro sia terminato).

1.7 La common law e la sua origine di sistema dualista tra diritto positivo e diritto equitativo

Malgrado l'*Equity* come sistema alternativo alla common law in senso stretto non interessi in maniera quantitativamente importante l'ordinamento del diritto del lavoro (quanto invece interessa in prevalenza altre parti più tradizionali dell'ordinamento come quella dei diritti reali), la considerazione di questo aspetto del sistema è un ausilio importante anche per il giuslavorista che si avvicini all'ordinamento britannico da un punto di vista comparato, data la matrice prevalentemente giurisprudenziale che rende vicine le esperienze del diritto del lavoro anglosassone a quelle continentali.

Secondo l'antica definizione aristotelica, l'equità si definisce come la giustizia del caso specifico: essa corregge la legge poiché nel caso dato sarebbe il legislatore stesso che avrebbe statuito difformemente alla regola, se solo avesse previsto quelle circostanze.

Decidere sulla base della legge significa decidere in base a una regola che preesiste al caso reale e alla reale controversia, e deciderla sulla base di criteri applicabili a una infinità di casi simili. Decidere in base all'equità non significa decidere sulla base delle circostanze specifiche del caso e con una *ratio decidendi* applicabile solo a quel caso (questo sarebbe il frutto di un arbitrio e non rappresenterebbe che una

mera regolazione del caso *ad hoc*) piuttosto, decidere sulla base dell'equità significa trasformare il contesto socio-culturale di un determinato periodo storico in regole.

Anche il giudizio secondo equità presuppone, quindi, a sua volta, l'applicazione di una regola o di un insieme di regole, individuabili e tali che la relativa *ratio decidendi* deve essere poter essere trasposta ad altri casi futuri.

Ricordato quanto precede, come noto il sistema di *equity* si è sviluppato in Gran Bretagna proponendosi come un sistema di tutele alternative a quelle riconosciute dalla common law in senso stretto; malgrado il più recente formale superamento di questo dualismo⁷⁵, nella pratica e nella sostanza la tradizione dell'*equity* permane a conformare l'ordinamento, sia continuando a produrre tutele extralegislative, sia influenzando in maniera rigorosa l'argomentazione delle decisioni in seno a tribunali e corti civili pur chiamate ad applicare norme di diretta derivazione statutaria (legislativa).

Non si potrebbe spiegare la **mancanza di formalismo** tipica del sistema legale inglese (spiazzante per il giurista continentale) senza la considerazione fondante dell'influenza strutturale del ragionamento equitativo e del suo funzionamento negli ordinamenti anglosassoni.

In Italia, si ricorda, esiste un sistema che distingue da un lato l' "equità integrativa", di tipo sostanziale, cui fa riferimento il codice civile, e l' "equità di giudizio" che è quella, dall'altro lato, cui si riferisce il codice di procedura e che attiene al momento decisorio, ovvero la *ratio decidendi* cui il giudice decida di rimettersi. Esempio di equità del primo tipo è l'art. 1374 c.c. ("il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, dagli usi e dall'equità")⁷⁶. Dall'altra parte, l'equità di cui riferiscono gli artt. 114 e 822 c.p.c. è quanto conferisce alle parti il potere di richiedere al giudice – o agli arbitri – di decidere secondo il proprio giusto apprezzamento piuttosto che secondo le regole di diritto, pertanto non può identificare un sistema di norme oggettivamente alternativo a quelle del diritto positivo come accade nella tradizione di common law, dove vige la regola del precedente e dove pertanto anche il singolo caso può introdurre un precetto vincolante per il futuro.

Nell'ordinamento inglese una tutela che trova le sue origini nell'*equity* intesa in senso stretto (cioè come tutela non fondata nel diritto positivo ma appunto in una decisione equitativa del giudice) è l'ordine di fare o di non fare (***mandatory or prohibitory injunction***) che le parti possono ottenere dal giudice nei casi in cui la

⁷⁵ I *Judicature Acts* del 1873-1875 hanno soppresso la dicotomia common law/equity.

⁷⁶ Nello specifico la ritroviamo agli art. 2263, 2° comma (ripartizione dei guadagni tra soci), art. 1349 c.c. (arbitraggio), art. 1526 c.c. (sulle conseguenze della risoluzione del contratto per inadempimento), art. 1384 c.c. (riduzione della penale da parte del giudice), art. 1226 c.c. (valutazione equitativa del danno), art. 2056 c.c. (valutazioni dei danni e lucro cessante) e così via.

tutela ordinaria (che anche in Gran Bretagna può assumere la forma della tutela per equivalente – *damages* – o della tutela specifica – *specific performances*) nel caso concreto sarebbe non soddisfacente.

Si può ricordare che l'obbligo di lavorare, come lo speculare obbligo di reintegrare un lavoratore in una determinata posizione lavorativa, non sono suscettibili di una tutela specifica ma solo di una tutela per equivalente, e pertanto il giudice, neppure in Gran Bretagna, potrà vedere eseguiti d'imperio simili obbligazioni (questo è oggi rinforzato dalla disposizione legale in virtù della quale nessuno può essere condannato al lavoro forzato⁷⁷); non di meno le corti si sono talvolta trovate nella condizione di ingiungere una determinata condotta (o di inibirla) così ottenendo un effetto ristoratore sulla situazione giuridica lesa o posta in uno stato di pericolo; questo tipo di rimedi sono collocabili nel sistema legale inglese come rimedi di *equity*.

Il caso che la dottrina è solita citare in questo contesto è *Lumley v Wagner* [1852]; fu l'episodio di una cantante che aveva stipulato un contratto per prestare la propria opera artistica, e che poi si rese inadempiente rispetto alla clausola di esclusiva che il contratto prevedeva, stipulando un successivo contratto con un teatro diverso e ad un corrispettivo superiore; la Corte si espresse per (ritenne legittimo) l'ordine inibitorio atto a impedire che la cantante offrisse le proprie prestazioni al secondo teatro. Da un lato i giudici avevano constatato sì l'impossibilità l'incoercibilità dell'obbligo assunto con il primo contratto, ma allo stesso tempo, potendo dichiarare illegittimo il contegno di stipulare accordi appunto in contrasto con l'obbligo originario⁷⁸, imposero una giuridica impossibilità di operare in contrasto con quell'obbligo.

Lo stesso tipo di approccio è stato preso nel caso *Warner Bros v Nelson* [1937], dove si ottenne l'ordine per Bette Davis di non poter lavorare per compagnie diverse dalla Warner Bros in virtù del contratto di otto anni cui l'attrice si era obbligata, realizzandosi (però) così una sorta di forzatura a lavorare per quella sola casa cinematografica.

In altri casi sono state ritenute legittime ingiunzioni atte a “forzare l'obbligo di non licenziare”, obbligo che, pur rimanendo in se stesso non suscettibile di esecuzione forzata, può non di meno essere indirettamente reso cogente; è stato questo un caso

⁷⁷ *Trade Union and Labour Relations Consolidation Act*, 1992, s. 236, sul punto si veda anche la giurisprudenza di *Hill v Parsons* [1972].

⁷⁸ Si riporta una sezione della sentenza che bene esprime le argomentazioni di tipo “equitativo” che stanno alla base non solo del sistema di *equity* in senso tecnico, quale oggi non si distingue più in termini formali dalla common law, ma che continuano a contraddistinguere l'approccio giudiziario anglosassone al caso concreto: “*Wherever this Court has not proper jurisdiction to enforce specific performance, it operates to bind men's consciences, as far as they can be bound, to a true and literal performance of their agreements; and it will not suffer them to depart from their contracts at their pleasure, leaving the party with whom they have contracted to the mere chance of any damages which a jury may give. The exercise of this jurisdiction has, I believe, had a wholesome tendency towards the maintenance of that good faith which exists in this country to a much greater degree perhaps than in any other; and although the jurisdiction is not to be extended, yet a Judge would desert his duty who did not act up to what his predecessors have handed down as the rule for his guidance in the administration of such an equity (.....) It is true that I have not the means of compelling her to sing, but she has no cause of complaint if I compel her to abstain from the commission of an act which she has bound herself not to do, and thus possibly cause her to fulfill her engagement.*”

del 2006⁷⁹ che ha visto un medico chirurgo coinvolto in una complessa procedura disciplinare in virtù della quale la sua prestazione fu ritenuta non soddisfacente dall'apposito collegio tecnico giudicante, al punto da implicare la necessità di un periodo di ri-formazione interno, atto a ripristinare il livello qualitativo delle competenze; di fatto il periodo di ri-formazione, quale previsto come parte della procedura disciplinare di cui al regolamento della struttura medica, non fu praticabile a causa dell'impossibilità di rinvenire in seno alla stessa struttura un reparto che si prendesse il carico di ri-formare il medico; la Corte ritenne che l'impossibilità sopravvenuta (*frustration of the contract*) non sussistesse perché era stata la stessa struttura a dichiararsi scettica a riguardo del buon esito del periodo di ri-formazione del medico, e che questo dichiarato scetticismo era stato la causa del fatto che nessun reparto di chirurgia si era detto disponibile a prendersi una simile responsabilità. Ne seguiva il diritto del medico a ottenere un provvedimento cautelare atto a impedire che la struttura recedesse dal contratto prima che questo avesse completato la procedura disciplinare che lo vedeva coinvolto. In questo caso la *injunction* inglese si pone sulla falsariga di un provvedimento cautelare rilasciato d'urgenza dal tribunale (analogamente a quanto possibile nell'ordinamento italiano ai sensi e secondo i presupposti dell'art. 700 c.p.c.).

In generale, simili provvedimenti di tipo equitativo sono stati emanati dalle corti inglesi in quattro tipologie di circostanze: in primo luogo essi possono operare alla stregua di provvedimenti di tipo cautelare che siano atti ad evitare danni altrimenti irreparabili; in secondo luogo può trattarsi di misure che servono in maniera ausiliare alla tutela principale quale richiesta al giudice; in terzo luogo possono operare come ordini la cui esecuzione presiede all'adempimento dell'intera obbligazione (come nel caso della cantante in *Lumley v Wagner* di cui sopra); in quarto luogo si possono avere degli ordini perpetui atti a garantire il pacifico godimento di un certo diritto, per esempio il diritto di vedere eseguito il diritto di lavorare in pendenza di un procedimento che miri viceversa alla risoluzione del rapporto ⁸⁰ .

Non si tratta invece di *equity* in senso tecnico quando la normativa legale si riferisca, come accade per esempio nella disciplina sul licenziamento ai sensi dell'*Employment Relation Act* 1996, come espressione di un principio generale di correttezza e ragionevolezza ⁸¹ ; nell'esempio richiamato l'equità è richiamata a giustificare la volontà del datore di lavoro di recedere dal contratto, quale dovrà essere verificata dal giudice che abbia in esame il relativo caso di licenziamento e della sua legittimità/illegittimità). In questi casi l'ordinamento non costituisce cioè

⁷⁹ *Gryf-Lowczowski v Hinchingsbrooke Healthcare NHS Trust* [2006]

⁸⁰ In questo si veda ancora la ricostruzione elaborata in *Lumley v Wagner* [1852].

⁸¹ E.R.A. Sec. 98 (4): “ ... Where the employer has fulfilled the requirements of subsection (1), the determination of the question whether the dismissal is fair or unfair (having regard to the reason shown by the employer) – (a) depends on whether in the circumstances (including the size and administrative resources of the employer's undertaking) the employer acted reasonably or unreasonably in treating it as a sufficient reason for dismissing the employee, and (b) shall be determined in accordance with equity and the substantial merits of the case”.

una tutela autonoma formulata in virtù di canoni equitativi, quanto piuttosto il canone equitativo è richiamato come criterio argomentativo e interpretativo fondatore di una giustizia più consona al caso concreto, analogamente a quanto accade nell'ordinamento italiano nei casi di rinvio all'equità integrativa e/o di giudizio.

Avendo in mente il modo di formazione dei rimedi di *equity*, una delle maggiori differenze tra l'ordinamento inglese e l'ordinamento italiano nella costruzione del sistema legale e anche del sistema legale per il diritto del lavoro è forse ora più chiara: da un lato l'ordinamento anglosassone determina competenze, diritti e argomenti giurisdizionali sulla base delle tutele che le parti mirano a ottenere e che richiedano anche a prescindere da un diritto certo e cristallizzato in una fattispecie, dall'altro lato l'ordinamento di civil law determina se stesso, con le proprie competenze e i propri argomenti giurisdizionali sulla base dei diritti astrattamente considerati dall'ordinamento.

Tanto a considerarsi in senso tecnico (ovvero come canone creatore di tutele), quanto a considerarsi quale criterio ermeneutico e interpretativo, l'*equity*/equità si pone come criterio di discernimento e di decisione in rapporto diretto con il caso concreto ed è quanto fa emergere la **circostanzialità della situazione soggettiva considerata**.

In entrambi gli ordinamenti la giurisprudenza è chiamata, con la sua attività di interpretazione delle norme che nel diritto del lavoro hanno spesso un contenuto generale, e sono suscettibili in quanto tali di applicazione diversa a seconda delle circostanze della situazione presa in considerazione, a elaborare sistematicamente un massimario nel quale gli apprezzamenti di carattere equitativo costituiscono criteri valutativi ermeneutici necessari, sebbene talvolta non espressi.

Questo è particolarmente vero nel diritto del lavoro, ricco appunto di concetti giuridici indeterminati che come tali chiedono a monte un apprezzamento equitativo dei fatti che possono integrare la fattispecie (si pensi, oltre al concetto della subordinazione, al concetto di giusta causa o giustificato motivo di licenziamento).

Nel sistema continentale come in quello anglosassone, mentre la norma formata a livello legislativo crea un precetto in astratto, attraverso l'immaginazione di conflitti possibili che nel futuro potrebbero verificarsi, il canone dell'equità (che in ultima analisi "attribuisce un diritto", nel senso che ne specifica i contenuti a fianco della norma astratta esistente) legge la realtà concreta e muove dall'osservazione del conflitto per specificare il significato del rapporto che sia sottostante. La giurisprudenza di *equity* ha conformato il sistema di common law rivelandone la natura empirista e sperimentale⁸².

⁸² Il concetto del c.d. *overruling* - che consiste nel togliere di efficacia ad un precedente giudiziale, ossia alla sua *ratio decidendi*, ad opera di una decisione successiva, è sensibilmente diverso dal concetto del c.d. *distinguish*, che invece mira a precisare l'elemento differenziale tra un caso e l'altro. Concetto ancora diverso è quello dell'*appeal* della sentenza, che coincide con l'effetto di riforma della sentenza impugnata. A proposito della differenza tra questi concetti si veda anche L.MOCCIA (1983) *Glossario per uno studio della common law*, ed UNICOPLI, Milano (22).

Il grande problema applicativo, nel trattare di *equity*, consiste nella difficoltà di stabilire un giusto rapporto tra un carattere importante come quello della flessibilità dell'ordinamento e le esigenze di certezza e di stabilità della tradizione che caratterizzano l'evoluzione del diritto sotto il profilo formale. A ben vedere si tratta di un problema applicativo del tutto analogo a quello che si pone nelle tradizioni codificate in presenza di norme a precetto generico.

Riassumendo, l'equità, intesa come metodo relativo all'esercizio dei poteri discrezionali dei giudici, è inseparabile da un sistema giuridico complesso ed efficiente ⁸³.

⁸³ Parafrasando le parole di VINOGRADOV P. (1965) *Common sense in law*, ed. Multa Pacis - Varese, 157.