

## CAPITOLO TERZO

### La definizione della subordinazione in Gran Bretagna

**3.1 Cenni alle origini e all'evoluzione del concetto giuridico di subordinazione** - Fino alla fine del 1800 la civil law e la common law hanno seguito due strade diverse; relazione *master – servant* ; precisazioni a proposito della concezione c.d. “statutaria” del rapporto di lavoro.

**3.2 Sulle origini e la collocazione sistematica del lavoro subordinato in Gran Bretagna** - Il diritto del lavoro moderno; le prime trattazioni scientifiche risalgono a ben oltre il secondo dopoguerra; i Commentari di Blackstone; una comparazione dal punto di vista degli effetti giuridici; i primi interventi parlamentari; il concetto del *control*; definizioni normative di tipo circolare; vincolo di esclusiva; il *control-test*, funzione originaria ed evoluzione.

**3.3 Sulle origini e la collocazione sistematica del rapporto di lavoro subordinato in Italia** - Il dibattito sul concetto di subordinazione; influenze dalla rivoluzione francese; diritto del lavoro e sua aspirazione di tutela generalista o particolarista; teorie critiche; collegamento delle norme di tutela alla situazione di debolezza economico-sociale; contesto dottrinale ricco di soluzioni compromissorie; “forzata” riconduzione della disciplina del diritto del lavoro nella fattispecie negoziale della locazione di opere; mancata corrispondenza concettuale tra contratto di lavoro e rapporto di lavoro; “lo stare all'altrui servizio” non costituisce una definizione giuridica ma un semplice elemento fattuale; la configurazione del rapporto di lavoro è andata sganciandosi dalla interpretazione dei rapporti di lavoro come fattispecie concrete; non praticabilità del metodo sussuntivo inteso in modo ortodosso; indici rivelatori della subordinazione.

#### 3.4 Tipologie di rapporto di lavoro in Gran Bretagna

##### 3.5 Cenni alle fonti regolative del rapporto

**3.5.1** Le clausole espresse

**3.5.2** Le clausole implicite (*implied terms*) - Il regime si fonda sul “*consent*”, cioè sul consenso, pur tacito, delle parti; non sono circoscrivibili entro un numero chiuso; natura di *default – rule* della *implied term*; il limite della *public policy*.

**3.5.3** Il potere manageriale

**3.5.4** I codici di buone pratiche – L' ACAS; il “*written statement*”.

**3.5.5** I contratti collettivi – Contrattazione collettiva e sindacalismo come fenomeno politico; principio di autonomia inteso come volontarietà; ancoraggi del diritto sindacale al sistema legale; la *recognition*.

**3.5.6** La legislazione – Definizione legale di lavoratore subordinato; la natura legale (statutaria) delle tutele; l'Employment Relations Act 1999, sec.23; le maggiori tutele e il loro ambito di applicazione.

### 3.1 Cenni all'evoluzione del concetto giuridico di subordinazione

Venendo a parlare del lavoro subordinato come figura giuridica ci poniamo nella prospettiva, astratta, della configurazione della fattispecie.

Nella costruzione della fattispecie del lavoro subordinato, o meglio, nella sistemazione del rapporto di lavoro all'interno del sistema giuridico di riferimento, almeno **fino alla fine del diciannovesimo secolo, la civil law e la common law hanno seguito due strade diverse.**

Nell'antico regime di stampo feudale, comune ad entrambe le tradizioni era il fatto che il lavoratore, e in particolare il lavoratore manuale, si trovasse soggetto ad un regime servile chiaramente connesso al rango sociale ed ai rapporti di vassallaggio<sup>1</sup>. In Gran Bretagna quella condizione sociale ha fornito le basi a una impostazione concettuale che ha resistito anche in seguito al passaggio all'epoca industriale: le origini del rapporto di lavoro moderno sono infatti rinvenute nell'antica **relazione *master – servant***, da cui emerge una chiara posizione di status ritagliata sopra il modello dei rapporti di tipo “domestico” (si veda meglio *infra*).

Il rapporto *master - servant* costituiva il tipo relazionale tra i più rilevanti nel definire la posizione soggettiva degli individui nel più ampio contesto sociale inglese del diciannovesimo secolo. Esso si conformava nell'appartenenza del lavoratore a un certo rango sociale, nella posizione ereditaria, nell'età del soggetto. Facevano eccezione talune categorie speciali di lavoratori (professionisti o addetti a posizioni direttive), per le quali i relativi obblighi e doveri di lavoro emergevano già allora da accordi di tipo contrattuale.

La dottrina italiana, di contro, ha notoriamente rinvenuto le *radici* del moderno concetto giuridico di lavoro subordinato in una posizione di tipo contrattuale (quella del contratto di locazione). L'influenza dei principi emersi dalla Rivoluzione francese e in particolare le suggestioni legate all'affermazione del principio di uguaglianza sono stati determinanti nel ricondurre il vecchio rapporto di lavoro di stampo feudale, regolato a quel tempo secondo il regime delle corporazioni, dentro alle forme del contratto<sup>2</sup>.

In Gran Bretagna successe dopo, non di meno, che anche la relazione *master-servant*, addicendosi poco alle esigenze implicate nel lavoro di tipo operaio,

---

<sup>1</sup> A proposito del significato concettuale della subordinazione si può ricordare l'incertezza definitoria presente fin dalla tradizione romana, nel cui ambito la distinzione tra *locatio conductio operis* e *locatio conductio operarum* era tutt'altro che limpida, come ricorda M.W. FINKIN (1999) *Employed or self employed? The role of the legal distinction*, in *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 21.

<sup>2</sup> Il codice civile francese del 1804 e i codici che lo hanno seguito in Italia, ma anche in Germania, Danimarca e Olanda e in Belgio, hanno collocato il contratto di lavoro tra i contratti di tipo locatizio.

venisse trasposta nell'alveo di quello che possiamo chiamare delle responsabilità civili: venne cioè sottratta all'ambito "domestico", il quale per lo più ne aveva impostato i contenuti giuridici in termini di responsabilità penali, per essere trasposta nel contesto civile.

Questo accadeva attraverso un processo di riforma compiutosi tra gli anni 1867-1875, e che viene naturalmente descritto come un processo di liberalizzazione<sup>3</sup>.

Si nota, quindi, che l'abbandono della **concezione "statutaria"** del rapporto di lavoro sia qui stato inteso come un progresso rispetto alle antiche condizioni di servilismo nelle quali il rapporto di lavoro si riteneva connaturato.

E' opportuno, al tal proposito, ricordare che nei decenni successivi e ancora oggi, in Gran Bretagna come in Italia, si è soliti far riferimento alla "concezione statutaria" del rapporto di lavoro per riferire di un fenomeno in parte diverso.

La c.d. natura statutaria del rapporto di lavoro è legata, dalla moderna dottrina giuslavorista, al rapporto di lavoro inteso come relazione regolata in maniera sostanziale dall'ordinamento giuridico nel quale si inserisce, e descrive quindi una idea del rapporto di lavoro come rapporto regolato non tanto e non solo dall'autonomia delle parti, ma bensì da fonti normative sovraordinate, deputate a correggere gli squilibri naturali della relazione lavoratore-datore di lavoro, come il contratto collettivo e la legge.

Fatta questa precisazione sulle origini della sistemazione del rapporto di lavoro tra le relazioni giuridiche riconosciute dall'ordinamento, come si diceva, sul finire del diciannovesimo secolo, la concezione giuridica dei rapporti di lavoro nel continente e in Gran Bretagna cominciano a correre su binari pressappoco paralleli.

Il parallelismo del moderno diritto del lavoro nei diversi sistemi legali europei è notoriamente ancorato al riconoscimento della natura diseguale delle posizioni contrattuali nel rapporto individuale di lavoro, e del conseguente massiccio intervento da parte del potere legislativo che è intervenuto per contenere i portati sociali negativi di questo squilibrio.

In quell'epoca le esperienze continentali, compresa quella italiana, si dotano di una costruzione dogmatica della categoria di lavoro dipendente che, sebbene poggiata sulle fondamenta del rapporto obbligatorio/sinallagmatico, si apre alla considerazione della condizione di subordinazione del lavoratore ai poteri dell'imprenditore come una condizione che espone ad esigenze di protezione.

In Gran Bretagna, data l'assenza nella tradizione legale di un'analogia considerazione della dogmatica giuridica, si assiste all'evoluzione di una giurisprudenza, e poi anche di una dottrina che, non di meno, nel tempo, hanno dato

---

<sup>3</sup> Con la riforma del 1875 (*Employers and Workman Act*) sono stati abrogati i *Master and Servants Acts*, che costituivano parte integrante del contesto normativo introdotto con lo *Statute of Artificiers* del 1562, insieme alle *Poor Laws* dell'antico regime. Il portato rivoluzionario di quella riforma stava nell'aver sostituito al sistema di sanzioni penali previsto per l'inadempimento del contratto di lavoro, un sistema di sanzioni civili. In merito a questa evoluzione si veda anche B. VENEZIANI (1986), *The evolution of contract of employment*, in Hepple B. (ed.), *The making of labour law in Europe*, Mansell, London, 31 e ss.

corpo a una trattazione disciplinare speciale rispetto al diritto civile, in virtù del portato sociale che contraddistingue la legislazione protettiva dei lavoratori.

### 3.2 Sulle origini e la collocazione sistematica del lavoro subordinato in Gran Bretagna

Dovendosi calare nell'arcipelago del sistema legale anglosassone, il lettore di tradizione continentale osserva in primo luogo che il **diritto del lavoro moderno** si colloca (anche) in Gran Bretagna prevalentemente nel contesto del diritto privato. In particolare, i primi, distinguibili, interventi normativi di tipo legale e giurisprudenziale si rinvencono, in parte, nel diritto dei contratti (*law of contract*), e in parte nel diritto delle responsabilità non contrattuali (*law of tort*), ferme rimanendo ipotesi di responsabilità di carattere penale connesse per esempio alla disciplina per la salute e la sicurezza o a certe forme illecite di sciopero<sup>4</sup>.

Sotto il profilo dell'elaborazione dottrinale, se in Italia la prima monografia appositamente dedicata al rapporto di lavoro e alla sua sistemazione nel contesto dell'ordinamento è da farsi risalire al 1901 con l'opera di Ludovico Barassi, in Gran Bretagna **le prime trattazioni scientifiche risalgono a ben oltre il secondo dopoguerra**<sup>5</sup>: il rapporto *master - servant* non è stato studiato in maniera autonoma e sistematica se non a partire dagli ultimi decenni, mentre di esso sono rinvenibili trattazioni parziali, contenute sia all'interno della disciplina degli illeciti civili (*torts*), sia all'interno della disciplina sui rapporti di status e di famiglia.

Questa collocazione nel contesto familiare, i poteri del master/datore di lavoro posti sulla falsariga di quelli del capofamiglia, non sono, secondo un'autorevole dottrina<sup>6</sup>, un retaggio della considerazione del rapporto di lavoro quale rapporto di lavoro tipicamente domestico. Piuttosto, ciò che appare come un anacronismo in un contesto come quello del dopoguerra, quando i rapporti di tipo domestico rappresentavano già una parte marginale dei rapporti di lavoro, viene spiegato attraverso il richiamo dei **Commentari di Blackstone**, che costituiscono un'opera dottrinale di primo riferimento nell'elaborazione dell'intero impianto legale del sistema inglese.

Sarebbe, cioè, in virtù della sistemazione datane da Blackstone – la cui pubblicazione risale al 1765-1769 – che il rapporto di lavoro ha stentato fin al nostro secolo a collocarsi nell'ambito dei rapporti contrattuali ed è piuttosto stato relegato all'ambito delle posizioni di status parafamiliari.

Nei Commentari, la trattazione delle obbligazioni è molto scarna se paragonata a

---

<sup>4</sup> Si tratta di una premessa di ordine comparato ma che si rivela ben poco utile per la comprensione del sistema della common law e della sua evoluzione.

<sup>5</sup> M.MAGNANI (2001) *La categoria contratto di lavoro e la tradizione anglosassone*, in DLRI, riferisce anche della trattazione fatta da Webb S. e B. nel 1926, *The history of trade unionism*, revised edition, Longmans and co., London.

<sup>6</sup> O.KAHN FREUND, *Blackstone neglected child: the contract of employment*, The Law Quarterly Review, Vol. 93, Oct. 1977, 508.

quella sulle proprietà o sui *private wrongs (torts)*, ovvero sugli illeciti civili. Questa constatazione vale anche quando i Commentari vengono paragonati a un'opera di analogo intento sistematico come quella del Codice di Giustiniano.

In occasione del riferimento ai “*contracts*”, i Commentari fanno un cenno alla relazione *servant - master* quando trattano della causa del contratto. Qui si definiva colui che offre la propria prestazione, il *servant*, alla stregua di una persona che “*hires himself to his master for a certain wages or agreed sum of money*”, letteralmente, chi presta se stesso a un datore di lavoro-master in cambio di un salario o di una data somma di denaro. Nel rammentare che il verbo “*to hire*” significa in primo luogo “affittare”, “noleggiare”, è stato sostenuto<sup>7</sup> che la definizione in questione porti con sé un significato sostanziale e concettuale molto vicino ai contenuti della *locatio operarum*, alla locazione di manodopera.

Oltre questa definizione, in questa parte dei Commentari, non è per altro rinvenibile nulla in termini di disciplina, ovvero di quali effetti giuridici scaturiscano da una simile posizione giuridica e di quali siano i reciproci impegni che derivano da una simile rapporto obbligatorio.

E' piuttosto, poi, nel libro dedicato alle relazioni personali che troviamo una più esplicita collocazione della relazione di lavoro. La relazione *master - servant* viene posta accanto alla relazione tra marito e moglie, alla relazione tra genitori e figli, alla relazione tra curatore e minore o soggetto emancipato (*guardian - ward*) e viene specificato che, a differenza di queste altre, la relazione *master - servant* è fondata non su legami di famiglia ma piuttosto sulla “*convenience*” ovvero sulla convenienza, potrebbe qui significare più specificamente “utilità”, di una certa persona a offrire a un'altra la propria assistenza quando la prima non possa sopperire da sola a tutte le incombenze di cui abbia carico (“*whereby a man is directed to call in the assistance of others where his own skill and labour will not be sufficient to answer the cares incumbent upon him*”).

Ebbene, si può osservare come questa definizione del rapporto di lavoro non abbia un fondamento contrattuale: il *servant* infatti può essersi messo alle dipendenze di altri volontariamente, ma potrebbe anche essere stato operato di un tale compito dalla legge (per esempio dalle leggi Elisabettiane sui poveri (*Poor Laws*) che imponevano ai figli di persone povere di lavorare come apprendisti e in generale condizionavano determinati benefici sociali assistenziali allo svolgimento di una attività di lavoro<sup>8</sup>).

La natura contrattuale del rapporto di lavoro era quindi considerata, nei commentari di Blackstone, come un elemento accidentale piuttosto che essenziale; è in questo senso, come si è già precisato sopra, che le origini del rapporto di lavoro in Gran Bretagna sono origini che descrivono una natura statutaria del rapporto di lavoro.

La collocazione del rapporto di lavoro come pensata da Blackstones non è, in altre parole, tale da giustificare la prevalenza del lavoro domestico sulle altre forme di

---

<sup>7</sup> O.KAHN FREUND, *Blackstone neglected child op. cit.*,510.

<sup>8</sup> Per dei riferimenti al sistema delle Poor laws, ai motivi politici e ideologici che lo hanno ispirato, si indica il testo di WEBB S. & B. (1963) *English poor law history, Part I: The old poor law*, Frank Cass & Co.

lavoro, ma spiega la concezione statutaria del rapporto stesso, il quale ben poteva nascere nell'accordo dei privati ma anche sulla volontà coercitiva del legislatore e dai rapporti di vassallaggio in via di indebolimento.

Questa carenza originaria dell'attenzione alla natura contrattuale del rapporto si è riflessa anche sulla disciplina concreta delle relazioni di lavoro, dal momento che solo a partire dal Novecento le Corti inglesi hanno cominciato ad applicare a tutti i rapporti di lavoro l'impianto della *case law* relativa ad obbligazioni e contratti (originariamente applicabile ai soli rapporti delle *middle classes* che si potevano dire "contrattualizzate").

Le categorie di *servants* come indicate da Blackstones erano quella dei *domestic servants*, quella degli apprendisti, quella dei *labourers* (lavoratori a ora o su base settimanale), e quella dei *superior servants* (come gli *stuart*s o i *bailiffs*<sup>9</sup>).

Dal **punto di vista degli effetti giuridici**, parallelamente, possiamo osservare che il regime delle responsabilità connesse allo svolgimento di una prestazione di lavoro radica in Gran Bretagna sia ipotesi di responsabilità contrattuale (*breach of contract*), la cui evoluzione normativa-giurisprudenziale come detto è più recente, sia ipotesi, storicamente più radicate, di responsabilità extracontrattuale (*torts*).

Questa differenza, sotto un profilo di diritto sostanziale, evidenzia la possibile presenza di soggetti terzi rispetto al rapporto bilaterale di lavoro quali possibili depositari di una tutela.

Sotto un profilo processuale e probatorio, poi, questa distinzione rileva dal momento che i presupposti della fattispecie concreta possono talvolta agevolare l'accertamento dell'obbligo e della corrispettiva in caso di responsabilità contrattuale, e talvolta possono agevolarlo argomentando la tesi della responsabilità extracontrattuale.

Abbiamo traccia di questo dualismo chiaramente anche in Italia, dove le responsabilità connesse al rapporto di lavoro sono normalmente qualificabili come di derivazione contrattuale (il rapporto di lavoro è difficilmente contestabile come relazione contrattuale *sic et simpliciter*).

Ma non solo per questo è possibile escludere a priori delle responsabilità di derivazione acquiliana e/o legale: la normativa del contratto di lavoro di cui agli artt. 2096-2134 c.c. è stata infatti definita da qualche dottrina come fonte di obblighi di natura non contrattuale, anche in considerazione della sua collocazione al di fuori del Libro IV del Codice sulle obbligazioni<sup>10</sup>.

E' utile sapere (per entrare più in confidenza con i caratteri della tradizione anglosassone) che in Gran Bretagna si è assistito, in generale, a un processo di "tipizzazione" delle responsabilità extracontrattuali particolarmente esteso; nessun sistema continentale accoglie un livello di tipicità per gli illeciti extracontrattuali

---

<sup>9</sup> Categorie di lavoratori rientranti, in un ottica di civil law, nell'ambito pubblicistico e amministrativo.

<sup>10</sup> Recentemente, per una posizione a-contrattualista R. SCOGNAMIGLIO (2007) *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in RIDL, 4, 379.

paragonabile a quello presente nella common law (in Italia, salvo minori specificazioni che per lo più fondano responsabilità di tipo oggettivo, come l'art. 2049 o l'art. 2050 c.c., gli illeciti extracontrattuali sono genericamente ricondotti alla fattispecie dell'art. 2043 c.c.). In tempi moderni, tuttavia, sembra stia prevalendo anche nella tradizione anglosassone la vocazione espansiva dell'illecito per negligenza (*tort of negligence*), il quale potrebbe aver introdotto anche nella common law “un principio generale di responsabilità extracontrattuale colposa, fondata sull'esistenza di un principio generale di cautela (*duty of care* o *duty to take care*)”.<sup>11</sup> Nel campo del diritto del lavoro il *tort of negligence* è stato applicato per imporre in capo al datore di lavoro soprattutto una sorta di obbligo di sicurezza (“*a duty on employers to take reasonable care of their employees during the course of their employment*”) che come tale si pone in parallelo, sotto un profilo di diritto sostanziale, con gli obblighi contrattuali di tutela di cui all'art. 2087 c.c.

L'ambito giurisprudenziale (*case law*) in cui sono andati maggiormente delineandosi i criteri distintivi del rapporto di lavoro dipendente, inteso come rapporto diverso dal lavoro autonomo, e nel quale più si è dovuta concentrare la relativa ricerca degli interpreti, è stato appunto l'ambito della responsabilità verso i terzi per fatto del dipendente (*c.d. vicarious liability*), ossia della responsabilità del datore di lavoro per gli illeciti civili commessi dal lavoratore nell'esercizio delle proprie funzioni (“*liable to third parties for the civil wrongs committed by employees in the course of their employment*”)<sup>12</sup>.

Questa tutela (disposta per i terzi rispetto al rapporto di lavoro) in altre parole questo effetto giuridico, corrispondente nella sostanza a quello disposto dall'art. 2049 c.c. italiano (“padroni e committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze cui sono adibiti”) nonché dall'art. 1228 c.c (responsabilità del debitore per il fatto degli ausiliari)<sup>13</sup>, ha fornito le più numerose occasioni per sollevare la necessità di interrogarsi su quali siano i fatti integranti la relazione datore-lavoratore subordinato (*employer – employee*), poichè presuppone, tra i fatti costitutivi della fattispecie, appunto un rapporto di dipendenza (funzionale) tra l'ausiliario lavoratore che ha commesso l'illecito e colui che ha commissionato il lavoro.

Riportando alla mente le tre dimensioni da cui si è partiti - “fatti/fattispecie/effetti” come chiave di lettura comune a entrambi gli ordinamenti - che corrispondono del resto alle tre dimensioni “società-economia/diritto/politica”, da un punto di vista

---

<sup>11</sup> U. MATTEI (2002) *Trattato di diritto comparato, common law, il diritto angloamericano*, Utet, 332.

<sup>12</sup> Il copioso contenzioso sorto sul punto della natura del rapporto nei casi di *vicarious liability* dipende anche dal fatto che molte dispute hanno interessato i rapporti coinvolgenti delle imprese di intermediazione di manodopera, circostanza che rende di particolare rilievo la individuazione del soggetto detentore del potere di direzione e controllo sui lavoratori possibili autori dell'illecito.

<sup>13</sup> In Italia la responsabilità di commessi e ausiliari è stata oggetto di giurisprudenza prevalentemente sul fronte delle prestazioni di lavoro professionale implicanti attività rischiose come l'attività medica, attività che notoriamente possono essere esercitate sia in forma autonoma che in forma subordinata; per fondare detta responsabilità diretta per il fatto del commesso o dell'ausiliario la normativa italiana muove, come noto, da fattispecie generali come quelle descritte all'art. 2049 e 1228 c.c..

comparato, quanto appena riportato esemplifica un processo di costruzione della norma.

Infatti, la common law, tipicamente, muove da un proposito politico di tutela (l'effetto giuridico voluto è, in questo caso, quello di tutela dei terzi, ovvero di coprire una sorta di esternalità negativa rispetto al rapporto contrattuale) che, senza codificare a priori la fattispecie, ma in pratica delineandone gli estremi a posteriori nella *case law*<sup>14</sup>, richiama elementi di fatto identici a quelli che troviamo inseriti nelle norme del 2049 c.c. e del 1228 c.c. italiani e che codificano una analoga situazione di responsabilità.

La common law è giunta, quindi, alla enucleazione di un principio, quello della *vicarious liability* in capo al datore di lavoro, richiamando cioè gli stessi fatti (il danno verso i terzi e la sussistenza di un rapporto di committenza) per oggettivizzare il principio (di stampo romanistico) della *culpa in vigilando* e attribuire tutela risarcitoria al soggetto leso, il quale così, a prescindere dalla colpa del datore di lavoro, potrà essere appunto risarcito.

Si arriva a questo punto a parlare dei **primi interventi parlamentari**, di contenuto sociale/protettivo, che hanno visto gradualmente abbandonare i riferimenti al rango e alla categoria dei lavoratori, per far assumere alla dimensione del rapporto di lavoro subordinato un significato via via più egualitario ed onnicomprensivo.

Nel Workmen's Compensation Act del 1906, per esempio, il lavoratore (*workman*) era definito come la persona che avesse stipulato un contratto di servizio o di apprendistato con il datore di lavoro al fine di svolgere del lavoro manuale o impiegatizio o di altro tipo, sia in termini espressi che taciti (*"any person who has entered into or works under a contract of service or apprenticeship with an employer, whether by way of manual labour, clerical work or otherwise, and whether the contract is expressed or implied, is oral or in writing"*).

Anche il Trade Disputes Act del 1906 contemplava una simile nozione nel disciplinare le fondamenta del diritto all'azione collettiva, mentre la maggior parte della leggi menzionano genericamente la posizione di *"employee"*.

Non esiste nel contesto della moderna legislazione sociale inglese, nè una uniformità categorica nè una uniformità terminologica; il concetto di lavoro dipendente ha piuttosto assunto varie definizioni più o meno estese, ciascuna connessa, ma senza predefiniti criteri di analogia o di diversificazione, alle diverse tutele.

E' invece sul piano interpretativo, nell'opera delle Corti, che occorre andare a cercare i canoni di lettura che possono orientare nella comprensione delle norme legali sul lavoro subordinato e quindi anche la sua possibile definizione.

Nell'interpretare le definizioni normative, compresa quella di *servant*, cui corrisponde la definizione moderna di titolare di un contratto di servizio

---

<sup>14</sup> Per richiamare uno dei tanti casi che hanno indagato la subordinazione nella prospettiva di una *vicarious liability* si vedano i richiami in *Dacas v. Brook Street Bureau* del 2004.



(“*contract of service*<sup>15</sup>”), le corti britanniche dei primi decenni del secolo scorso hanno concentrato la propria attenzione sul **concetto del controllo** (*control*) cioè sul potere esercitato dall'imprenditore sull'operato della persona del lavoratore.

La rilevanza del concetto del “*control*” si è sviluppata in parallelo con l'evoluzione legale che, negli atti legislativi successivi, fino ad arrivare ai giorni nostri, ha fornito **definizioni normative di tipo circolare**, o **tautologiche** per richiamare l'“*employee*”, il “*contract of employment*,” la condizione di essere “*in service for another*”.

Il risultato di questa combinazione tra debolezza definitoria e interpretazione delle corti è che, l'ambito di applicazione delle leggi sociali, è stato individuato tenendo presente che la caratteristica fondante della posizione del *servant/employee* era quella della soggezione al controllo del suo *master/employer*.

In altre parole, i giudici inglesi si sono trovati a sviluppare l'embrionale definizione di rapporto di lavoro subordinato (*contract of service*) ricorrendo all'immagine del servitore medievale; hanno applicato le “categorie” proprie della società preindustriale, in cui prevalevano le relazioni di tipo agricolo e domestico, per trasferire al datore di lavoro poteri che erano propri delle relazioni di dipendenza antichi; la presenza di quei poteri di controllo e la corrispondente posizione di obbedienza hanno dato sostanza all'emergente concetto di *employee*.

Si può verificare come, quindi, il fatto economico-sociale preso in considerazione come elemento qualificante del rapporto di lavoro subordinato non sia stato, in questa prima fase del diritto del lavoro moderno, esattamente coincidente con quello che la tradizione giuslavorista italiana definisce “eterodirezione”, ossia l'assoggettamento del prestatore al potere del datore di organizzare, dirigere e disciplinare la sua prestazione, ma abbia piuttosto coinciso con il più intenso potere esercitato dal *master* sulla persona del lavoratore, con la corrispondente limitazione della sua libertà personale, seppur letta e circoscritta al fine dell'esecuzione della prestazione.

Qualunque fosse la fonte normativa nell'ambito della quale si specificava la posizione dei lavoratori (leggi, usi e pratiche affermatasi negli anni, contratti collettivi e teorie giurisprudenziali del contratto implicito, per le quali si vedrà meglio *infra*) in ogni caso la giurisprudenza ha, originariamente, considerato la relazione di lavoro come caratterizzata dall'obbligo di obbedire agli ordini che, ragionevolmente e legittimamente, potessero essere dettati dal *master* alla persona del lavoratore.

Una seconda caratteristica di fatto qualificante in origine la posizione del *servant* era quella del **vincolo di esclusiva** che poteva sussistere o meno tra il lavoratore e il

---

<sup>15</sup> Che si distingue dal *contract “for” services* cui invece corrisponde il contratto di lavoro autonomo.

datore di lavoro (dove la mancanza di esclusività generalmente implicava l'impossibilità di qualificare un lavoratore come *servant*).

Tuttavia è importante precisare come il *fatto* della subordinazione così concepito, non fosse, ad inizio del secolo, considerato nella esperienza anglosassone come il principale elemento distintivo della disciplina del rapporto di lavoro: le principali distinzioni sotto il profilo degli *effetti* normativi e delle tutele, infatti, non erano tra lavoratori subordinati e lavoratori autonomi, ma erano ancora tra lavoratori di diverso rango e di diversa appartenenza sociale, pertanto quanto più rilevava era il contesto sociale nel quale si operava e il tipo di lavoro che si svolgeva.

Per esempio nel *putting-out system* (una sorta di subfornitura di lavoro), nel lavoro domestico e nel lavoro agricolo erano previste disposizioni particolari come quella di una residua responsabilità penale per chi abbandonasse il posto di lavoro, mentre per le categorie di lavoratori intellettuali si prevedevano trattamenti più liberali.

Il sistema della qualificazione, in altre parole, rimaneva basato sul regime delle mansioni e della posizione sociale, compresa la considerazione dell'età del lavoratore, più che sul regime della subordinazione in se stessa, e le vecchie distinzioni rimanevano così a determinare il campo di azione delle singole tutele (per esempio, ai fini della tutela del reddito, una delle prime predisposte dalla legislazione sociale inglese, rimanevano in origine esclusi i lavoratori addetti a mansioni non manuali, oltre che i lavoratori effettivamente percepenti un salario annuo superiore a una certa somma).

Negli anni più recenti, il concetto di *control* e la relativa indagine da parte delle Corti (*control test*, di cui si parlerà più ampiamente nel capitolo quinto) ha preso le distanze da quella sua connotazione originaria, che possiamo chiamare di tipo precapitalista.

Oltre al fatto che altri criteri di indagine, insieme a quello sul *control*, sono stati usati per scoprire la presenza di un rapporto di lavoro subordinato, come si vedrà meglio più avanti<sup>16</sup>, è stato rilevato come **il *control-test* abbia assunto una diversa funzione rispetto a quella originaria**; i giudici hanno cioè cominciato ad indagare sul potere di autorità e controllo sui lavoratori non più, e non tanto, per accertare la subordinazione in senso lato, ma per accertare “un certo tipo, possiamo dire più circoscritto, di subordinazione”, ciò al fine di precludere una attribuzione indiscriminata delle tutele a tutti i lavoratori che potessero vantare un rapporto di *employment* in senso lato, una dipendenza verso il datore di lavoro in senso lato.

Questo è stato possibile a livello ermeneutico, da un lato, sottolineando il significato del “controllo materiale” del datore di lavoro sulla persona del lavoratore, tipico della definizione più tradizionale della relazione *master-servant*: sono considerabili soggetti al potere dell'imprenditore i lavoratori addetti a mansioni operative, mentre non lo sono i lavoratori soggetti a mansioni di tipo professionale, con la conseguenza che solo i primi e non anche i secondi potranno

---

<sup>16</sup> In particolare si veda il paragrafo 5.2.

(più facilmente) rientrare nell'area di tutela in questione. Dall'altro lato, il concetto tradizionale di *control* è servito per escludere dal circolo dei rapporti subordinati le relazioni di lavoro saltuarie e stagionali, le quali non darebbero luogo, per il loro carattere appunto temporaneo, ad un reale assoggettamento della persona al controllo del datore.

### **3.3 Sulle origini e la collocazione sistematica del rapporto di lavoro subordinato in Italia**

Ai fini delle valutazioni comparatistiche, si può ricordare quanto segue a proposito della collocazione sistematica del rapporto di lavoro subordinato in Italia.

In Italia il **dibattito sul concetto giuridico di subordinazione** si trova incardinato e si sovrappone al dibattito sulla sistemazione del rapporto di lavoro nell'impianto del diritto positivo, accesi a cavallo delle vicende di inizio 1900.

Si trattava di sistemare gli interventi legislativi in protezione della posizione di certe categorie di lavoratori ritenute particolarmente deboli (in particolare donne e minori) sullo sfondo della normativa di stampo codicistico allora vigente (Codice Civile del 1865).

Successivamente, gli interventi sociali cui si trattava di dare una collocazione, furono essenzialmente quelli a protezione della classe operaia.

Le **influenze della rivoluzione francese** pervase da ideali di egualitario e liberali, le aspirazioni di disciplina unitaria che erano state alla base della elaborazione del Codice Napoleonico, furono determinanti nell'elaborazione delle teorie sulla sistemazione del rapporto di lavoro; in particolare quelle aspirazioni sono state determinanti per la dottrina che per prima, nel 1901, ebbe il merito di giustificare la collocazione del rapporto di lavoro nel contesto del sistema di diritto positivo italiano<sup>17</sup>.

Soprattutto in questa prima fase dello sviluppo della materia, l'apporto degli interpreti, della dottrina e della giurisprudenza, è stato centrale e consapevolmente determinante anche per la legislazione futura. In mancanza di leggi atte a concettualizzare la subordinazione, sono stati gli interpreti a raccogliere le proprie risorse per dare una sistemazione categorica dei materiali esistenti che fosse coerente con il nuovo quadro normativo che andava così costruendosi. Si trattava di porre le basi per rendere comunicanti queste nuove norme con il resto dell'ordinamento.

La legislazione sociale italiana a cavallo tra '800 e '900 non aveva in sé un carattere né unitario né sistematico. Sia i contenuti che gli scopi della prima legislazione sociale smentiscono l'assunto secondo il quale il diritto del lavoro italiano sarebbe

---

<sup>17</sup> L. BARASSI (1901) *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*.

nato e cresciuto “come complesso di norme provviste di funzione unitaria”<sup>18</sup>. Nel mirare a tutelare infatti ora la salute dei giovani, ora la conservazione della pace sociale ora l’esposizione a rischi particolari, ora la tutela del lavoro femminile e così via, non può infatti dirsi che i primissimi interventi della legge per il lavoro mirassero a tutelare il lavoratore dipendente in quanto tale, ovvero a tutelare il lavoratore in quanto soggetto debole.

Non ci sono stati, cioè, impulsi riformatori di impronta generalista (come ci sono stati in Germania con Bismark e il suo progetto globale di protezione del lavoratore connesso con le assicurazioni obbligatorie<sup>19</sup>); si è trattato piuttosto di interventi frammentari i quali hanno mancato di seguire un progetto definitorio modellato sul fine di una tutela generalista.

Nella fase del primo quarto del ‘900, invece, l’affermarsi del fenomeno sindacale ha contribuito all’**immaginazione di un diritto del lavoro atto a tutelare una classe unitaria**, che era la classe operaia. Questo dato contribuiva a motivare la dottrina italiana a esprimersi nel senso di ricondurre la normativa lavorista in un sistema unitario piuttosto che frammentario, e contribuiva a sottolineare il bisogno di farla confluire nelle categorie generali del diritto positivo italiano e del diritto civile codificato in particolare.

E’ ben noto che la fattispecie presa in considerazione quale possibile contenitore del rapporto di lavoro fu, anche in Italia, quello della *locatio-conductio*, ovvero del contratto di locazione di derivazione romanistica; il rapporto di lavoro si ricondurrebbe alla *locatio-conductio* alla stregua di un negozio sinallagmatico dal quale si originano le sottospecie corrispondenti all’obbligazione di fornire la propria opera lavorativa contro un corrispettivo (*locatio-operarum*), e alla obbligazione di fornire un’opera compiuta, intesa in termini di risultato, contro un relativo corrispettivo (*locatio operis*).

L’impegno di questa prima dottrina è stato quindi di ricondurre alla dogmatica civilista tradizionale, e quindi al contratto di stampo romanistico, la figura del rapporto di lavoro.

Questo succedeva malgrado il legislatore ordinario avesse cominciato a considerare il fenomeno non tanto alla stregua di un contratto, quanto come un contesto fattuale di rilevanza sociale che motivava un intervento politico di protezione. Può dirsi che quella dottrina e la sua opera di sistemazione abbia apportato un contributo di rilievo alla considerazione del rapporto di lavoro come rapporto a fondamento “contrattualista”, piuttosto che come rapporto a base istituzionale-statutario.

---

<sup>18</sup> In questo senso si veda l’ampia ricostruzione storica fatta anche da L. CASTELVETRI (1994) *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, 290; secondo l’A., “la tradizionale convinzione che l’ordinamento del lavoro sia un tutto coerente e unitario fin dalle sue origini appare (...) come una sorta di dogma, che esprime un’istanza radicata nello stile della comunità scientifica più che una opzione legislativa rintracciabile nella ratio delle singole norme, le quali non sembra possano intendersi, allora come oggi, tutte, sempre e necessariamente rivolte a tutelare un lavoratore socialmente utile”.

<sup>19</sup> Sulla relativa incidenza della tradizione tedesca nella redazione del codice del 1942 si vedano riferimenti in L.NOGLER (2002) *Ancora su tipo e rapporto di lavoro subordinato nell’impresa*, ADL,109 e ss.

Il rapporto di lavoro subordinato definiva così la posizione di due parti che si accordano liberamente (contratto) perchè ne derivino obbligazioni reciproche (*diritti e doveri di matrice contrattuale*) che si distingueva in virtù di un *fatto tipizzante quale il potere direttivo conferito per contratto al datore di lavoro*.

A bilanciare lo strapotere di una parte sull'altra, strapotere implicito nel fatto della subordinazione, intervenivano d'imperio effetti giuridici legali non eludibili contrattualmente dalle parti (che costituiscono l'essenza non derogabile della disciplina del rapporto di lavoro) quali la tutela per la malattia, quella contro gli infortuni etc.

Su di un versante opposto a quello appena visto, che possiamo definire sinteticamente come il versante della dottrina tradizionale, sono venute poi argomentandosi **teorie critiche** che muovendo dalla considerazione dell'impianto codicistico di matrice liberal borghese, basato su principi di uguaglianza formale e costruito sopra una dogmatica di stampo romanistico, lo ritenevano non adeguato a definire la posizione del lavoratore subordinato<sup>20</sup>.

Secondo queste critiche, di stampo collettivista e sensibili all'esigenza di formulare *ex novo* e in termini protettivi la disciplina del lavoro operaio, piuttosto che ricondurre il rapporto di lavoro nel contratto di opere (quindi in una fattispecie negoziale locativa) sarebbe stato opportuno affermare il **collegamento delle norme di tutela alla situazione di debolezza economico-sociale** del lavoratore, quale conseguente all'inserimento nell'organizzazione produttiva altrui<sup>21</sup>.

Il rapporto di lavoro male si adatterebbe alle categorie codicistiche del contratto, poiché queste non terrebbero in debito conto del coinvolgimento della persona del lavoratore e della conseguente posizione di debolezza rispetto all'imprenditore; una conferma a questa impostazione si legge anche nel carattere prevalentemente non derogabile delle norme legali poste a tutela del lavoratore<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Per una rilettura delle diverse tendenze politiche che hanno accompagnato la genesi della disposizione di cui all'art. 2094 c.c. del codice civile del 1942 si rimanda nuovamente a L.NOGLER (2002) *Ancora su tipo e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in ADL, 109 e ss.

<sup>21</sup> Rivendicano, rispetto all'impostazione tradizionale, l'autonomia del c.d. approccio ispirato al socialismo giuridico, tra i tanti: M.PEDRAZZOLI (1985) *Democrazia industriale subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 44 ("Il sistema di questo (il diritto privato) non potev dare accoglienza alla serie innumerevole di contratti in cui, per dato socialmente tipico, una parte risulta priva di autonomia; non poteva, intendo, se non autoscardinandosi, Quando questa contraddizione interna diventa intollerabile, la condizioni di una sua soluzione vengono ricercate al di fuori; e ciò conduce alla stabilizzazione di un diverso sottosistema giuridico"; F. MAZZIOTTI (1974) *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, 5 e ss.; R.DE LUCA TAMAJO (1976) *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 8, in particolare si veda la nota 1. Per una posizione in senso acontrattualista si vadano anche G.MAZZONI (1967) *I rapporti collettivi di lavoro*, 1967, e ss., e E.BALLETTI (1963) *Contributo alla teoria dell'autonomia sindacale*, 412.

<sup>22</sup> In altre parole, il carattere "non-contrattuale" o istituzionale-statutario del rapporto di lavoro giustifica, e a sua volta argomenta, l'inderogabilità delle norme del diritto del lavoro. In Italia questo argomento è stato usato fino a comprendere le norme di fonte contrattuale collettiva: si è cioè usata la natura statutaria del rapporto di lavoro per giustificare la non derogabilità, oltre che della legge, anche del contratto collettivo. Nell'incertezza sul carattere derogabile delle norme del contratto collettivo italiano da parte del contratto individuale la teoria del rapporto di lavoro come rapporto a-contrattuale è stata caldeggiata soprattutto dagli ambienti vicini al sindacalismo, a giustificazione e fondamento del carattere inderogabile del contratto collettivo nazionale.

In Italia, a ben vedere, questa contrapposizione sul fondamento del rapporto di lavoro non è mai stata una contrapposizione netta, mentre si può certamente parlare di un **contesto dottrinale ricco di soluzioni compromissorie**. In altre parole l'approccio c.d. barassiano/contrattualista è stato accolto dalla dottrina alla luce di molti smussamenti rispetto alla sua impalcatura pura e originale e del resto nella stessa "opera prima" del 1901 non sono mancati riferimenti al carattere puramente sociale della emananda legislazione sul lavoro. Quella dottrina "non fu né isolata né in controtendenza rispetto ad un panorama culturale in cui, con accenti diversi, ma in sostanziale omogeneità di valori e di fini, tutta la dottrina fu partecipe di un processo di adattamento dei propri criteri metodologici sotto la sollecitazione (...) delle nuove funzioni della legge sociale, adatta a prestare un estrinseco omaggio all'unità dei codici e dar risposta alle domande incalzanti della realtà ancorchè sottovalutata nel suo potenziale eversivo dell'impianto codicistico" <sup>23</sup>.

L'accoglimento di una impostazione radicalmente solidarista avrebbe implicato un progetto di riforma dell'intero impianto di diritto privato, chiamato così a dare atto di posizioni socialmente svantaggiate che suggerivano una diversificazione della disciplina.

I contributi delle dottrine alternative a quella tradizionale non hanno, a ben vedere, mai potuto fornire un quadro giuridico pienamente alternativo, mentre l'impianto contrattualista (di cui la sinallagmaticità nel rapporto di lavoro rappresenta un momento non dubbio) non potrebbe comunque essere negato *in toto*.

Non di meno il contributo delle posizioni critiche ha ampiamente motivato e giustificato le tendenze legislative future e le posizioni della giurisprudenza: la considerazione del rapporto di lavoro come rapporto di status piuttosto che come rapporto contrattuale, sostenuta soprattutto dagli ambienti sindacali anche nella forma di una rivendicazione dell'autonomia dell'ordinamento sindacale, è alla base di diversi progetti di riforma anche recenti <sup>24</sup>.

Questo dualismo di concezioni nella sistemazione del diritto del lavoro all'interno dell'ordinamento giuridico generale aiuta la comprensione della formulazione della norma che definisce il lavoro subordinato (art. 2094 c.c.) e dei criteri di rilevamento e interpretazione relativi.

---

<sup>23</sup> L. CASTELVETRI (1994) *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, 290.

<sup>24</sup> La riforma dello Statuto dei lavoratori del 1970 fu una chiara espressione di questa impostazione. Alcune delle più recenti proposte di riforma tornano a sottolineare la personalità del rapporto di subordinazione usando il concetto di "Statuto" (cfr. T.TREU (2004) *Statuto dei lavori e carta dei diritti*, DRI, 193 e ss.). Sul fronte europeo si può richiamare il lavoro di A. SUIPOT (2001) *Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford University Press.

E' a un fondamentale studio del 1967<sup>25</sup> che si deve uno dei più richiamati contributi critici in punto di definizione della subordinazione come fattispecie. Secondo quello studio l'indistinta (pertanto spesso inopportuna) estensione delle tutele predisposte per il lavoro subordinato è attribuibile proprio a quella **“forzata” riconduzione della disciplina del diritto del lavoro nella fattispecie negoziale della locazione di opere**. Più specificamente, colpa della “difficile convivenza con la fattispecie dell'art. 2094 c.c.”<sup>26</sup> che ostacola l'individuazione delle reali esigenze di tutela, starebbe nell'incapacità di questa norma di cogliere la dimensione più ampiamente sociale/fattuale della subordinazione nelle sue diverse e molteplici sfumature.

La denuncia che si può cogliere nella dottrina appena richiamata sta nella rilevazione della **mancata corrispondenza concettuale tra contratto di lavoro e rapporto di lavoro**: quest'ultimo si differenzia dal primo nel senso di significare una complessiva posizione sociale del lavoratore, non solo il rapporto dare/avere descritto dal contratto, e quindi solleva una istanza di diversificazione disciplinare rispetto al contratto.

Esisterebbe una sostanziale dissociazione tra la fattispecie dell'art. 2094 c.c.<sup>27</sup> così come sistemata, e le esigenze reali di tutela del rapporto di lavoro, poiché la fattispecie così categorizzata non definisce da un punto di vista giuridico concettuale il complessivo fatto economico/sociale della subordinazione.

Inoltre, sotto un profilo ermeneutico, la *locatio operarum* non consente di far emergere il fatto qualificante della subordinazione, perché l'elemento del potere organizzativo, direttivo e disciplinare cui il 2094 c.c. si riferisce, nella *locatio operarum* non è altro che un elemento circostanziale e marginale del rapporto, accanto agli altri elementi della temporaneità del rapporto e dell'indifferenza al risultato<sup>28</sup>.

Le teorie critiche hanno quindi il pregio di aver rilevato come la dottrina tradizionalista abbia sistemato la fattispecie lavoro subordinato in un modo da farla essere priva di un *quid* propriamente “qualificatorio distintivo”; se il rapporto di lavoro subordinato è una forma del contratto di opere (*locatio operarum*) e non un rapporto di tipo nuovo, da cui emerge una una posizione socialmente ed

---

<sup>25</sup> L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro, problemi storico-critici*, Napoli, 1967. Tra i meriti dell'autore anche quello di avere sottolineato la necessità di considerare in maniera separata la “fattispecie” rispetto agli “effetti” (“...continua ad essere frequente il ricorso alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato nell'opera determinativa della obbligazione di lavoro subordinato e pertanto, come detto, il richiamo di *effetti in funzione di individuazione della fattispecie*” p.16; e ancora: “... nella subordinazione vengono introdotti contenuti che non le sarebbero propri quando si rimanesse ancorati alla specifica configurazione dogmatica di essa. A tale rilievo di una sfasatura tra fattispecie ed effetti si giunge con argomenti logici.” p. 63).

<sup>26</sup> L'espressione è di R. PESSI (2007) *I problemi del diritto del lavoro*, CEDAM, 21.

<sup>27</sup> “E' prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze o sotto la direzione dell'imprenditore”.

<sup>28</sup> L'aver accettato il dogma della partizione della *locatio conductio* (con la distinzione tra *locatio operis* e *locatio operarum* in base all'alternativa attività/risultato) è cioè irrispettosa della consapevolezza storica del significato moderno della etero direzione, poiché una simile accettazione implica che le istruzioni del creditore vengano erette da elemento accidentale della *locatio operis* a elemento tipizzante della *locatio operarum* senza alcuna ragione né tecnica né politica fondante, ma appunto, in virtù di un dogma. In tal senso si veda L.SPAGNUOLO VIGORITA (1967) *Subordinazione e diritto del lavoro, problemi storico-critici*, Napoli, in particolare 75-84.

economicamente debole, allora il concetto giuridico di lavoro subordinato, così come coniato, non ha una funzione distintiva e qualificante *ex se*.

L'aver configurato il rapporto di lavoro subordinato come un contratto tipico modellato sulla matrice locatizia, nell'alveo del rapporto contrattuale *sic et simpliciter*, e quindi in uno schema dogmatico inadeguato a rappresentare la posizione peculiare e condizionata del prestatore di lavoro, sarebbe quindi un errore insieme tecnico/concettuale e antistorico, perché l'elemento della subordinazione, che coincide nei fatti solo in parte con una etero-direzione, costituisce nel contratto locatizio un puro accadimento di fatto, come tale non idoneo a costituire un elemento tipizzante della fattispecie e del resto, come è stato evidenziato, **“lo stare all'altrui servizio” non costituisce una definizione giuridica ma un semplice elemento fattuale**, che come tale non si presta a costituire un concetto atto a identificare una fattispecie astratta <sup>29</sup>.

Ne è derivato che (anche) nell'esperienza giuridica italiana la definizione del lavoro dipendente in termini di configurazione della fattispecie ha corso su un binario lontano dalla interpretazione dei casi concreti, mentre il pregio del dibattito tra tradizionalisti e novatori (o tra contrattualisti e a-contrattualisti) è stato quello d'aver evidenziato, a monte delle definizioni legali e codicistiche, il carattere extra-giuridico della subordinazione, o se vogliamo il suo carattere pre-giuridico (o post-giuridico a seconda che la fattispecie sia considerata in astratto o in concreto), cui viene dato un significato variabile a seconda del periodo storico di riferimento, del contesto socio-economico, e che in ultima analisi riflette una condizione di inferiorità o di limitatezza in termini socio-economici del lavoratore<sup>30</sup>.

Attraverso la riconduzione del rapporto di lavoro subordinato al contratto d'opere (usando di nuovo la prospettiva delle tre diverse dimensioni (fatto/concetto/diritto), si può dire che il concetto emergente dall'art. 2094 non esplicita alcuna definizione esatta e distintiva del fatto tipizzante del rapporto di lavoro subordinato.

Dunque, se i fatti che costituiscono la subordinazione non sono configurati dall'ordinamento giuridico, essi non potranno che emergere dall'osservazione della realtà sociale ed economica, con il risultato che le tutele che l'ordinamento italiano ha disposto per il lavoratore subordinato, rimangono rimesse all'apprezzamento *ex post* dell'interprete.

Malgrado tanto, sia il legislatore italiano chiamato ad individuare le tutele (prospettiva degli effetti giuridici) sia gli interpreti chiamati ad allocare

---

<sup>29</sup> In questo senso è condivisibile l'affermazione di L. NOGLER (2002) *Ancora su tipo e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, ADL, 138, che nel parlare della rigida applicazione del metodo sussuntivo sulla fattispecie dell'art. 2094 c.c. afferma: “Si può pertanto arrischiare l'etichetta di impostazione “neo-dogmatica”, nonchè la conclusione per cui dietro questa impostazione si cela (...) una impostazione di politica del diritto di stampo obiettivamente neoliberista”.

<sup>30</sup> Con le parole di G. PERA (1991) *Diritto del lavoro*, Cedam, 306: “non si contrappone, come sembrerebbe, un concezione reale-sociale ad una meramente formalistica della legge; al contrario, si impone il rispetto di una normativa di legge che pone l'accento ... su un determinato fatto della realtà sociale, cioè sul fatto di prestare lavoro alle dipendenze e sotto le direttive di altri”.



concretamente quelle tutele, hanno tendenzialmente operato nell'assumere la subordinazione *ex art. 2094 c.c.* come "referente dell'intera disciplina protettiva, esplicitandone la valenza di tipizzazione dell'obbligazione in termini di soggezione all'etero-direzione e di collaborazione all'organizzazione, nonché, insieme, di identificazione della situazione soggettiva meritevole di tutela"<sup>31</sup>.

In altre parole, favorevole il clima culturale, almeno fino alla fine degli anni '70, alla generale estensione delle tutele, la giurisprudenza ha sfruttato l'inadeguatezza definitoria e qualificatoria della fattispecie tipica "rapporto subordinato" nel senso di riferirgli ogni intervento legislativo protezionistico garantista, e ha fatto coincidere sostanzialmente l'area di applicazione soggettiva delle tutele con l'area dei rapporti di lavoro subordinato.

Non di meno, la situazione sopra prospettata in termini di debolezza delle categorie definitorie del contratto di lavoro subordinato, ha sollecitato nella giurisprudenza più attenta l'urgenza di adattare i termini del processo applicativo/interpretativo della fattispecie.

L'urgenza era quella di adattare il processo di sussunzione della fattispecie concreta in una norma-concetto capace di contenere il fenomeno, ma incapace di delimitarlo. I giudici, così riscontrando la **non praticabilità del metodo sussuntivo** inteso in modo ortodosso, cioè basato su un giudizio di coincidenza/aderenza perfetta della fattispecie concreta sulla fattispecie astratta, hanno proceduto all'accertamento del "fatto della subordinazione" desumendolo da elementi usati come indici rivelatori di una realtà sociale, di un tipo sociale, un tipo i cui estremi esatti mancano di un riferimento testuale sul dato normativo.

Ecco che si afferma il ricorso ai c.d. **indici rivelatori della subordinazione**, che servono per ricavare la fattispecie sulla base di un giudizio tipologico, cioè accertando la presenza della subordinazione intesa come tipo sociale più che come categoria giuridica. L'accertamento del singolo rapporto di lavoro subordinato scaturisce quindi da un confronto tra questi indici e le modalità concrete di esecuzione della prestazione di lavoro<sup>32</sup>.

La giurisprudenza italiana, in maniera non difforme da quella inglese, ha pertanto dovuto assumere un approccio interpretativo che possiamo definire pragmatico, in virtù del quale, per la imputazione di determinati effetti giuridici, si richiede un

---

<sup>31</sup> R. PESSI (2007) I problemi del diritto del lavoro, CEDAM, 21.

<sup>32</sup> Sulla contrapposizione, fatta emergere dalla dottrina, tra metodo sussuntivo e metodo tipologico si possono richiamare le sintesi fatte da L. NOGLER (1990) *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, RIDL, I, 200 e ss. che nel parlare dell'interpretazione tipologica richiama l'esperienza in primo luogo tedesca della c.d. giurisprudenza valutativa (Wertungsjurisprudenz) - "essa si caratterizza per la contrapposizione fra il "tipo" presentato come la categoria logica propria di un sistema orientato ai valori e cioè incline a considerare le situazioni nel loro significato globale, ed il "concetto generale-astratto" presentato come la categoria logica propria del pensiero formalistico orientato alla sussunzione e cioè al riscontro analitico fra gli elementi del concetto, siano essi espressi come caratteristiche singole o come rapporti tra caratteristiche". Nonchè Id. (2002) *Ancora su tipo e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, ADL, 109, dove mette in evidenza l'evoluzione dal metodo tipologico puro - di derivazione germanica - al metodo tipologico funzionale, diverso dal primo per il suo fondarsi su di una valutazione dell'interprete globale e ponderata, piuttosto che sul rinvenimento di modelli empirici. Nella stessa collana G. PROIA (2002) *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, ADL, 87, che nel richiamare l'opera di Luigi Mengoni ricorda come "il metodo tipologico (...) si affermò come reazione all'illusione pandettistica di matematicizzazione universale del pensiero, chiuso all'evoluzione della realtà sociale e alla introduzione di valutazioni di ordine teleologico nell'interpretazione della legge".

mero “giudizio di non contraddizione o di sufficiente conformità rispetto al modello sociale prevalente di lavoratore subordinato (l’operaio della grande impresa) - modello a cui il legislatore si è ispirato per elaborare sia la nozione di lavoro subordinato sia la relativa disciplina”<sup>33</sup>.

### 3.4 Tipologie di rapporto di lavoro in Gran Bretagna

Anche in Gran Bretagna la disciplina del rapporto di lavoro è stata in origine pensata in maniera che le tutele fossero da applicarsi sulla figura del lavoro dipendente (*contract of service*), l’antico rapporto *master-servant*, quale figura distinta dal lavoro autonomo (*contract for service*).

Troviamo infatti da un lato la figura dell’*employee* (titolare di un *contract of service*), soggetto in quanto tale al potere direttivo e di controllo del datore di lavoro e dall’altro lato l’*independent contractor* o anche il *self employed* (entrambi possibili titolari del *contract for service*).

La linea di confine tra lavoratori appartenenti alla prima o alla seconda categoria è meno netta, sotto il profilo delle tutele, di quanto non lo sia in Italia.

Questo dipende dal fatto che la giurisprudenza e il suo potere normativo diretto, insieme all’impronta non sistematica delle leggi sociali di questo paese, hanno consentito di predisporre di volta in volta un’estensione delle tutele a categorie di lavoratori non sottoposti a un regime di subordinazione tradizionale.

La dottrina individua come figure affini, ma distinte dall’*employee*, quella del *trainee o apprentice* (apprendista), quella del *self-employed*<sup>34</sup>, figura avvicinata a quella italiana dei lavoratori genericamente definibili atipici, *co.co.co*, lavoratori a progetto etc., quella dello *homeworker* (lavoratore domestico) quella dello *agency worker* (lavoratore interinale) quella del *voluntary worker* (volontario) e infine quella dello *worker of the public sectors* (lavoratori dei settori pubblici, dai ministri di culto ai parlamentari e così via).

Per quanto riguarda la fattispecie di lavoratori al tempo stesso soci dell’impresa, non sembra esista neppure in questo sistema alcuna previsione legale atta ad impedire una simile simbiosi: in un caso in cui uno dei dirigenti della società era al contempo anche azionista del 100% della stessa, il lavoratore in questione ha visto attribuirsi il trattamento di mobilità derivante dalla messa in liquidazione della società, alla stregua di altri lavoratori considerati *employees*<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> M. BIAGI - M. TIRABOSCHI (2007) *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffè, 113

<sup>34</sup> I c.d. *self-employed*, sostanzialmente un sinonimo del lavoratore autonomo che però si distingue dal *professional* (libero professionista) per il suo ruotare intorno all’impresa datore di lavoro, è stata riconosciuta per la prima volta dall’*Insurance Act* del 1964. Precedentemente si può affermare che la maggiore distinzione tra lavoratori non passasse tra “tra dependent e autonomous workers, ma tra differenti gruppi di *wage o salary earners*”, ne da una conferma M.MAGNANI (2001) *La categoria contratto di lavoro e la tradizione anglosassone*, DLRI.

<sup>35</sup> Si veda in merito: *Catamaran Cruises Ltd v Williams* [1994]

Una categoria concettuale che sta cominciando ad avere una rilevanza giuridica autonoma sulla via verso una configurazione legale dei rapporti di lavoro e', in Inghilterra come in seno al diritto europeo, soprattutto a partire dagli anni '90 con la risalita al governo del partito laburista, quella di “*worker*”. Tanto la giurisprudenza quanto la dottrina, anche sull'onda di una giurisprudenza europea (si veda *infra*) tende a conferire analoga autonomia al medesimo concetto, e sembrano orientate a collegare a questa definizione ampia una parte dei diritti, tra quelli tradizionalmente attribuibili alla più circoscritta categoria di *employee*.

E' stato efficacemente sostenuto <sup>36</sup> che l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale abbiano fatto confluire la nozione di lavoro semi-dipendente (il corrispondente del nostro lavoro atipico), in quella più generica di lavoratore (*worker*), considerata quest'ultima come una categoria capace di contenere sia il concetto classico e tradizionale di lavoratore dipendente (*employee*) ma anche forme atipiche di lavoro per loro natura non rigidamente definibili.

### **3.5 Cenni alle fonti regolative del rapporto di lavoro**

La fonte regolativa degli effetti del rapporto di lavoro subordinato moderno è rinvenibile, anche nel sistema inglese, in primo luogo in un principio di libertà contrattuale (*role of freedom of contract*): da un lato la libertà di svolgere una data attività o prestazione di servizio, dall'altro lato la libertà di ricevere detta prestazione in cambio di un compenso. Di conseguenza molte norme concernenti gli effetti giuridici di questo rapporto si rinvengono nella *case law* che presiede all'attuazione dei principi generali di correttezza e di buono svolgimento dei rapporti obbligatori.

Non di meno, anche in Inghilterra le parti hanno progressivamente visto ridursi il proprio raggio di autonomia contrattuale sia nell'oggetto delle obbligazioni, sia nella possibilità di recesso, in virtù di interventi legislativi di matrice sociale (*statutes*) che hanno mirato a tutelare la parte più debole; è in questo senso che si può riconoscere il carattere non derogabile del diritto del lavoro inglese (*mandatory nature of labour law*).

La *ratio* dell'intervento del Parlamento è la considerazione della debolezza del lavoratore quale descritta dalla dottrina, senza interposizioni dogmatico categoriche, nella maggiore forza che può rivestire il datore in procinto di assumere o che abbia assunto il dipendente (disparità di potere contrattuale) o nella considerazione del

---

<sup>36</sup> Si veda in questo senso G. DAVIDOV (2005) *Who is a Worker?* ILJ, 34, 57.

fatto ch  piuttosto raro che il lavoratore abbia mezzi economici tali da potersi definire ‘non necessitato’ al lavoro (debolezza economica)<sup>37</sup>.

Vincoli alla libert  contrattuale derivano naturalmente anche dalla contrattazione collettiva (*collective bargaining*).

Notoriamente il raggio vincolante della normativa collettiva sulla libert  individuale assume in Gran Bretagna una dimensione quantitativamente inferiore rispetto a quanto non succeda in Italia, in virt  di una tradizione sindacale diversa, normativamente e quantitativamente meno incisiva, sebbene nel Regno Unito non si possa parlare di un impatto sociale tenue, dato il suo essersi diffusa su basi volontaristiche piuttosto che legali<sup>38</sup> e presupponendo quindi un dato di partecipazione pi  attivo e consapevole da parte dei lavoratori interessati.

Il rapporto di lavoro subordinato viene disciplinato pertanto da una serie di fonti, tra le quali sussistono diversi rapporti di interdipendenza, che si dipanano per  in maniera flessibile piuttosto che formalmente gerarchizzata come avviene in Italia e nelle tradizioni continentali in genere. Questo accade anche in virt  di un sistema la cui tecnica normativa centrale (la *case law*) pone la fattispecie astratta in rapporto costante e dialogante rispetto alla fattispecie concreta e, come si   osservato sopra, ci  implica una pi  attenta considerazione delle circostanze del tessuto sociale di riferimento nel momento in cui da esso si trae il tessuto normativo.

Un impatto decisivo nel Regno Unito, culturalmente pi  tangibile di quanto non lo sia stato nel contesto italiano –   stato quello della normativa di fonte internazionale, delle convenzioni dell'OIL, delle raccomandazioni delle Commissioni facenti capo al sistema della Corte dei Diritti Umani di Strasburgo (Human Right Act 1998) e, naturalmente, dell'impianto normativo europeo, partendo dai trattati per arrivare alle sentenze della Corte di Giustizia.

Molte delle norme internazionali hanno carattere flessibile (*soft law*) e questo ha portato inizialmente ad un essere trascurate in un ordinamento improntato su canoni di gerarchia formale, come quello italiano, mentre sono state pi  tempestivamente accolte dalle flessibili strutture degli ordinamenti a *common law*.

Il precedente giudiziario costituisce un precetto vincolante, ma il Parlamento pu  legittimamente statuire in maniera difforme da esso; del resto la giurisprudenza assume un ruolo normativo spesso creativo difficilmente controvertibile,

---

<sup>37</sup> Sui diversi significati riconducibili alla situazione di debolezza in cui trova il lavoratore subordinato si rinvia in particolare a G. DAVIDOV (2002) *The three axes of employment relationships: a characterization of workers in need of protection*, in *University of Toronto Law Journal*, 52, 357, nonch  alla sezione 1.3.1 di questo lavoro. S. DEAKIN - G. MORRIS (2005) *Labour law*, 121 individuano la particolarit  del rapporto di lavoro rispetto agli altri contratti commerciali sia nel senso di mettere in evidenza la posizione di inferiorit  economica del lavoratore i cui mezzi di sussistenza derivano spesso dalla sola attivit  lavorativa, ma anche dal riscontro della limitata autonomia contrattuale delle parti, quale derivante dal potere direttivo del datore (*..agreement between the parties plays a relatively minor role in determining the substance of their reciprocal obligations. In part this is because of the inherent power of command which vests the employer. (...)*) ma anche dalla presenza della contrattazione collettiva (*“the asymmetrical qualities of the employment relationship have been offset by a second form of status, derived from employment protection legislation and collective bargaining”*.)

<sup>38</sup> In merito si veda *infra* nella sezione 3.5.5.

soprattutto quando chiamata a dare sostanza a precetti generali derivanti dal diritto internazionale, come quelli del diritto comunitario e quelli derivanti dalla Carta dei Diritti dell'Uomo della Corte di Strasburgo.

Abbiamo visto sopra come non si possa parlare, nel contesto britannico, di veri e propri diritti di derivazione costituzionale. La norma propriamente detta di rango costituzionale è assente, ma la regola dello *stare decisis*, ovvero dell'obbligo di attenersi alle decisioni prese dalle corti in casi precedenti e in particolare al dettato delle corti superiori, ha non di meno consentito il radicarsi di principi che segnano i tratti di un sistema giuridico tra i più dinamici e al tempo stesso tra i più rispettosi di valori tradizionali.

Tanto meno si annoverano in Gran Bretagna sforzi legislativi di tipo codificatorio/ esaustivo paragonabili alle esperienze continentali. La premessa da fare nel trattare delle fonti che disciplinano il diritto del lavoro inglese è, in altre parole, che non possiamo fondare la loro sistemazione su di un impianto gerarchico, su basi teoriche di inderogabilità formulate con la rigidità e il formalismo che contraddistingue la nostra tradizione.

Le maglie legali dell'inderogabilità, ovvero dell'impossibilità per la fonte dell'autonomia privata, individuale o collettiva, di disporre in maniera diversa da quanto disposto dalla fonte legale – e nel diritto del lavoro il riferimento è essenzialmente alla deroga peggiorativa, mentre sono tollerate deroghe di favore per il lavoratore - sono tracciabili in maniera chiara in Italia<sup>39</sup> (almeno finché non sia considerata la difficile collocazione della fonte sindacale).

La collocazione sistematica dell'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano è notoriamente oggetto di una vicenda storica che da un lato mira a conferirgli efficacia generalizzata parificata alla legge (art. 39 Cost.) e dall'altro lato assiste a una resistenza sindacale che ne ha di fatto relegato gli effetti – stando all'impianto formale delle fonti – nell'alveo del contratto di diritto comune, con la conseguente necessità per la giurisprudenza di elaborare criteri di applicazione e di prevalenza sia rispetto al contratto individuale, sia soprattutto rispetto ai contratti collettivi di diverso livello.

Viceversa deve essere chiaro che il carattere non derogabile del diritto del lavoro inglese viene tracciato dalla *case law* con un approccio *ex post* che muove sempre dalla considerazione del contesto peculiare in cui la tutela, si ritiene, debba essere applicata, indipendentemente dalle manifestazioni di volontà contraria delle parti, o piuttosto negata.

Le principali fonti del rapporto di lavoro in Gran Bretagna, di cui segue un breve inquadramento, insieme alla disamina del rapporto che esiste tra di esse, sono:

- 1) il contratto con le sue clausole espresse
- 2) le clausole implicite derivanti dalla common law

---

<sup>39</sup> Sono infatti chiare le argomentazioni tecnico-giuridiche come dipanate in particolare da R. DE LUCA TAMAJO (1976) *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, il quale esplicita in questo senso il rapporto esistente tra gli articoli 2118 c.c., 2119 c.c., 2077 e 2113 c.c.

- 3) il potere manageriale del datore di lavoro
- 4) le guidelines (*codes of practice*) e i *self regulatory codes of conduct*
- 5) la contrattazione collettiva
- 6) la legislazione sociale nazionale e europea.

### 3.5.1 Le clausole espresse

La forma del contratto di lavoro, in Gran Bretagna come in Italia, è libera e le parti possono pertanto decidere di accordarsi verbalmente o per scritto. L'accordo di lavoro si compone quindi di clausole che possono essere state più o meno formalizzate, e ben possono esistere clausole che, seppur non formalizzate, costituiscono un patto espresso tra datore di lavoro e lavoratore.

Le clausole espresse (più o meno documentate), distinte dalle clausole implicite di cui si dirà più avanti, lungi dall'esaurire la disciplina del rapporto di lavoro, costituiscono un punto di riferimento di partenza per la **qualificazione *ex ante* del rapporto di lavoro**, ovvero della qualificazione della subordinazione vista dalla prospettiva delle parti interessate a stabilire e reciprocamente affermare diritti e doveri.

Le clausole espresse che regolano il rapporto di lavoro subordinato, comprese le clausole di rinvio alla contrattazione collettiva, hanno la precedenza su ogni altra fonte, fatta eccezione per le norme derivanti dalla legge, la quale si pone a conferire diritti sociali e tutele minime che non possono, *generalmente*, essere oggetto di disposizione ad opera dell'autonomia privata. L'avverbio *generalmente* è evidenziato per sottolineare come la flessibilità del sistema di common law, in particolare esplicitata dalla tecnica del "*distinguish*" nell'ambito della *case law* - e che risponde essenzialmente alle esigenze dell'*equity* come sistema di produzione normativo radicato nella tradizione giuridica anglosassone - imponga di considerare anche la normativa legale alla stregua di una fonte relativamente flessibile.

Il principio della tutela del lavoratore inteso come soggetto *normalmente* debole<sup>40</sup> esclude che possano essere derogate *in peius* le tutele minime previste, mentre non preclude, *generalmente*, a un trattamento migliorativo.

### 3.5.2 Le clausole implicite (*implied terms*)

Le clausole implicite costituiscono forse la fonte normativa che meglio fa emergere la natura informale, flessibile e circostanziale (per il suo modo di rapportarsi ai fatti) del sistema giuslavorista anglosassone. Si tratta della fonte più rappresentativa nel suo declamare il primato del potere giudiziario, in una visione del diritto come diritto pre-statuale e formulato *ex post* (di contro, in via di estrema sintesi, il sistema continentale declama una prevalenza del diritto statale-codificato

---

<sup>40</sup> In proposito può essere menzionato il caso *Malik v. Bank of Credit* [1997] che recita: "*Employment, and job prospects, are matters of vital concern to most people. Jobs of all descriptions are less secure than formerly, people change jobs more frequently, and the job market is not always buoyant. Everyone knows this. An employment contract creates a close personal relationship, where there is often a disparity of power between the parties. Frequently the employee is vulnerable*".

e formulato *ex ante*).

Al contrario delle clausole espresse, che sono la chiara e diretta espressione della natura contrattuale del rapporto di lavoro, le clausole implicite attinenti al rapporto di lavoro sono una “espressione del sistema” ed esprimono la natura di status che si pone alla base del rapporto di lavoro.

Esse derivano infatti dall'esperienza giurisprudenziale, si sono formate nella *case law*, e in particolare in quella common law di stampo feudale che concepiva il rapporto di lavoro subordinato come un rapporto fondato su di uno status, piuttosto che su di un contratto, alla stregua di una posizione giuridica/personale regolata dalla legge piuttosto che dalla libera autonomia delle parti.

Queste regole sono ricavate di epoca in epoca dai giudici, i quali sono, a tal proposito, chiamati a rispondere al seguente interrogativo: le parti hanno ritenuto la tal clausola come una clausola *necessaria* al momento della stipula del contratto, nel senso che senza quella clausola il contratto non avrebbe avuto la sua funzionalità<sup>41</sup>?

Anche oggi, pertanto, quando l'affermazione della natura contrattuale del rapporto di lavoro ha indubbi riscontri, dichiarare allo stesso modo la natura contrattuale delle clausole implicite rinvenibili nel rapporto di lavoro, appare come una sorta di (inutile) forzatura concettuale.

In generale, **il regime delle clausole implicite nel diritto anglosassone si fonda sul “consent”, cioè sul consenso, pur tacito, delle parti**; nell'ambito del rapporto di lavoro, invece, non è tanto l'elemento della volontà che appare fondante dell'inserimento di una certa clausola, quanto piuttosto la intrinseca necessità di ritenere presente quella clausola.

Il vero fondamento delle clausole implicite sembra stare, quindi, nella legge intesa in senso lato (common law) più che in un accordo delle parti fondativo e legittimante.

Malgrado questo fondamento originario e strutturale, però, l'elemento volontaristico rimane a contraddistinguere il loro carattere eventuale piuttosto che imperativo: i giudici, infatti, non possono ritenerle presenti in via discrezionale, neppure dove lo ispirasse un principio esterno di ragionevolezza.

In altre parole possono essere ritenute presenti ed efficaci solo come effetto di un accordo implicito, ma non si tratta di regole che operano “di diritto”.

Per fare un esempio di questo tipo di “clausola” si può riportare il caso *Sim v. Rotherham Metropolitan Borough Council* [1986]: un gruppo di insegnanti, seguendo delle direttive sindacali, si era astenuto dal sostituire altri colleghi assenti, come invece sarebbe stato tenuto a fare. L'istruttoria aveva fatto emergere, infatti, una prassi, invalsa nell'istituto, per cui gli insegnanti coprivano delle ore di lezione lasciate scoperte da altri colleghi; quella prassi aveva però funzionato

---

<sup>41</sup> Si riporta in genere il test della c.d. *business efficacy*, cfr. il caso risalente *The Moorcock* [1889].

essenzialmente su base volontaria, mentre nulla in merito statuiva il contratto. Il datore di lavoro, a fronte dell'episodio, aveva detratto una quota di stipendio agli insegnanti che non avevano seguito la prassi. I giudici arrivarono alla conclusione che la detrazione sullo stipendio era legittima, in quanto fondata sulla violazione di un obbligo contrattuale implicito: nello specifico si era ritenuto che in quelle circostanze fosse equo e ragionevole applicare il principio sinallagmatico del “*no work no pay*”.<sup>42</sup>

Considerando questo caso, possiamo osservare una similitudine con la sostanza degli usi aziendali della tradizione italiana.

L'uso aziendale può assumere valenza normativa consuetudinaria, ove risulti radicato in un dato contesto ambientale di settore o di azienda, alla stregua di una “costante e uniforme reiterazione di determinati comportamenti ad opera delle parti del rapporto di lavoro”<sup>43</sup>, oppure, più frequentemente, assume la valenza di un uso negoziale, come tale riconducibile alla fattispecie dell'art. 1340 c.c. (le clausole d'uso s'intendono inserite nel contratto salvo diversa volontà delle parti)<sup>44</sup>.

Questi ultimi sono da sistemarsi tra le fonti c.d. autonome del diritto del lavoro italiano, sicuramente sullo stesso piano del contratto individuale<sup>45</sup> ma anche, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, sullo stesso piano del contratto collettivo decentrato. Ove considerabili alla stregua di una prassi contrattata collettivamente, gli usi (e i diritti che ne derivano) possono prescindere dalla necessità di un consenso esplicito del lavoratore per produrre effetti in deroga al contratto individuale.

Risulta così un parallelo con le *implied terms* dell'esperienza anglosassone, che, pur non essendo trattate dalla dottrina d'oltre manica con i rigorismi concettuali tipici della tradizione continentale, ed esprimendo piuttosto l'impossibilità di contenere il sistema del diritto del lavoro entro categorie rigidamente definite, rappresentano un momento centrale nella delineazione degli effetti giuridici del rapporto di lavoro.

Quanto certamente diverge tra gli usi del sistema del diritto italiano e le clausole implicite nel sistema del diritto inglese sono i rispettivi contenuti, di raggio limitato a disposizioni di dettaglio, spesso riguardanti emolumenti al trattamento economico del lavoratore o l'organizzazione del lavoro sotto il profilo dell'orario per quanto riguarda la fonte italiana, e di raggio invece ben più ampio, concernente lo status e

---

<sup>42</sup> “*It would in my judgment be manifestly unjust in such a case to allow the employee to recover his salary in full without taking into account the loss to the employer of those services. The aphorism “no work, no pay” expresses in my view the equity of the situation*” Ancora, il diritto del datore di lavoro alla deduzione in oggetto è descritta alla stregua come “*Equitable set off arising from the Plaintiff's breaches of contract*” (Sim v. Rotherham Metropolitan Borough Council del 1986).

<sup>43</sup> In questo senso Cass. 11 aprile 1986 n. 2556 in Foro It. Mass. 1986, 442; si veda anche per una disamina dottrinale sulla collocazione degli usi nel diritto del lavoro E. DEL PRATO (2007) *Usi nel rapporto di lavoro*, in Enc.Giur.Treccani.

<sup>44</sup> Cfr. tra le tante, Cass. 6 febbraio 1982 n. 711 in RIDL 1982, II, 714; S.LIEBMAN (1991) *Individuale e collettivo, il problema degli usi aziendali nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in DRI, 1991, 141; ampiamente sul tema della fonti non statuali G.NICOLINI, *Fonti extralegislative del diritto del lavoro*, Milano, 1982.

<sup>45</sup> Così Cass. 6 febbraio 1982 n. 711 cit. *supra*; considerata in questo senso, la prassi aziendale può essere legittimamente efficace solo quando apporti una deroga migliorativa per il lavoratore.



i diritti di base del lavoratore, per quanto riguarda le fonti anglosassoni. Sotto il profilo dei contenuti, le clausole implicite possono infatti essere prese a riferimento per definire i caratteri determinanti del contratto di lavoro. Una dottrina riferisce che le *implied terms* sono usate in prevalenza per riconoscere, nel rapporto di lavoro, da un lato, la sua natura tipicamente continuativa, e dall'altro lato la natura sinallagmatica delle sue obbligazioni<sup>46</sup>.

La clausola implicita che forse più di altre offre la dimensione dell'importanza di questa categoria di fonti è la c.d. *bridging term*, ovvero la clausola in virtù della quale il contenuto dei contratti collettivi stipulati nel contesto aziendale (o anche altrove) sono recepiti nel contratto individuale.

Vedremo meglio nel parlare degli accordi collettivi che questi non hanno una efficacia né diretta né indiretta sul contratto individuale (non si parla, nel Regno Unito, di efficacia erga omnes); è invece necessario, al fine di poterli applicare al rapporto individuale, dimostrare che le parti abbiano considerato, espressamente o implicitamente, di rinviare al contratto collettivo in questione, di includerlo cioè nel loro accordo.

Le clausole implicite **non sono circoscrivibili entro un numero chiuso** e questo rende il loro funzionamento un sistema normativo dinamico e flessibile. Possono essere ricordate l'obbligo di obbedienza (*duty of obedience*), l'obbligo di fedeltà e di "aver cura" (*duty of fidelity and care*) l'obbligo del datore di lavoro di fornire un trattamento economico per almeno una parte del periodo di malattia (la malattia è poi, in parte, coperta dalla normativa legale, come in Italia), l'obbligo di offrire trattamenti a copertura di periodi di ristagno economico e sospensione dell'attività, l'obbligo di cooperazione (*duty of cooperation*) sotto il quale è stato ricondotto, per esempio, l'obbligo del datore di lavoro di predisporre misure di contrasto a ipotesi di molestie verso il dipendente, la clausola sulla correttezza e buona fede (*duty to maintain mutual trust and confidence*).

Per fare un altro esempio quale meglio può dare la percezione del modo di operare di queste fonti (che possono anche dirsi come una parte della *case law*) possiamo citare il famoso caso *Malik v. Bank of Credit* del 1997, il quale ha visto portare davanti la corte l'azione di due *ex manager* della banca incolpata di gravi fatti di bancarotta; il collasso della banca aveva provocato ai due manager non solo danni derivanti dal relativo licenziamento per esubero del personale, ma aveva anche implicato delle rispercussioni sul fronte della possibilità di trovare nuovi impieghi sul mercato, a causa delle c.d. stigmate che la condotta criminale della banca, fatto divenuto notorio, aveva impresso sulla loro esperienza professionale. I giudici ritennero fondata la pretesa dei manager sulla base della violazione dell'obbligo implicito di operare secondo buona fede e correttezza della banca verso i propri dipendenti, i quali, se avessero avuto conoscenza del carattere fraudolento di quella gestione, avrebbero avuto pieno diritto a dimettersi per giusta causa appunto in virtù

---

<sup>46</sup> S. DEAKIN - G. MORRIS (2005) *Labour Law*, Hartpublishing, 244.

della lesione di un vincolo fiduciario di fonte contrattuale<sup>47</sup>.

Si tratta quindi di clausole che operano indistintamente a favore del datore di lavoro come a favore del lavoratore e che possono rappresentare indici normativi essenziali lungo la strada per il riconoscimento della natura subordinata del rapporto di lavoro nella prospettiva di una qualificazione *ex post*, poichè i fatti che facessero emergere, nel caso dato, l'adempimento di taluni obblighi impliciti come riconosciuti sopra – si pensi al dovere di obbedienza – sono atti, a ben vedere, a fornire indicazioni circa lo status del rapporto.

Le clausole implicite si pongono, sotto il profilo dell'efficacia, sullo stesso piano delle clausole espresse, ma si usa affermare che queste ultime prevalgono sulle prime in virtù del loro carattere esplicito (non in virtù di un principio di gerarchia delle fonti), vale a dire: “fino a che tutto va come si presuppone che debba andare” è la norma più apparente che detta legge, mentre dove, a posteriori, sorgesse una patologia, i giudici potranno ben accertare la presenza di una norma implicita che dovrà essere considerata presente *ab origine* (**natura di default – rule della implied term**).

A titolo di esempio, l'obbligo implicito di obbedienza del lavoratore subordinato può essere limitato da disposizioni contrattuali documentate; questo però non toglie che, proprio perchè la norma è enunciabile *ex post*, giustizia voglia che in dati casi il lavoratore fosse tenuto al compimento di azioni che vanno al di là dell'adempimento delle statuizioni espresse<sup>48</sup>; in altre parole le circostanze potrebbero estendere l'efficacia della clausola implicita oltre il raggio di azione della clausola espressa.

La prevalenza delle clausole espresse sulle clausole implicite è solita essere mitigata dalle corti attraverso il ricorso al **limite della ragionevolezza**: nella considerazione che le *implied terms* hanno un fondamento non solo volontaristico, ma anche, più rigorosamente, legale/ordinamentale, e quindi teoricamente non arbitrario (per esempio tra esse potrebbero figurare degli obblighi reciproci di rispetto della dignità umana), sarebbe incongruo ritenere comunque prevalenti, *sic et simpliciter*, i termini pattizi formalizzati.

Attraverso il richiamo al concetto della ragionevolezza equitativa si è affermato pertanto che il datore di lavoro debba esercitare il potere conferitogli dalle clausole espresse in maniera ragionevole, nella considerazione cioè di tutte le circostanze del caso<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> “(...) an implied term to the effect that the bank would not, without reasonable and proper cause, conduct itself in a manner likely to destroy or seriously damage the relationship of confidence and trust between employer and employee”. Malik v. Bank of Credit [1997].

<sup>48</sup> Il caso Sim v. Rotherham Metropolitan Borough Council già citato nel testo, riguardante gli insegnanti che non avevano coperto l'assenza dei colleghi sebbene non avessero alcun obbligo contrattato a tal proposito, è un esempio di questo tipo di ragionamento.

<sup>49</sup> Jhonston v. Bloomsbury Health Authority [1992].

Per esempio, è stato affermato che il potere datoriale di trasferire il lavoratore, se contenuto in una clausola espressa, può essere fatto valere contro un originario implicito divieto di trasferimento, ma che, a tal fine, il datore deve esercitarlo secondo motivazioni e con modalità ragionevoli.

Un'altra occasione per interrogarsi sulla possibile estensione delle clausole implicite in deroga di quelle espresse è venuta in materia di orario, laddove ci si è chiesti se l'accordo implicito sulla protezione del prestatore di lavoro in termini di salute e sicurezza potesse impedire una pattuizione individuale che prevedeva la disponibilità del lavoratore a operare per un lasso di tempo di 88 ore, dato un orario di lavoro di base di 40 ore settimanali<sup>50</sup>.

Fatto certo è che la prevalenza delle clausole implicite su quelle espresse, alla luce di un vaglio di ragionevolezza, non è individuabile in maniera netta, e soprattutto non è possibile farlo *ex ante*.

Queste regole rappresentano un varco rigido nella delineazione della disciplina *ex post* del rapporto di lavoro, che gli operatori e gli interpreti previdenti sono ovviamente tenuti a *prevedere* e considerare alla stregua di una soglia di inderogabilità delle norme e di indisponibilità dei diritti (in un ordinamento che non prevede, come già detto, nè la categoria della derogabilità delle norme nè la categoria della indisponibilità dei diritti quali categorie del sistema).

Il confine delle clausole pattizie, siano esse clausole implicite o clausole espresse, sembra essere quello rappresentato dalle esigenze di c.d. ***public policy***, che vengono richiamate quando sia in gioco una posizione che involge la vita delle persone, e che nella sostanza possono trovare accoglimento alla stregua di elementi normativi impliciti del contratto.

Solamente i principi dell'ordine pubblico, inteso qui in senso stretto, come direttamente connesso alla salvaguardia di diritti della persona, possono indurre i giudici a intervenire direttamente nel senso di restringere l'ambito di operatività di una clausola pattizia, implicita o espressa.

L'argomento della *public policy* è stato utilizzato per sostenere la non praticabilità di clausole che implicitamente o espressamente fossero mirate a configurare un rapporto come autonomo in luogo di uno subordinato<sup>51</sup>. Può forse essere affermato che questo orientamento interpretativo si pone, nella sostanza delle intenzioni normative che lo motivano, su di un binario parallelo alla giurisprudenza italiana che ha affermato l'indisponibilità del tipo contrattuale e che così presuppone nella tutela del lavoro subordinato la necessità di tutelare diritti fondamentali della persona.

---

<sup>50</sup> Cfr. *Johnston v Bloomsbury Health Authority* [1992]

<sup>51</sup> DEAKIN S. - G.S. MORRIS (2005) *Labour Law*, 4° ed., Hartpublishing (142).

### 3.5.3 Il potere manageriale

Il potere manageriale - che può essere descritto anche come il potere direttivo del datore di lavoro - viene solitamente collocato nelle trattazioni del diritto del lavoro inglese alla stregua di una fonte normativa (il sistema di diritto italiano tende a collocarlo tra gli “effetti” della fonte normativa, contrattuale o legale).

In Gran Bretagna il potere direttivo è riconducibile alla *implied term* dell'obbligo di obbedienza (*diffuse obligation of obedience*) ritenuta presente in ogni contratto di lavoro subordinato. L'obbligo di obbedienza si pone, del resto, in stretto rapporto con l'obbligo reciproco di cooperazione (*duty of cooperation*).

Per quanto di fatto il potere manageriale possa essere specifico nel prescrivere al lavoratore l'esatta contezza dei compiti da svolgere, mediante contratto o mediante un atto separato (tipico è il regolamento aziendale) non di meno il lavoratore, al vaglio di una verifica *ex post*, non potrà affermare che il proprio impegno contrattuale sia limitato all'attenersi, in maniera scrupolosa, *a quei compiti specifici*, dovendo piuttosto dimostrare di aver fatto quanto ragionevolmente presupposto dal rispetto di un obbligo diffuso di obbedienza e cooperazione applicato alle circostanze.

Sotto il profilo del rapporto con le altre fonti, il potere manageriale si deve naturalmente considerare come una forma di manifestazione della libertà contrattuale individuale, che può ben assumere la forma di codici di condotta e regolamenti aziendali che non possono, generalmente, essere in contrasto con le disposizioni di legge.

Il caso *Smith v. Kent County Council* del 2004 riporta la vicenda di una insegnante che aveva partecipato ad uno sciopero; la decurtazione dello stipendio che ne era derivata fu stata calcolata dal datore di lavoro in rapporto al quantitativo annuo di lavoro stabilito con legge (*rectius* con ordine ministeriale che integra lo *School Teachers Pay and Conditions Act* del 1991); la ricorrente rivendicava che quel calcolo fosse sbagliato, e che la detrazione dovesse essere rapportata ai 365 giorni dell'anno come da disposizione del regolamento aziendale interno che disciplinava espressamente il caso dell'assenza per motivi di sciopero. Si era posto, pertanto, un motivo di possibile contrasto tra norme, esattamente un conflitto tra regolamento aziendale e legge, posto che il primo faceva riferimento a un numero di ore maggiore rispetto alla seconda. Malgrado i giudici abbiano colto l'occasione per rimarcare la prevalenza della legge sul contratto individuale e sul regolamento aziendale, quest'ultimo essendo stato inglobato dal primo<sup>52</sup>, hanno non di meno concluso affermando una sorta di principio di specialità in virtù del quale il rinvio al

---

<sup>52</sup> “(...) *the statute has given a periodical payment (...) and it is both unnecessary and incompatible with the statutory scheme for the Burgundy Book (il regolamento aziendale) to create a different and, from the employee's point of view, more generous provision. Whatever the reason for the statutory regime (...) its consequence is plain, that in so far as remuneration is concerned namely what pay should be given for what work it cannot be altered by the terms of an individual contract*”. L'espressione attesta la prevalenza della legge sul contratto individuale, che rinvia al regolamento aziendale.

regolamento aziendale in questione deve essere prevalente sul rinvio alla legge implicito nel contratto dell'insegnante, dato che solo il primo e non anche il secondo trattava in maniera puntuale delle sorti del trattamento retributivo in caso di sciopero.

### **3.5.4 I codici di buone pratiche**

Una fonte normativa tipica del Regno Unito è quella dei codici di c.d. buone pratiche che vengono emanati da enti e autorità governative predisposte dalla legge non solo per formalizzare degli usi e delle consuetudini che si ritengono acquisiti in un dato contesto involgente i rapporti di lavoro, ma anche per rivestire un ruolo promotore e innovatore sulla disciplina dei medesimi rapporti.

In un ordinamento che non afferma, come più volte è emerso nella trattazione che precede, un primato della legge dello Stato, e che pertanto è solito delegare a fonti di diversa provenienza la statuizione di regole che servono per inquadrare il rapporto di lavoro, l'impatto culturale e l'efficacia persuasiva di codici come quelli emanati per esempio dall'ACAS (Advisory, Conciliation and Arbitration Service - per la promozione delle buone relazioni industriali) è oggi determinante (soprattutto in tema di questioni disciplinari).

L'ACAS è stata costituita nel 1974 ed i suoi compiti di autorità pubblica indipendente sono oggi disciplinati dal TULRCA (Trade Union and Labour Relation Consolidation Act) 1992, il quale le attribuisce appunto il compito generale di promuovere in termini efficaci le relazioni di lavoro. Si tratta di un organo a struttura tripartita; benché finanziato dal Governo, l'ente è tenuto espressamente ad operare in modo indipendente<sup>53</sup>.

Originariamente i suoi compiti erano pensati nel senso di favorire la contrattazione collettiva operante. In seguito al declino del sindacalismo avvenuto intorno agli anni '90, il focus dell'attività dell'ACAS è stato spostato sulla soluzione delle controversie e, ancora più recentemente, sulla prevenzione delle stesse controversie, attraverso efficaci sistemi di consulenza preventiva<sup>54</sup>.

Uno studio indipendente ha dimostrato che l'attività di consulenza e di soluzione delle dispute in via stragiudiziale da parte dell'ACAS fa risparmiare all'economia britannica oltre 800 milioni di sterline ogni anno<sup>55</sup>.

Sotto il profilo della qualificazione del rapporto, l'ACAS fornisce dei modelli contrattuali in forma scritta che possono essere usati anzitutto come efficaci strumenti di definizione delle modalità di esecuzione oltre che delle tutele.

---

<sup>53</sup> TULRCA 1992, sec. 247 (3).

<sup>54</sup> Per la più ampia conoscenza delle competenze e dei servizi offerti dall'ACAS si rinvia al sito ufficiale <http://www.acas.org.uk>.

<sup>55</sup> "Review of the Economic Impact of Employment Relations Services Delivered by Acas" (NIESR/07), in <http://www.acas.org.uk>.

Questi modelli rilevano quindi anzitutto sotto il profilo della piena informazione circa gli elementi di fatto e di diritto che contraddistinguono il rapporto di lavoro, in vista della più efficace consapevolezza delle posizioni reciproche, dalla quale può emergere un atteggiarsi della dipendenza socio-economica del tutto peculiare a seconda dei casi.

Di seguito si riporta, tradotto in italiano, il modello per il “*written statement*” come suggerito dal sito dell’ACAS, conforme all’obbligo di informativa introdotto in questo paese con il Contract of Emploment Act del 1963 come poi modificato e integrato anche alla luce della Direttiva Europea n. 91/533 sull’informazione ai lavoratori.

“*Written statement of employment particulars*”

1. Generalità del lavoratore e del datore di lavoro e data dell’inizio del rapporto di lavoro.
2. Rapporto/rapporti di lavoro precedente/i con la relativa durata, rispetto ai quali deve essere indicato il nesso di continuità o di non continuità rispetto al nuovo rapporto di lavoro<sup>56</sup>.
3. Indicazione della qualifica per la quale si è stati assunti (*job title*) oppure breve descrizione del tipo di attività per la quale si è stati assunti (*brief description of the work*).
4. Luogo di lavoro e indirizzo; indicazione del fatto che esista o non esista la facoltà oppure l’obbligo di lavorare anche in luoghi diversi da quello indicato e relativi dettagli di luogo. Indicazione dell’indirizzo del datore di lavoro.
5. Dettagli per il calcolo del compenso.
6. Dettagli sulla cadenza temporale del pagamento.
7. Dettagli sull’orario normale di lavoro.
8. Dettagli sul diritto al periodo retribuito di ferie sulle giornate festive.
9. Disposizioni previste per il caso di inabilità causata da malattia o infortunio, in particolare la eventuale previsione di un diritto alla retribuzione durante il periodo di sospensione o rinvio ad altre relative disposizioni normative (regolamenti, contratti collettivi etc.) che siano agevolmente accessibili al lavoratore.
10. Disposizioni previdenziali ed eventuali schemi di previdenza privata o rinvio ad altre relative disposizioni normative (regolamenti, contratti collettivi etc.) che siano agevolmente accessibili al lavoratore.
11. Termine di preavviso per il caso di recesso da parte del lavoratore e da parte del datore di lavoro e/o rinvio alle rilevanti disposizioni di legge o contratto collettivo che lo disciplinano.
12. Indicazione del carattere indeterminato (in rapporto al punto che precede) o piuttosto determinato del rapporto di lavoro (con relativa menzione della data di fine rapporto) o ancora del carattere “temporaneo” del rapporto (con indicazione di una data a titolo di fine rapporto meramente indicativa<sup>57</sup>).
13. Indicazione del contratto collettivo che si ritenga applicabile al rapporto di lavoro in

---

<sup>56</sup> La continuità della relazione di lavoro è un fatto cui la legge riconosce differenziati livelli di tutela, ad esempio alla continuazione per almeno un anno del rapporto si lega la tutela contro il licenziamento illegittimo ai sensi dell’Employment Rights Act 1996. Per un cenno alle maggiori tutele previste per il rapporto subordinato si veda infra al paragrafo 3.5.6.

<sup>57</sup> La differenza tra rapporto a tempo determinato e rapporto temporaneo indica qui che nel primo caso il rapporto è certo nella sua durata prestabilita, mentre nel rapporto temporaneo è incerta sia la durata sia la data di scadenza.

- questione e, se il datore di lavoro non è parte del contratto collettivo stipulato, indicazione della diversa persona da cui è stato stipulato.
14. Indicazione del fatto che il lavoratore sia obbligato o meno a lavorare fuori dal Regno Unito, con periodi e luoghi di riferimento e trattamento economico corrispondente.
  15. Indicazione delle regole disciplinari applicabili o rinvio ad altre relative disposizioni normative (regolamenti, contratti collettivi etc.) che siano agevolmente accessibili al lavoratore.
  16. Facoltà di contestazione dei provvedimenti disposti nei riguardi della persona del lavoratore e indicazione delle persone cui si possa muovere la contestazione (es. il superiore).
  17. Indicazione delle modalità della contestazione (*disciplinary procedure* – procedura disciplinare).
  18. Facoltà di manifestare un reclamo riguardo una questione riguardante il rapporto di lavoro - (es. all'ufficio del personale).
  19. Indicazione delle modalità della manifestazione del reclamo (*grievance procedure* – procedura di reclamo).
  20. Indicazione degli *steps* successivi quali possono derivare da una procedura disciplinare o da una procedura di reclamo o rinvio ad altre relative disposizioni normative (regolamenti, contratti collettivi etc.) che siano agevolmente accessibili al lavoratore.
  21. Disciplina della clausola “*contracting-out*” relativa al sistema previdenziale<sup>58</sup>.

Occorre sottolineare che il modello che precede può non assumere la forza vincolante di un contratto, ma consiste in una dichiarazione di una parte (il datore di lavoro) circa le condizioni del rapporto (alla stregua della lettera di informazioni che va obbligatoriamente consegnata al lavoratore non oltre 30 giorni dopo la sua assunzione, come da disposizioni della normativa Europea vigente sia in Italia che in Gran Bretagna) che dovrà essere valutata dalle corti alla stregua di un documento indicativo dell'obbligazione reciproca liberamente accordata.

Nè i codici di buone pratiche previsti dall'ACAS (i più importanti sono i codici per le procedure disciplinari e per quelle di reclamo avverso i provvedimenti dell'azienda) nè il modello per il *written particulars of terms* costituiscono un riferimento vincolante per le parti, ovvero un dato normativo la cui inosservanza da parte dei soggetti interessati produce effetti sul rapporto di lavoro relativo.

Non di meno si tratta di contenuti cui l'ordinamento flessibile della common law dà un rilievo tale per cui le corti, quando si trovino a riscontrare nel merito l'operato delle parti coinvolte, leggono nel contegno tenuto in rispetto ad essi una espressione di presa di responsabilità determinate.

### 3.5.5 I contratti collettivi

Per parlare della efficacia del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro, al fine di verificare come il primo possa incidere sul secondo, ed eventualmente

---

<sup>58</sup> Ai sensi del Social Security Pensions Act del 1975 il regime previdenziale pubblico di base può essere integrato, in alternativa, o dal regime previdenziale pubblico integrativo oppure da un regime previdenziale privato, detto appunto *contracted-out*.

giocare un ruolo nella definizione del rapporto di lavoro, sono necessarie delle premesse sui caratteri del sindacalismo in Gran Bretagna e sul suo posto nell'ordinamento<sup>59</sup>.

L'evoluzione sindacale in Gran Bretagna si è contraddistinta per aver visto correre su binari diversi, sebbene connessi, la contrattazione collettiva da un lato, e il riconoscimento legale del fenomeno associativo dall'altro lato.

La **contrattazione collettiva** ha giocato un ruolo importante nel regolare gli effetti del rapporto di lavoro e come tale è stata promossa e incentivata dalle politiche di governo in maniera aperta ed efficiente<sup>60</sup>.

Il **fenomeno sindacale come fenomeno sociale organizzativo e politico**, invece, non ha avuto un pari riconoscimento nel contesto dell'ordinamento. Il sindacalismo inglese nasce, come quello tedesco, come sindacalismo corporativo, cioè come espressione delle esigenze di un settore produttivo, più che come una forma di rivendicazione da parte di una classe 'debole'<sup>61</sup>.

Verso la fine del 1800 i movimenti sindacali cominciano a rivendicare i propri interessi a livello istituzionale e nel 1906 si costituì il Labour Party, espressione del movimento sindacale in Parlamento e davanti all'opinione pubblica.

La mancanza di una collocazione dei diritti sindacali nel contesto del diritto positivo statale ha conferito a questi ultimi una posizione fragile e tal volta accusata di inadeguatezza rispetto agli standard internazionali. Basti ricordare che l'affermazione in termini positivi e generali del diritto di associazione alla stregua di un diritto fondamentale risale allo Human Rights Act del 1998, e che, notoriamente, il diritto di sciopero non è a tutt'oggi un diritto positivamente affermato nel Regno Unito (che lo intende piuttosto come un illecito contrattuale tollerato, espressione di lotta sindacale cui non vengono fatte seguire sanzioni, purchè siano presenti determinate condizioni "legittimanti").

Il riconoscimento "formalmente tenue" che ha interessato i diritti dei sindacati non ha impedito una notevole emersione dei fenomeni di sindacalismo attivo in sede aziendale.

Questo contribuisce a spiegare perchè la contrattazione collettiva in Gran Bretagna si sia sviluppata su base volontaria, ovvero come espressione di una tolleranza e/o di una valutazione di opportunità da parte dei datori di lavoro, in una dimensione, cioè, tendenzialmente più partecipativa che conflittuale.

---

<sup>59</sup> G. LEFRANC (1973) *Il sindacalismo nel mondo* ed. G.D'Anna Messina-Firenze, ne parlava in questi termini: "Un movimento sindacale che è il più vecchio del mondo, e forse il più complesso e difficile da capire. 150 sindacati, tutti aderenti ad una centrale sindacale, il TUC (Trade Unions Congress) con un totale di 9 milioni di iscritti - correvano gli anni '70, n.d.r. - (...) Il TUC fu fondato nel 1868 e anche dopo questa data non era il TUC a fondare nuove organizzazioni ma i sindacati di nuova formazione a decidere di aderire al TUC" (162-164).

<sup>60</sup> Malgrado i periodi di conservatorismo che hanno mostrato di contro una ostilità in tal senso, in particolare quello iniziato nel 1979 con il governo Thatcher .

<sup>61</sup> Il fattore determinante, più che l'introduzione delle nuove tecnologie (introduzione delle macchine), viene ritenuto essere la "separazione tra lavoro e proprietà dei mezzi di produzione". Là dove questa separazione è avvenuta (es. settore tessile), si costituiscono i sindacati, anche se le macchine non sono ancora arrivate: nel 1700 le prime forme di associazione sindacale si formano non in rivolta contro lo sfruttamento, ma piuttosto per difendere una situazione di privilegio G.LEFRANC (1973) *Il sindacalismo nel mondo* ed. G.D'Anna Messina-Firenze (16).



Nel sindacalismo inglese il **principio di autonomia inteso come volontarietà** assume una connotazione conformante, e il contratto collettivo, non essendo stato riconosciuto dalla legge né tanto meno essendo stato sigillato in una Costituzione, si è sviluppato in maniera marcatamente indipendente e autonoma rispetto all'ordinamento.

Non si riportano molti casi in cui la legge rinvia ai contratti collettivi per la disciplina del rapporto di lavoro, e sono circoscritte le aree in cui la legge impone obblighi di informazione e consultazione<sup>62</sup>. E' stato essenzialmente in virtù del diritto comunitario che i rapporti tra legge e contratto collettivo si sono intensificati, per esempio in materia di orario di lavoro, dove oggi la legge inglese, coerentemente con l'impianto comunitario, consente ai contratti collettivi di disporre trattamenti espressamente in deroga<sup>63</sup>.

Ovviamente non sono mancati e non mancano **ancoraggi del diritto sindacale al sistema legale**. Il Trade Union Act del 1871 ha dato le basi a quello che può essere definito come una sorta di "riconoscimento al negativo" dei diritti sindacali e lo ha fatto per oltre un secolo. E del resto, negli anni più recenti, la tendenza è stata piuttosto quella, inversa, di una forte invasione da parte del legislatore nelle attività sindacali e nella disciplina del conflitto collettivo<sup>64</sup>.

I maggiori interventi per il riconoscimento del sindacalismo, si diceva, sono stati mirati a incentivare la contrattazione collettiva e generalmente questo è accaduto con strumenti di intervento diversi dalla legge. Dall'iniziativa del 1916 della Whitley Commission, costituita per esprimere raccomandazioni per il miglioramento delle relazioni tra datori di lavoro e lavoratori, sorsero numerosi Joint Industrial Councils, che possono ricordarsi come una sorta di enti bilaterali operanti per la promozione della contrattazione ed il cui modello è stato ampiamente utilizzato nelle industrie anche nel periodo post-bellico (e fino agli anni sessanta, quando si è avuto un primo netto declino dell'autonomia collettiva a livello nazionale).

La House of Lords, la suprema corte giudiziaria (nonché espressione del corpo legislativo) ha successivamente fornito importanti risoluzioni a supporto della *collective bargaining*: una prima risoluzione del 1891 (*Fair Wages Resolution*) fu mirata, contro i datori di lavoro che abusavano del proprio potere di fatto contrattando salari molto bassi, a far sì che fossero rispettati i c.d. "livelli normali" dei salari<sup>65</sup>, tutela poi estesa ai livelli normali dell'orario di lavoro, mentre una

---

<sup>62</sup> Si tratta di aree quali il licenziamenti collettivo, il trasferimento d'azienda, la salute e la sicurezza, la previdenza.

<sup>63</sup> Non mancano poi disposizioni legali che rinviano genericamente all'autonomia contrattuale come momento di integrazione e di implementazione delle finalità perseguite (*cfi*: l'Employment Rights Act 1996, per esempio la sezione 13 che esplicitamente conferisce alle parti un potere di deroga rispetto agli standard individuati).

<sup>64</sup> Si rammentano, in proposito, la gravosa procedura prevista dalla legge quale presupposto di legittimazione dello sciopero e dell'elezione dei rappresentanti sindacali (il c.d. *secret ballot*) nonché gli obblighi di registrazione delle associazioni sindacali presso l'apposito elenco tenuto dal Certification Officer, autorità pubblica indipendente, ai sensi del Trade Union and Labour Relation Consolidation Act 1992.

<sup>65</sup> La risoluzione recita: "*Rate of wages generally accepted as current for a competent workman*".

analoga risoluzione del 1946 fece espressamente riferimento ai trattamenti “generalmente previsti” dalla contrattazione collettiva.

Tra gli atti normativi con cui il sistema ha legittimato l’operatività dell’autonomia collettiva, troviamo (introdotta durante la seconda guerra mondiale per essere poi ripristinata con un atto legislativo del 1959<sup>66</sup>) una procedura che aggancia al rispetto del contratto collettivo un divieto di sciopero (finché il datore rispetta il contratto, lo sciopero è civilmente perseguibile).

Infine, come si andrà subito a dire meglio, tra gli ancoramenti del contratto collettivo alla legge, bisogna ricordare la procedura legale per il riconoscimento coercitivo del sindacato da parte dell’imprenditore.

Il funzionamento dell’autonomia collettiva in Gran Bretagna si basa infatti sul concetto del riconoscimento (*recognition*) del sindacato da parte del datore di lavoro.

Il riconoscimento viene concepito unicamente in vista della contrattazione; è quindi un riconoscimento strumentale, piuttosto che finalizzato alla legittimazione dell’associazione sindacale in se stessa.

I sindacati possono, al fine della stipula del contratto collettivo, essere volontariamente riconosciuti dall’imprenditore (*voluntary recognition*), oppure possono ottenere un riconoscimento coercitivo, appunto ricorrendo alla legge di cui all’Employment Relation Act 1999 - come emendato (*mandatory recognition*).

In questo secondo caso, i giudici sono chiamati ad investigare sul fatto se il datore di lavoro abbia o meno riconosciuto, anche implicitamente, la presenza di un gruppo di soggetti con scopi sindacali - contrattuali; dovendosi trattare di un riconoscimento specificamente finalizzato alla stipula di un contratto, cioè, è stato chiarito che né degli incontri generici, né delle trattative tra sindacalisti e imprenditore possono rappresentare, in se stessi, riconoscimento alcuno<sup>67</sup>: il fine della normativa è quello di rendere effettiva una contrattazione collettiva ove ne sussistano i presupposti in termini volontaristici, non quello di riconoscere *sic et simpliciter* una associazione sindacale.

Perché possa essere ottenuto il riconoscimento coercitivo, la legge richiede che l’imprenditore abbia almeno ventuno "lavoratori" alle sue dipendenze (anche come dato medio delle ultime 13 settimane) e che, preliminarmente, il sindacato abbia proposto una richiesta formale di riconoscimento, scritta, indicando lo specifico gruppo di lavoratori cui il contratto collettivo intende rivolgersi (*bargaining unit*). Il

---

<sup>66</sup> Terms and Condition of Employment Act 1959, s. 8.

<sup>67</sup> Una figura nota nel contesto del sindacalismo inglese è il c.d. *shop steward*, che opera con un ruolo centrale e attivo nella lotta per i diritti dei lavoratori. Gli *shop stewards* sono “delegati di reparto (...) iscritti al sindacato ed eletti dagli iscritti” e di fatto sono diventati il più importante referente contrattuale in azienda. Quando i sindacati a livello nazionale “si dimostravano incapaci di resistere nel comprimere i salari e aiutare il processo di ristrutturazione dell’industria, gli *shop stewards* si rifiutavano di collaborare, proprio in virtù di quei poteri di contrattazione e di controllo che si erano conquistati con anni di lotte e che sarebbero stati seriamente intaccati dal piano del capitalismo britannico” G.LEFRANC (1973) *Il sindacalismo nel mondo cit.* (165-166).

riconoscimento coercitivo presuppone non di meno che in azienda sia stato già sottoscritto un contratto collettivo (riferibile ad alcuno dei lavoratori della *bargaining unit*), il che conferma il primato del riconoscimento volontario: non si può avere riconoscimento obbligatorio in mancanza di un precedente riconoscimento volontario. Questo sottolinea come la cultura sindacale affermatasi presupponga un sindacalismo non oppositivo e conflittuale quanto piuttosto partecipativo e dialogante con il datore di lavoro.

La contrattazione collettiva richiamata nella legge sul riconoscimento obbligatorio possiede contenuti specifici: implica un possibile accordo su questioni precise di disciplina del rapporto (tra cui anche l'alternativa tra l'*engagement* e il *no - engagement*, quindi anche la possibile scelta sulla collocazione del lavoratore rispetto alla direzione aziendale, dove per *no - engagement* deve intendersi una forma di rapporto diversa dal contratto di *employment* tipicamente subordinato).

Il carattere marcatamente volontario della contrattazione collettiva in Gran Bretagna ha disposto perchè la tematica dei rapporti tra contratto collettivo e contratto individuale venga affrontata rimanendo nella logica del rapporto tra obbligazioni di tipo privatistico<sup>68</sup>.

E' essenzialmente l' argomentazione giuridica della inclusione/non inclusione delle clausole del contratto collettivo nel contratto individuale quella che consente di tracciare i rapporti tra la fonte autonoma e la fonte collettiva.

Non esiste in Gran Bretagna un obbligo legale che impone il rispetto della normativa collettiva, analogamente del resto a quanto, giuridicamente parlando, accade in Italia (con l'eccezione del pubblico impiego) dove la mancanza di attuazione dell'art. 39 Cost. e del regime ivi previsto per l'efficacia *erga omnes* ne ha rimesso di fatto l'operatività nelle mani della giurisprudenza.

La situazione inglese è tale per cui le clausole di un contratto collettivo, per essere validamente applicate nel rapporto individuale, devono essere *espressamente o implicitamente* richiamate da quest'ultimo. La situazione, quindi, dal punto di vista della collocazione della fonte sindacale rispetto al contratto individuale, non è dissimile rispetto a quella dell'ordinamento italiano, orientato a considerare il contratto collettivo come un contratto di diritto comune, derivato della mancata attuazione dell'art. 39 della Costituzione sul riconoscimento dei sindacati e dell'efficacia *erga-omnes* del contratto collettivo. La fondamentale differenza sta nel fatto che, l'avere la giurisprudenza agganciato i livelli retributivi minimi ex art. 36 Cost. ai livelli del contratto collettivo nazionale, contestualmente alla presenza di norme legali che individuano nei livelli retributivi del contratto nazionale i parametri per il calcolo della contribuzione previdenziale, ha portato al riconoscimento di fatto di una efficacia *erga-omnes* del contratto collettivo in deroga a ogni pattuizione individuale, al meno finchè sia considerato il trattamento economico.

Da un punto di vista comparato, quindi, il carattere discusso e problematico

---

<sup>68</sup> WEDDERBURN L. (1992) *Inderogability, Collective Agreements and Community law*, ILJ, 245

dell'efficacia del contratto collettivo rispetto al contratto individuale, come questione centrale nell'esperienza giuslavorista italiana, può spiegarsi in connessione al ruolo attribuito dal nostro ordinamento al contratto collettivo come fonte deputata a individuare i livelli di trattamento minimi. In Gran Bretagna, dove i livelli di trattamento minimi, essenzialmente i livelli salariali, non sono individuati dal contratto collettivo, ma dalla legge, la *vexata quaestio* della derogabilità del contratto collettivo solleva meno polemica (i minimi sono stabiliti da una fonte normativa la cui superiorità sul contratto individuale non è discutibile).

### 3.5.6 La legislazione

Gli atti del Parlamento (*statutes*) hanno, dal secolo scorso ad oggi, accordato tutele e protezioni al lavoratore, andando volta per volta a circoscrivere il proprio ambito di applicazione soggettivo e oggettivo, fornendo così all'interprete un quadro frammentato che propone un'ottica di intervento per "rimedi" piuttosto che "per titolarità del diritto" (la legge stabilisce ciò che serve, e afferma di volta in volta a chi serve).

Le "definizioni" di lavoratore subordinato date a livello statutario sono, da parte loro, definizioni prive di contenuto. La definizione legale di *employee* è rinvenibile oggi nel contesto dello **Employment Right Act 1996**, che descrive l'*employee* in maniera tautologica, come se si trattasse di un contenitore vuoto, letteralmente come colui che si obblighi contrattualmente allo svolgimento di una prestazione di lavoro, di servizio o di apprendistato, sia in maniera espressa che implicita, sia in forma scritta che orale<sup>69</sup>.

Il riferimento normativo non fa, quindi, alcun riferimento al concetto della subordinazione (concetto che invece fonda la norma italiana di cui al 2094 c.c. in termini di dipendenza tecnica e funzionale). La stessa legge del 1996 richiama la posizione del lavoratore puramente autonomo, presente quando il datore di lavoro sia definibile alla stregua di un cliente o di un committente di prodotti o servizi - in questi casi siamo nella sfera dello svolgimento di una attività professionale o imprenditoriale pura, cui corrisponde il *contract for services* contrapposto al *contract of service*).

I contenuti della fattispecie e gli effetti del rapporto di lavoro subordinato devono piuttosto ricercarsi nel contratto individuale, che come si è appena visto non è composto solo da pattuizioni formali ed espresse, ma anche da pattuizioni implicite, la cui essenza è spesso fatta emergere dalla *case law* come risultato dell'osservazione delle modalità esecutive del rapporto.

Non di meno la fonte legale interviene nel senso di porre dei vincoli a determinati

---

<sup>69</sup> "An individual who has entered into or works under ... a contract of employment"; "the contract of employment is (a sua volta) a contract of service or apprenticeship, whether express or implied and (if expressed) whether oral or in writing". Employment Rights Act 1996, 230, 1 e 2.

aspetti degli impegni assunti in sede pattizia<sup>70</sup>.

La dottrina inglese afferma che gli atti del Parlamento hanno teso a fornire un supporto aggiuntivo, alternativo, rimediabile a quelle che sono le matrici tradizionali della common law: “*it does not, on the whole, attempt to amend the common law*”<sup>71</sup>: neppure la fonte legale, quindi, si pone in termini categoricamente prevalenti rispetto alla common law. E’ come se la natura inderogabile delle norme lavoriste trovasse fondamento in una considerazione politica esterna al sistema giuridico formale e alle sue categorie.

L’affermazione del rapporto di lavoro in termini “contrattualistici” ha fatto tal volta mettere in dubbio **la natura legale (statutaria) delle tutele** pur disposte da parte del legislatore. Il dibattito inglese su questo punto<sup>72</sup> ha seguito una istanza pratica di discernimento più che, come è avvenuto in Italia, esigenze di argomentazione ideologica e politica *tout court*.

Il discernimento tra diritti di natura statuaria e diritti di natura contrattuale, infatti, non è di poco momento nel sistema britannico, dato che sono previsti, per il primo e per il secondo tipo di diritti, diversi percorsi processuali: mentre i tribunali del lavoro (*Employment Tribunal*) sono tradizionalmente competenti per giudicare sull’accertamento dei diritti di fonte statutaria, le corti civili sono competenti su diritti sorgenti da inadempimenti contrattuali<sup>73</sup>.

Si tratta di due diversi tipi di azione/rimedio, dove, da un lato, nel caso dei diritti statutari, abbiamo una *action in tort* (o anche una *criminal prosecution*) mentre nel caso dei diritti contrattuali il binario seguito è quello dell’azione civile della c.d. *breach of contract*.

Sono poi diversi i regimi di decadenza per l’esercizio dei diritti: per i diritti di fonte statutaria le parti devono agire entro tre mesi dall’evento rilevante, mentre per i diritti di fonte contrattuale si prevede un periodo più lungo, di 6 anni<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> “*Employment protection, working time and minimum wages status, among others, formally limit freedom of contract by providing rights which in most cases are ‘inderogable’, in the sense that they cannot be contracted away or made the subject of waiver*” (S. DEAKING - G. MORRIS (2005) *Labour Law*, Hartpublishing, 122).

<sup>71</sup> S.HONEYBALL (2005) *The conceptual integrity of Employment*, in *Cambrian law review*, Vol. 36, 11.

<sup>72</sup> Si vedano S. DEAKIN & G. MORRIS, *Labour Law*, 2005, Hartpublishing, 121 e ss. “*Although the basic conceptual framework for the individual employment relationship is provided by contract, many have questioned whether it is useful to think of the employment relationship in this way...*” che sembrano argomentare la possibile natura di status del rapporto di lavoro traendola dalle intrinseche qualità distintive del contratto di lavoro rispetto agli altri contratti a contenuto patrimoniale. Gli autori ritengono che nel moderno diritto del lavoro possano essere individuati tre criteri di distinzione tra una tutela a natura contrattuale e una a natura legale statutaria: in primo luogo esistono sfere in cui la legge non interviene (*legislation plays no direct regulatory role*) per esempio sul fronte delle modalità di pagamento e qui non si potrà che parlare di diritti contrattuali. Ci sono poi sfere ove la legge fornisce una base (*a floor of rights*), quella su cui vanno evolvendosi le prassi aziendali e la common law, e che evidenzia una possibilità di deroga da parte del contratto ma solo in senso favorevole (pertanto si potrà parlare di un legittimo diritto a natura contrattuale ma solo se e finché disponga un trattamento migliorativo). E infine fanno notare le sfere in cui la legge abilita il ruolo dell’autonomia contrattuale nel senso che gli conferisce un potere di deroga a patto che avvenga nel rispetto di determinate formalità (in questo caso è la legge stessa che delinea i contorni tra se e la norma contrattuale cui rinvia).

<sup>73</sup> Dal 1994 la competenza dei Tribunali è stata però parzialmente estesa, ed include oggi tutte le cause che, pur involgendo delle violazioni contrattuali, presuppongano un licenziamento e una richiesta di danni entro una certa somma.

<sup>74</sup> *Employment Right Act 1996*, s. 23.

Il processo di attribuzione delle tutele ha seguito, in Gran Bretagna, un percorso mirato a coprire determinati settori produttivi, quelli dove il livello di protezione sociale era inesistente a causa dello scarso riconoscimento della contrattazione collettiva: fin tanto che il sistema della contrattazione collettiva ha funzionato, il ruolo della legge è stato quello di sopperire alle lacune presenti (per esempio in settori deboli come quello agricolo).

Quando il sistema della contrattazione collettiva, e della contrattazione collettiva nazionale in particolare, ha raggiunto il momento del suo declino, allora il nuovo scenario economico e sociale ha posto le basi per un intervento politico atto a provvedere tutele legali generalizzate, oltre che solo settoriali.

La fonte legislativa individua gli effetti giuridici (le tutele) del rapporto di lavoro circoscrivendo il proprio raggio di applicazione in funzione di obiettivi specifici (cioè in funzione della propria *policy*); per esempio la normativa sulla parità di trattamento (**Equal Pay Act** del 1970, coerente con la normativa comunitaria *ex art. 141 TCE*) ha disposto un rimedio all'impianto della common law nel senso che quest'ultima non presupporrebbe, lasciata operare in sé stessa, la necessità di riconoscere la parità uomo-donna nel rapporto di lavoro, stabilendo che, laddove il contratto non la preveda, si dovrà non di meno ritenere implicita la presenza di una "*equality clause*"; detta tutela si riferisce naturalmente ad un ambito di applicazione soggettivo generalizzato che va al di là della considerazione dei soli lavoratori dipendenti.

Diversamente da quanto accaduto, almeno come tratto determinante, nella tradizione italiana, in Inghilterra le tutele non sono state appoggiate intorno alla figura del rapporto di lavoro subordinato, essendo piuttosto accaduto che fin dai primi interventi protettivi, ad inizio secolo, il legislatore si sia rivolto anche a categorie di lavoratori considerati formalmente autonomi. Ne deriva che il diritto del lavoro inglese appare non solo più frammentario, ma anche apprezzabilmente più ampio nella sua sfera di applicazione soggettiva. La trattazione dei manuali che rispecchia una impostazione "per tutele o per rimedi" può ben dare spazio ai diritti variamente attribuibili ora agli "*employees*", ora alla generalità dei "*workers*", ora ai rapporti che presuppongano un rapporto di "*employment*"<sup>75</sup> (i c.d. *self employed* non sono affatto esclusi dalle tutele e dalla trattazione del diritto del lavoro).

Ulteriormente, in questo processo di costruzione frammentaria dell'ordinamento lavorista, si può dare conto del fatto che l' **Employment Relations Act 1999**, come novellato nel 2002, abbia conferito all'organo governativo il potere di attribuire

---

<sup>75</sup> Si veda in questo senso la trattazione di M.FREEDLAND (2003) *The personal employment contract*, OUP.

tutele a determinate categorie di lavoratori che ne siano sfornite, con l'intento dichiarato di estendere i diritti ai lavoratori atipici<sup>76</sup>.

Si tratta di un intervento legislativo operante nei termini di una delega al potere ministeriale (competente è il *Secretary of the State*) in virtù del quale il ministro potrà estendere un ampio raggio di diritti individuali alle categorie escluse; si tratta di un intervento dal carattere discrezionale e malleabile e che mira a colmare la lacuna normativa che si è venuta creando con l'esigenza di distinguere diversi livelli di subordinazione e di rapporti lavorativi. Ne potranno beneficiare gruppi di individui accomunati da elementi che il legislatore non specifica e che dovranno non di meno essere alla base delle motivazioni date dal Ministro per l'estensione.

Ma la flessibilità di questo strumento si pone anche oltre l'estensione soggettiva della tutela. La norma in questione, infatti, prevede espressamente la possibilità di estendere lo stesso effetto giuridico a coloro che non ne abbiano i requisiti soggettivi secondo le norme vigenti, ma consente anche di individuare gli elementi definitori della qualità di datore di lavoro rispetto alla categoria interessata (sezione 23, 4, A); qui il legislatore ha avuto in mente il caso in cui non siano chiari i rapporti di responsabilità, vale a dire al caso in cui non sia chiaro alle dipendenze "di chi" il lavoratore stia prestando il proprio servizio, e il riferimento corre alle ipotesi di intermediazione di manodopera.

La legge delegante va poi ancora oltre: essa stabilisce che il contenuto dei diritti della cui estensione si stia parlando possa essere adattato; è stato, cioè, precisato che il Ministro possa disporre, ove opportuno, che i diritti in questione *operino con modalità ad hoc* verso le categorie beneficiarie (sezione 23, punto 4, B). Si tratta di una formulazione, nel suo effetto derogatorio rispetto alla fonte legale, comprensibile per il giurista continentale, specie dalla prospettiva del principio di gerarchia delle fonti, solo nella considerazione della peculiare struttura costituzionale della common law e del principio della supremazia assoluta del Parlamento come affermata fin dal 1689 con il Bill of Rights. La "liberalità" con cui il legislatore inglese si esprime è comprensibile solo tenendo in mente come il campo di azione di quel Parlamento sia più sgombro e quindi relativamente più ampio rispetto a quello dei Parlamenti del continente.

Infine, la legge delega si spinge a stabilire che l'organo delegato potrà parimenti adottare contestuali misure "conseguenziali, incidentali e supplementari" quali

---

<sup>76</sup> Employment Relation Act 1999, Sec. 23: Power to confer rights on individuals. Il testo letteralmente recita:

1) *This section applies to any rights conferred on an individual against an employer (however defined) under or by virtue of any of the following [Trade Union and Labour Relations – Consolidation – Act 1992; Employment Rights Act 1996; Employment Act 2002; Employment Relations Act 1999; any instrument made under section 2(2) of the European Community Act 1972]*

2) *The Secretary of the State may by Order make provision which has the effect of conferring any such right on individuals who are of a specified description.*

3) *The reference in subsection 2 to individuals includes a reference to individuals expressly excluded from exercising the right.*

4) *An order under this section may: A provide that individuals are to be treated as parties to workers' contracts or contracts of employment, B make provision as to who are to be regarded as the employers of individuals, C make provision which has the effect of modifying the operation of any right as conferred on individuals by the order; D include such consequential, incidental or supplementary provision as the Secretary of the State may think fit.*

ritenga opportuno nel disporre il provvedimento in questione (sezione 23, 4, D). Anche per questa ultima disposizione è difficile dare una definizione del raggio derogatorio, sebbene questa, a differenza della precedente, sembri mirata ad “aggiungere” elementi normativi, mentre quella che la precede si riferisce a una idea di “operatività” della tutela che incide direttamente sulla normativa legale esistente, sull’atto legislativo che abbia originato il diritto.

Il provvedimento di cui alla riforma del 1999 è uno strumento che non risulta essere mai stato utilizzato fino ad oggi, a quanto ci consta nel momento in cui si scrive, il che indica un grado di disaccordo politico nell’uso di un istituto che conferisce al potere esecutivo un sostanziale potere di redistribuire le tutele a propria discrezione; diversi sono stati i tentativi di recare modifiche al testo legislativo originario, il quale senza ombra di dubbio attribuisce un potere normativo fortemente erosivo del potere parlamentare<sup>77</sup>.

L’origine politica di questo intervento deve essere rinvenuta nel Fairness at Work White Paper del 1998<sup>78</sup>, un documento di indirizzo politico elaborato dal governo e finalizzato, tra le altre cose, a superare una idea di conflittualità tra datori di lavoro e lavoratori in favore di una concezione collaborativa, la quale si fonda, oltre che sull’obiettivo della competitività, su quello del riconoscimento di diritti minimi alla classe lavoratrice intesa non in maniera strettamente subordinata; il documento specifica che debba essere riconosciuto in capo ai ministri, non prima di adeguato dibattito e utilizzando le discrezioni appena viste, il potere di estendere i diritti individuali a soggetti non strettamente qualificabili come lavoratori dipendenti. Si tratta, come già osservato, del documento politico sul quale le più recenti riforme legislative finalizzate all’estensione dei diritti dei lavoratori a categorie di lavoratori atipici possono dirsi essere basate.<sup>79</sup>

Una possibile lettura della riforma del 1999<sup>80</sup> è stata quella di estendere i diritti attribuiti agli *employees* a coloro che rientrano nella categoria di *workers* che nella giurisprudenza ha assunto una sua autonomia concettuale.

---

<sup>77</sup> <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldhansrd/vo020627/text/20627-07.htm>

<sup>78</sup> Fairness at Work White Paper 1998 (1.9: “Unless minimum rights are established, effective relationships in companies cannot prosper. The White Paper establishes new ground rules for fair treatment, allowing employees to form effective relationships with employers - including new rights which recognise the changing nature of work”. 3.1: (...) Flexibility and adaptability - both crucial to competitiveness - need to be underpinned by basic minimum standards. However, current individual rights do not wholly reflect the modern world of work”. 3.18: “As a first step, the National Minimum Wage Bill is designed to ensure that the minimum wage applies to all those who work for another person, not just those employed under a contract of employment. The Government will take a similar approach in implementing the Working Time Directive. It now intends to consult on the idea of legislation enabling it similarly to extend the coverage of some or all existing employment rights by regulation. The Government will consult fully on specific changes before exercising this power. The rules governing the conduct of employment agencies are also under review.

<sup>79</sup> Recenti proposte di revisione di fonte governativa (<http://www.berr.gov.uk/files/file21201.pdf>) si sono espresse nel senso di considerare la riforma del 1999 come foriera di una regolamentazione inutilmente scomoda e complicata; vi si afferma che il provvedimento in questione potrebbe non costituire la migliore tecnica regolamentare e che lo stesso obiettivo potrebbe essere perseguito, attraverso una fonte parimenti regolamentare (secondaria) che disciplinasse direttamente le fattispecie interessate, affermando positivamente i diritti in questione piuttosto che ricavandoli dalle norme esistenti.

<sup>80</sup> G.PITT (2007) *Employment law*, 6<sup>th</sup> ed. Thomson Sweet and Maxwell, 86.



Quanto ai contenuti delle **tutele** disposte per i lavoratori nel Regno Unito e al loro ambito di applicazione, senza la pretesa di fornirne qui un quadro esaustivo, si può ricordare che la corposa **normativa antidiscriminatoria**, si applica a tutti coloro che operino nell'ambito di una relazione di “*employment*” (pertanto non solo a coloro che possano definirsi *employee* nel senso tradizionale di lavoratori dipendenti) inclusi i professionisti che offrano i propri servizi al pubblico; per esempio la tutela contro le discriminazioni fondate su ragioni sessuali (Sex Discrimination Act 1975) stabilisce che “*In this Act, unless the context otherwise requires – “employment” means employment under a contract for service or of apprenticeship or a contract personally to execute any work or labour.*”

La normativa legale oggi vigente sulla **salute e la sicurezza sul luogo di lavoro** (Health and Safety at Work Act del 1974), come è accaduto anche in Italia, è estesa a tutti i lavoratori, e naturalmente le relative disposizioni devono essere coordinate anche con l'apparato della common law che si è sviluppato sullo stesso tema<sup>81</sup>.

Le disposizioni sull'**orario di lavoro** (Working Time Regulation del 1998 e il Part Time Workers -Prevention of less favourable treatment- Regulation 2000) si applicano a tutti i lavoratori, ovvero a tutti coloro che possono definirsi “workers” che svolgano un'attività di lavoro in modo prevalentemente personale<sup>82</sup>.

Anche la legge che costituisce uno dei riferimenti centrali del diritto del lavoro inglese, alla stregua di una elencazione di diritti di fonte statutaria, il già citato Employment Rights Act 1996, ha un raggio di applicazione soggettivo dai confini non definiti e che varia a seconda della tutela considerata: le statuizioni riguardanti la **tutela contro il licenziamento** ingiustificato e contro il licenziamento per motivo giustificato oggettivo<sup>83</sup>, quelle riguardanti i **congedi parentali**<sup>84</sup>, le **tutele a garanzia del pagamento degli stipendi**<sup>85</sup> sono riferibili ai soli *employees*.

La tutela contro le **trattenute indebite** da parte dei datori di lavoro, e quindi per il diritto al corretto pagamento della retribuzione, è garantita a tutti i lavoratori (*workers*)<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> Il Safety and Health at Work Act del 1994 nella sezione preliminare si riferisce genericamente alla sicurezza delle persone che lavorino (*persons at work*).

<sup>82</sup> Per una guida all'applicazione e all'interpretazione della disciplina sull'orario si veda anche alla pagina: <http://www.hse.gov.uk/foi/internalops/fod/oc/001-099/1-6.htm>, nonché G. PITT (2007) *Employment law*, 173 e ss.

<sup>83</sup> Employment Right Act 1996 sec. 19 e 94 e ss.; sulla tutela contro il licenziamento per motivi oggettivi di esubero si veda l'ulteriore requisito predisposto in termini di durata dell'impiego (sec. 155).

<sup>84</sup> Employment Right Act 1996 sec. 55, 66, 71 e ss. menzionano la definizione di *employee* per la tutela della maternità in particolare.

<sup>85</sup> Si tratta delle garanzie disposte per ottenere il pagamento contro il datore di lavoro inadempiente, cfr. sec. 28 a fronte di inadempimenti da parte del datore di lavoro, nonché sec. 182 sul caso di insolvenza del datore.

<sup>86</sup> “*Right not to suffer unauthorised deductions*”, Employment Right Act 1996, sec. 13, parla di “workers”. Per una definizione di “worker” quale distinta da quella di “employee” si rimanda alla sec. 230 della stessa legge. Sulla sostanziale riconduzione del lavoro parasubordinato alla categoria dei workers si veda *infra* paragrafo 4.3

La tutela sul **reddito minimo** (National Minimum Wage Act del 1998) si applica a tutti i lavoratori - *workers* <sup>87</sup>.

Il testo legislativo di riferimento per i **diritti di natura sindacale** (il Trade Union and Labour Relations Consolidation Act del 1992) riguarda indistintamente tutti gli “*workers*”, malgrado alcune “immunità” specifiche riguardino i soli *employees*.<sup>88</sup>

Conclusivamente, quindi, sia la qualificazione come lavoratore, sia la qualificazione come lavoratore dipendente, sia la qualificazione del rapporto come di “*employment*” consentono l’accesso a diverse protezioni, sebbene sia evidente che il numero maggiore di tutele spetti ai subordinati.

L’ambito soggettivo di applicazione delle tutele è, ricordiamolo, connesso anche ad elementi diversi, oltre che alla distinzione tra tipi di lavoratori, elementi quali la **regolarità dell’impiego** sotto il profilo della durata e della continuità.

Tutte le protezioni contro il licenziamento illegittimo, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, sono subordinate alla condizione che il rapporto di lavoro sia perdurante da almeno un anno di servizio continuativo.

Ci sono poi le categorie particolari, per esempio la categoria degli addetti a funzioni di tipo pubblico, i dipendenti delle forze dell’ordine, della polizia, i dirigenti, gli appartenenti al clero, disposizioni specifiche che riguardano il settore produttivo, per esempio gli addetti alle attività di distribuzione al dettaglio, i marittimi e così via dicendo, tutte categorie che seguono regimi e tutele in parte speciali.

Sul fronte della **previdenza sociale** e del **trattamento fiscale**, come succede anche in Italia, le leggi inglesi predispongono una differenza sostanziale nella posizione dei lavoratori autonomi e subordinati, prevedendo dei regimi diversi che si traducono in differenze rilevanti in termini di costo per le imprese, come anche in termini di redistribuzione dei redditi.

Sul fronte del sistema fiscale, istituito anche in Gran Bretagna, quanto al reddito dal lavoro, ad imposta progressiva, a partire dagli anni sessanta la disciplina si è assestata nel senso di classificare la tassazione su questo tipo di reddito in due grandi fasce, quella del lavoro autonomo e quella del lavoro dipendente.

Analogamente, sul fronte della previdenza sociale, in origine il sistema legale prevedeva un trattamento ritagliato sul tipo di lavoro manuale o intellettuale o sul livello reddituale; queste distinzioni sono state superate a pro di un sistema che

---

<sup>87</sup> La legge in vigore nel momento in cui si scrive prevede un salario minimo di 5,73 sterline per ogni ora ai lavoratori adulti, un salario minimo di 4,77 sterline per i giovani tra i 18 e i 21 anni e un salario di 3,53 sterline per i minori di 18 anni che abbiano espletato l’obbligo scolastico. Il calcolo del salario è diverso a seconda dei diversi tipi di impiego, quali altrettanto individuati per legge e diversificati in rapporto al tipo di misurazione del tempo lavorato (National Minimum Wage Regulation 1999).

<sup>88</sup> Per esempio la disciplina sui permessi sindacali è riferibile agli *employees* (Trade Union and Labour Relations Consolidation Act del 1992, sec. 170).

tutt'oggi si ancora alla natura autonoma o subordinata del contratto di lavoro in questione: i *self employed* e gli autonomi in genere sono tenuti a una contribuzione inferiore (quella di classe 2 invece che di classe 1) e non hanno diritto al trattamento di disoccupazione, analogamente a quanto succede ad oggi nel sistema italiano<sup>89</sup>.

In conclusione, si può verificare quanto sia vario il mosaico dei diritti e delle tecniche di attribuzione degli stessi nel sistema anglosassone.

Questo può far emergere delle disarmonie sistematiche e delle potenziali diversità di trattamento non coerenti con l'idea di una classe unitaria (e unita) di lavoratori dipendenti. Questo spiega la grandissima attenzione prestata dalla dottrina anglosassone alla c.d. *discrimination law* - le regole sul trattamento ingiustificatamente impari.

Ai fini fiscali e previdenziali, per esempio, i lavoratori interinali sono considerati alla stregua di lavoratori dipendenti, il che non cambia la loro posizione ai fini della possibile nell'applicazione/non applicazione delle tutele sul licenziamento (questo è stato reso chiaro nel caso di *O'Kelly v. Trusthouse* [1983]<sup>90</sup>.

Queste "disarmonie" non sembrano però recare un pregiudizio in termini di contraddittorietà dell'ordinamento, non ci sono, cioè, norme confliggenti e diritti di dubbia attribuzione, quanto piuttosto emerge la mancanza di un alfabeto concettuale che potrebbe certo conferire all'ordinamento positivo una maggiore coerenza teorica.

La coerenza teorica, se di per se non apporta benefici realmente apprezzabili, è potenzialmente in grado di porre le basi per una semplificazione dell'ordinamento che si traduce in un più alto livello di trasparenza e di certezza normativa.

---

<sup>89</sup> Il sistema della *Job Seeker's Allowance* (conosciuta anche come "*the dole*") prevede l'elargizione di una somma liquidata settimanalmente e legata al sistema di contribuzione (*National Insurance Contribution*) di classe 1, quello applicabile ai dipendenti appunto, diverso dal sistema di classe 2 che è invece applicabile ai *self employed*. Il sistema è "*means tested*", ed è pertanto rapportato, oltre che alla condizione del lavoratore di essere effettivamente in cerca di un impiego, anche all'ammontare dei risparmi individuali.

<sup>90</sup> Nella decisione si legge: "*The industrial tribunal accepted that the tax and social security contributions are deducted as a requirement imposed upon the company by the [tax authorities] and that this is not, of itself, indicative of the legal basis of the relationship between the company and the casual staff, for employment protection purposes.*" Sulla posizione degli interinali e sulle tutele a loro attribuibili si vedano i rinvii e le statuizioni della *common law* nel capitolo che segue.