

## **CAPITOLO QUARTO**

### **L'emersione della c.d. parasubordinazione in Italia e in Gran Bretagna**

**4.1 L'emersione della parasubordinazione** – La necessità di redistribuire le tutele (per i rapporti la cui natura è effettivamente ambigua) ; l'opportunità di eludere i regimi vincolistici del lavoro subordinato (elusione dei regimi di tutela esistenti); costi economici che derivano dalla erronea qualificazione dei contratti.

**4.2 In Italia; tra fattispecie e tutele** – Il filone riformatore attento alle tutele; rivalutazione della volontà individuale nella fase della rilevazione delle differenze tra fattispecie.

**4.3 In Gran Bretagna** – Il riferimento alla figura del “worker”, come figura cui possono attribuirsi le tutele minime.

#### 4.1 L'emersione della c.d. parasubordinazione

Il problema qualificatorio inteso come alternativa tra lavoro autonomo e dipendente è un problema antico come è antica la disciplina lavorista, sia in Italia che in Gran Bretagna. Anche prima che la dottrina e la giurisprudenza, oltre che il legislatore, prendessero coscienza della realtà di una distinta area di rapporti di lavoro effettivamente partecipanti sia della subordinazione sia dell'autonomia (rapporti di semi-dipendenza o parasubordinati) il problema qualificatorio si poneva nelle tre dimensioni afferenti l'individuazione dei fatti socio-economici rilevanti, il piano concettuale-categorico, e la connessa scelta di politica sociale con relativa distribuzione di tutele.

Il prendere piede del fenomeno della parasubordinazione come figura contrattuale c.d. grigia, collocata in maniera incerta tra la subordinazione tradizionale e il rapporto di lavoro autonomo, e in generale il moltiplicarsi di rapporti di lavoro trasversali e flessibili nel contesto della c.d. impresa a rete dell'età post-industriale, ha nondimeno sollecitato, arricchito e aggravato la trattazione della problematica da parte dei giuslavoristi, fino a essere l'occasione – a partire dagli anni Novanta – per rivedere il diritto del lavoro nei suoi assi portanti e nella sua tradizionale vocazione unidirezionale e corrispondente a una concezione dicotomica dei rapporti di lavoro.

Come si è scomposto il fenomeno della subordinazione nel suo significato economico-sociale/giuridico/politico, così è parimenti scomponibile anche il fenomeno della parasubordinazione, nel tentativo di comprenderne meglio le implicazioni.

In particolare, si osserva che la realtà del lavoro parasubordinato si pone all'attenzione del giurista sia di civil law sia di common law sotto due prospettive problematiche di diversa natura.

Premesso che la realtà della parasubordinazione non è un fatto nuovo, il suo imporsi come fenomeno economico-sociale di massa è legato:

A) da un lato alla **necessità di redistribuire le tutele** a chi partecipi solo in parte, solo in modo attenuato, alla realtà di un lavoro subordinato – con la debolezza socio-economica che da questo può derivare (questo è il caso dei rapporti che siano oggettivamente di difficile classificazione secondo la tradizionale dicotomia). In questo senso il problema della parasubordinazione si pone al giurista nei termini politici della progressiva estensione dei diritti legata a una idea solidaristica di ordinamento civile. Tecnicamente l'estensione dei diritti deve avvenire attraverso una riconfigurazione delle fattispecie

normative che definiscono, da un lato, i fatti che concretano in termini soggettivi la posizione del del lavoratore, cioè attraverso una ridefinizione dell'ambito di applicazione soggettivo delle tutele (elemento dell'integrazione in azienda, del carattere continuativo dell'attività e così via), e dall'altro lato attraverso una rimodulazione degli effetti giuridici che questi a fatti si vogliono connettere, cioè attraverso una ridefinizione dell'ambito di applicazione oggettivo delle tutele.

B) Dall'altro lato, l'emergere della parasubordinazione si lega all'**opportunità** delle imprese, quando non anche alla necessità, **di eludere i regimi vincolistici del lavoro subordinato** (elusione dei regimi di tutela esistenti). In altre parole, sotto questo aspetto, la parasubordinazione praticamente non si emerge, mentre si deve piuttosto registrare una minore disponibilità dei mercati ad utilizzare le forme della subordinazione tradizionale a causa degli alti costi che essa implica (maggiore contribuzione previdenziale e fiscale, tutele contro il licenziamento e contro l'impossibilità temporanea all'espletamento della prestazione a carico dei datori di lavoro etc.). In questi termini, quindi, il fatto nuovo non è un nuovo tipo di subordinazione, quanto un abuso della forma contrattuale<sup>1</sup>. Il problema che si prospetta all'attenzione del giurista, quindi, non è un problema strettamente politico (cioè di scelta e di indirizzo), ma un problema di ordine tecnico che riguarda la ricerca di soluzioni che rendano effettiva la disciplina inderogabile prevista per le fattispecie concrete. A fronte di forme di lavoro simili, soprattutto sotto il profilo della dipendenza economica, la diversa qualificazione contrattuale quale l'attuale assetto delle configurazioni normative consente, e che la debolezza degli strumenti di interpretazione in mano agli operatori del diritto sia in via preventiva-consultiva sia in via accertativa-giudiziaria (legata anche al basso riconoscimento sociale del ruolo degli interpreti nel caso del sistema italiano) incentiva, consente e legittima di fatto l'applicazione di regimi disciplinari impari al di fuori di ogni logica e valutazione di equità. Nell'incertezza qualificatoria, le forme della parasubordinazione, e del lavoro atipico in generale, tendono notoriamente a materializzarsi in vere e proprie forme di lavoro subordinato mascherato da lavoro autonomo. Questo dipende molto dalla inadeguatezza delle vecchie configurazioni normative legali (considerazione che vale più per il sistema italiano e continentale che non per quello inglese anglosassone), ma anche dalla mancanza di criteri ermeneutici condivisi in sede interpretativa, capaci di contribuire, sia *ex ante* sia *ex post*, a dare certezza sulla disciplina applicabile (in particolare sul fronte della valutazione dei fatti indicativi della dipendenza) poichè, in ultima analisi, l'efficacia del diritto risiede nella sua azionabilità e nella sua difendibilità in sede giudiziaria.

---

<sup>1</sup> Il problema si pone in modo analogo, con le stesse ripercussioni in termini di costi derivanti dalla qualificazione erronea/fraudolenta, oltre che davanti all'opzione "subordinato/parasubordinato", anche davanti all'opzione "parasubordinato/autonomo": in Italia, questo è il caso dell'enorme contenzioso previdenziale per contributi non pagati a fronte di rapporti sostanzialmente parasubordinati (il caso tipico è quello degli agenti commerciali) ma qualificati formalmente come autonomi.

Fatte queste premesse, a proposito della realtà della forte tensione elusiva dei regimi di tutela esistenti, dovendosi rilasciare agli studi economici la corretta valutazione di quanto i vigenti regimi di tutela siano effettivamente tollerabili dalle imprese, e quanto invece le imprese siano mosse, nel non qualificare correttamente i rapporti, da propositi di profitto non giustificabili, è opportuno menzionare alcuni rilievi in merito ai **costi economici che derivano dalla erronea qualificazione dei contratti**.

In un sistema legale efficiente infatti, una attenta valutazione del prezzo di una scorretta e/o fraudolenta qualificazione del contratto potrebbe sorprendere le imprese, come di fatto spesso è successo, a dover sopportare in futuro costi ben superiori ai benefici dell'operazione elusiva<sup>2</sup>.

Inoltre il fenomeno dovrebbe essere considerato da una prospettiva macroeconomica: sul costo del lavoro incideranno le manovre dello Stato - e degli enti pubblici competenti - atte a sopportare i costi della scorretta qualificazione dei contratti di lavoro come fenomeno di massa .

Infatti, come si è ricordato, essendo un fatto comune alla tradizione inglese e a quella italiana il prevedere diversi livelli di contribuzione previdenziale/fiscale a seconda che il reddito da lavoro considerato sia di tipo autonomo o subordinato, la non corretta qualificazione di un rapporto di lavoro, nel suo iniziare o nel suo essere rinnovato, implica costi economici e disfunzioni del sistema sociale di cui la collettività, intesa sia come società civile sia come complesso istituzionale dovrà sopportare i costi - che sono il diretto portato delle omissioni contributive, non solo sotto il profilo dell'evasione fiscale e quindi delle entrate erariali, ma anche sotto il profilo dei regimi previdenziali, specialmente ove funzionanti con regime finanziario a ripartizione (ovvero con il modello della c.d. solidarietà intergenerazionale).

Studi americani<sup>3</sup> dimostrano l'urgenza per gli attori interessati (Stato, imprese, lavoratori e operatori dei mercati del lavoro in generale) di una corretta qualificazione dei contratti di lavoro in termini di risparmio: la "*misclassification of workers*" se da un lato e' destinata a crescere perchè in prima battuta costituisce un vantaggio economico per l'impresa che risparmia sulle trattenute fiscali e previdenziali, oltre che sul trattamento normativo globale (costi per la malattia, ferie, trattamenti di fine rapporto, aspettative, e così via), nel più lungo periodo produce un effetto ritorsivo contro le stesse imprese.

Questo effetto ritorsivo si esplicita sotto diversi aspetti, in particolare:

---

<sup>2</sup> Il riferimento corre, per esempio, all'enorme contenzioso italiano riguardante l' erronea-fraudolenta qualificazione dei ripetuti rapporti di lavoro a termine che, essendo suscettibili di essere convertiti in rapporti a tempo indeterminato, possono implicare un costo non sopportabile dalle imprese così coinvolte, si veda il caso di Poste Italiane Spa.

<sup>3</sup> S. GREENHOUSE, *Investigating mislabeling of workers*, in *The New York Times*, June, 9<sup>th</sup> 2007. T.R. BUNDY (2007) *Worker misclassification: the next big legal concern?* in *Employee Relations Law Journal*, Vo. 33 No. 3 Winter, 18.

1) il trattamento normativo per i lavoratori, complessivamente distorto, i connessi fenomeni di dumping sociale che ne possono derivare, incentivano il malcontento tra lavoratori. Il fenomeno è progressivo perchè se in un primo momento i datori di lavoro potranno trovare manodopera a prezzi più bassi tra gli *outsider*, tra i lavoratori abituati a regimi di tutela inferiori, nel lungo periodo il livello di riconoscimento politico dei diritti minimi e in generale la consapevolezza sociale dello stato di diritto giocheranno a determinare una opposizione alle imprese (a meno che non si prospetti lo spettro di una involuzione culturale di massa). Il costo del malcontento, se non nel brevissimo periodo, nel medio - lungo periodo si tradurrà in un conflitto sociale con spese giudiziarie e sindacali annesse. Il confronto sindacale, se in un clima di legalità sano serve essenzialmente per lubrificare il sistema delle relazioni industriali, vigilando sulla legalità e proponendo i necessari aggiustamenti, in un clima di illegalità si pone come un appesantimento per il management delle imprese in termini di costo e di operatività.

2) La non corretta qualificazione dei rapporti di lavoro in termini fiscali e di previdenza pubblica costituisce poi una perdita diretta per lo Stato, il quale incrementerà i controlli sul fronte delle evasioni, con costi annesi e annesso aumento della spesa pubblica, e con incremento delle sanzioni, che a loro volta rappresentano un costo diretto sulle imprese che si siano rese colpevoli delle diverse forme di *misclassification*<sup>4</sup>.

Fattori come quelli appena riportati dovrebbero motivare in primo luogo le imprese che mirano a resistere sul mercato nel lungo periodo a prendere precauzioni contro quelli che si delineano come costi futuri potenzialmente ben più alti del risparmio derivante dalla qualificazione di un rapporto come autonomo in luogo di un rapporto dipendente.

La precauzione raccomandata<sup>5</sup> per fronteggiare questo effetto ritorsivo è infatti quella di operare una valutazione preliminare accurata sul tipo di relazione di lavoro che si intende instaurare (o modificare). In altre parole viene consigliato di avvalersi della migliore consulenza preventiva per individuare la formula contrattuale effettivamente più consona per la posizione da coprire.

---

<sup>4</sup> Nel contesto italiano si richiama in primo luogo l'incisivo intervento di cui al D.lgs.124/2004 (artt. 12 e ss.) sull'attribuzione di poteri esecutivi agli organi ispettivi dell'INPS.

<sup>5</sup> T.R. BUNDY (2007) *Worker misclassification: the next big legal concern?* in *Employee Relations Law Journal*, Vo. 33 No. 3 Winter, p. 18.

## 4.2 In Italia; tra fattispecie e tutele

In Italia, malgrado il fenomeno delle collaborazioni coordinate e continuative non fosse estraneo all'ordinamento nei decenni precedenti<sup>6</sup>, il cambio di paradigma economico lo ha fatto emergere in una dimensione quantitativa tale da farne un motivo di ripensamento strutturale delle categorie e delle relazioni c.d. industriali in genere. Il diritto del lavoro tradizionale ha cominciato ad essere percepito come inadeguato alla nuova realtà fattuale.

Il sistema tradizionale attribuisce le tutele più importanti ai lavoratori dipendenti tipici per non attribuire che blandi riconoscimenti, come quello processuale, ai lavoratori parasubordinati, semidipendenti, atipici, e lascia del resto del tutto fuori da ogni considerazione giuridica di matrice protettiva/sociale la categoria del lavoratore autonomo<sup>7</sup>.

I lavoratori parasubordinati, se un tempo erano rappresentati da un gruppo marginale di liberi professionisti richiesti di offrire le proprie competenze a una singola impresa (nella qualità di avvocati, commercialisti, amministratori o categorie assimilabili – i c.d. collaboratori esterni, le figure per le quali la riforma di cui all'art. 409 c.p.c. era stata pensata), oggi sono il foltissimo gruppo di lavoratori di cui l'impresa ha bisogno ma che al tempo stesso non può permettersi di tenere alle proprie dipendenze con la forma contrattuale tradizionale.

La parasubordinazione sembra pertanto essersi affermata in Italia, come fenomeno sociale esteso e generalizzato, soprattutto in risposta agli alti costi del lavoro salariato, espressione quindi delle politiche di *outsourcing*, il che ha posto le basi concrete per eludere la forma contrattuale del lavoro dipendente - e la relativa normativa protettiva - a pro dell'instaurazione di rapporti di lavoro formalmente autonomi, ma subordinati dal un punto di vista sia economico che gerarchico-funzionale.

Non è questa la sede in cui si possono ripercorrere le diverse possibili soluzioni di riforma proposte sul punto della sistemazione della categoria della

---

<sup>6</sup> Ne troviamo una conferma legale nella previsione dell'art. 409 c.p.c. introdotta dalla riforma del processo del lavoro di cui alla legge n. 533/73 ma anche nella giurisprudenza e nella contrattazione collettiva degli anni Ottanta e Settanta. La giurisprudenza di quell'epoca aveva infatti timidamente tentato un'opera di estensione delle tutele ai lavoratori parasubordinati, ma, complice il mutato clima politico, nei decenni a seguire i giudici hanno rivisto quel filone interpretativo di tipo creativo per riconoscere che il giudice italiano non ha il potere di estendere in modo discrezionale ai lavoratori definibili giuridicamente autonomi delle tutele previste per una categoria specifica, quella dei dipendenti. Per una lettura che ripercorre le tappe della evoluzione giurisprudenziale si rinvia a F. LUNARDON, *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, in DLRI, 1990, 403.

<sup>7</sup> Per una analisi del problema qualificatorio sotto il profilo del tipo e del grado delle tutele si può rinviare a ICHINO P. (1998) *Un solo diritto e un solo mercato per lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in AA.VV. *I destini del lavoro, Autonomia a subordinazione nella società post-fordista* (a cura di F. Amato) Ed. Franco Angeli, in particolare p. 65 e ss. dove l'A. commenta le diverse proposte formulate dalla dottrina in ordine alla rimodulazione delle tutele.

parasubordinazione nel diritto del lavoro italiano<sup>8</sup>. Ai fini dello studio comparato che qui si segue, si coglie non di meno l'occasione per notare come una parte delle proposte di riforma elaborate (e che con la riforma Biagi del 2003 hanno avuto anche, in parte, attuazione) abbia trovato una non celata ispirazione appunto nel modello anglosassone.

Soprattutto il Libro Bianco del 2001, redatto sulle orme della proposta per uno Statuto dei Lavori ma anche altri progetti di riforma, prendono le mosse da una intenzione di fondo che di per se costituisce una rottura rispetto alla tradizione lavorista cui si è abituati a relazionarsi: queste proposte di riforma mirano a svalutare l' "approccio per fattispecie" a pro di una impostazione che definisca i contorni del rapporto di lavoro ponendo lo sguardo alle tutele che l'ordinamento riconosce al rapporto stesso, una impostazione che quindi si concentra sulla dimensione degli effetti giuridici più che sulla dimensione categorico-concettuale.

Ci sembra cioè di cogliere un tratto distintivo nel filone più concretamente riformista che sta nel suo porsi nell'ottica di una subordinazione intesa come effetto giuridico, e quindi come insieme di diritti e tutele, più che come fenomeno preso nella sua dimensione teorico-concettuale.

Il tradizionale "**approccio per fattispecie**" considera infatti la subordinazione come configurazione giuridica – ovvero, esso concerne la domanda "*quali elementi di fatto tipizzano la fattispecie*" normativa (e fanno sì che l'accertamento della loro presenza implichi l'applicazione di diritti e doveri); viceversa, l'**approccio per tutele** considera l'efficacia giuridica attribuibile ai fatti in questione, ovvero, risponde alla domanda "*quali diritti e doveri si collegano*" all'accertamento della situazione di fatto definibile come rapporto di lavoro subordinato?

Premesso che definire "a posteriori" la subordinazione implica un processo intellettuale di tipo interpretativo che connetta la fattispecie concreta con la normativa corrispondente (fattispecie astratta), avvalendosi di un giudizio di sussunzione o di tipo tipologico che individua il rapporto tra il caso dato e la legge in termini appunto di corrispondenza, o di somiglianza<sup>9</sup>, si può qui

---

<sup>8</sup> Per le proposte di riforma si ricordano, sul finire degli anni '90, in particolare quella sul c.d. *tertium genus* di De Luca Tamajo, Flammia e Persiani, per la quale si vedano le considerazioni anche di altri autori in AA.VV. (1997) *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione e autonomia*, Atti del Convegno di studi - Roma 27 maggio 1996, Cacucci; si vedano poi le proposte di D'Antona e Alleva sul "lavoro senza aggettivi", in AA.VV. (1996) *La disciplina del mercato del lavoro. Proposta per un testo unico* (a cura di G. Ghezzi) Ediesse; per ulteriori osservazioni generali, anche AA.VV. (1998) *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Utet. Per una sintesi, e i relativi riferimenti bibliografici, delle proposte di riforma che sono proliferate nella seconda metà degli anni Novanta, si rinvia a R. DE PUNTA, *Il diritto del lavoro tra due secoli: dal protocollo Giugni al Decreto Biagi*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana* a cura di P. ICHINO, Giuffrè 2008, 355 e ss.) che evidenzia la suggestione di una revisione legislativa la cui "posta in gioco era lungi dall'essere circoscritta a una "ripulitura" delle fattispecie, involgendo tanto l'ambito *esterno* della materia quanto gli assetti e gli equilibri *interni*".

<sup>9</sup> Sul metodo di sussunzione si richiama qui brevemente G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, ADL, 2002, 89 che sintetizza la questione in questi termini: "ferma la consapevolezza della opinabilità dell'attività interpretativa, qual'è il metodo che limita l'incertezza del risultato ermeneutico, ne consente una più efficace controllabilità e, in altri termini, è maggiormente idoneo a garantire l'autorità del punto di vista giuridico?" (Cfr. anche paragrafo 5.1).

precisare che la posizione riformista evidenziata nulla toglie all'impianto dogmatico, che deve continuare a incanalare ogni intervento *de iure condendo* e che non di meno presiede ad ogni osservazione del diritto *de iure condito*.

Precisato questo, ma rammentando le suggestioni provenienti dal contesto "rimediale" della common law, questo filone di riforma sembra concentrato ad elaborare la fattispecie costruendola come un contenitore di effetti più che come un contenitore definitorio degli elementi costitutivi della fattispecie.

Contemporaneamente, sul versante della common law (ma anche del diritto comunitario che tra civil law e common law rappresenta un pò un ibrido), si assiste al fenomeno inverso di una dottrina impegnata a ricercare definizioni, concetti e sistemazioni che consentano il dialogo tra ordinamenti e tra culture diverse, o più generalmente tra realtà sociali soggette al movimento e al cambiamento, a riprova del fatto che non esistono sistemi o tecniche assolutamente migliori degli altri<sup>10</sup>.

Nell'ordinamento italiano accade che, avendo il legislatore italiano costruito l'impianto di tutele (trattamenti minimi, riposi, licenziamento, trattamento di fine rapporto etc.) sulla fattispecie del lavoro subordinato, ovvero sulla fattispecie dell'art. 2094 c.c., tutti i casi pratici che non siano pacificamente riconducibili a quella fattispecie, sfuggono dal raggio delle tutele.

Questo gap tra l'impianto normativo e la casistica dei rapporti di lavoro può essere affrontato *de iure condendo* con due approcci che si distinguono sotto il profilo della tecnica di formulazione del diritto positivo: da un lato si può focalizzare l'attenzione sulla configurazione della fattispecie, e dall'altro lato si può focalizzare l'attenzione sugli effetti da attribuire alla o alle fattispecie. Da un lato sembra prevalere una istanza di certezza del diritto, dall'altro lato si è concentrati sugli effetti, sulla considerazione delle tutele e sull'esigenza di una loro modulazione in rapporto alla modificata realtà economico-sociale.

Di questo secondo tipo di approccio fornisce un esempio chiaro la normativa inglese che nel 1999<sup>11</sup> ha conferito al governo la facoltà di estendere le tutele ai lavoratori atipici di cui si è detto sopra. Ma anche parte delle norme giuslavoriste italiane degli anni passati costituiscono, *de iure condito*, un esempio di questo modo di legiferare. In particolare, esempi di un "approccio per tutela" sono i primi riconoscimenti sociali alle collaborazioni coordinate e continuative: oltre alla tutela processuale di cui all'art. 409 c.p.c., si può citare la tutela previdenziale ai sensi della Legge n.335 del 1995<sup>12</sup>, la disciplina contro gli infortuni e le

---

<sup>10</sup> In questo senso si può rinviare agli studi di Mark Freedland già richiamati nel primo capitolo.

<sup>11</sup> *Employment Relation Act 1999, Sec. 23* Power to confer rights on individuals.

<sup>12</sup> La L. 335 del 1995 ha previsto l'iscrizione dei collaboratori coordinati e continuativi ad una apposita Gestione separata dell'Inps, con il proposito di estendere a questi lavoratori l'assicurazione generale obbligatoria per invalidità, vecchiaia e superstiti.



malattie professionali ai sensi del D.lgs n. 38 del 2000 che ha esteso l'obbligo assicurativo anche a favore dei collaboratori, la disciplina del trattamento fiscale con la relativa parificazione tra dipendenti e collaboratori.

L'introduzione del lavoro a progetto ad opera del D.lgs 276/2003, *invece*, appare piuttosto inquadrabile come il prodotto della creazione di una nuova fattispecie definitoria che muove dalla configurazione dei fatti tipici – in particolare introducendo un fatto tipico nuovo quale il progetto – per distribuire parte delle tutele tradizionali<sup>13</sup>.

A proposito di un approccio riformatore “per tutele”, l'ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei Lavori come redatta e pubblicata nel 1998<sup>14</sup> recitava:

“Sul piano della ridefinizione dei criteri di imputazione delle tutele del lavoro si potrebbe per altro andare ben al di là della semplice predisposizione di un nucleo di disciplina comune a tutti i tipi di lavoro, rinunciando definitivamente ad una definizione generale e astratta di lavoro subordinato, indicando invece, di volta in volta, il campo di applicazione di ogni intervento normativo (licenziamenti, sospensione del rapporto di lavoro, diritto di sciopero, sanzioni disciplinari ecc.).”

E' dunque qui chiaro il proposito di abbandonare una regolamentazione per fattispecie che necessariamente porta con se una trattazione unitaria di ciascuna fattispecie come individuata o da individuarsi, per accogliere piuttosto una regolamentazione meno astratta e più concentrata sui bisogni specifici di tutela, ovvero di “diversificazione” della tutela.

“L'idea di cui al punto precedente può essere sintetizzata in questi termini: se effettivamente si ritiene che la questione debba essere affrontata “dalla parte delle tutele” piuttosto che dalla parte della qualificazione del rapporto, perchè non andare fino in fondo in questa direzione? Invece di conservare il concetto generale e astratto di lavoro

---

<sup>13</sup> Sulla riconducibilità del contratto a progetto a una nuova fattispecie si veda, per esempio, l'opinione di R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro a progetto*, in *W.P. C.S.D.L.E. M.D'Antona*, 25, 2003. Salvo che non ci si trovi in una delle categorie escluse, in Italia il fenomeno della parasubordinazione sembra doversi ricondurre al lavoro a progetto, alla luce di un intento legislativo consapevole dell'abuso della parasubordinazione alla stregua di una subordinazione occulta. Questa figura contrattuale implica come elemento *sine qua non* la presenza di un progetto che legittima l'utilizzo della prestazione personale di lavoro nel contesto dell'impresa per un certo lasso temporale. Al lavoratore a progetto sono stati attribuiti il diritto alla conservazione del posto di lavoro in caso di gravidanza, infortunio e malattia, oltre che una tutela leggera contro il licenziamento ingiustificato: il lavoratore a progetto non può infatti essere licenziato, salvo giusta causa, e salvo altra causa che le parti sono libere di pattuire a priori. Una delle critiche più richiamate dalla dottrina e' quella per cui, essendo il contratto connesso a un progetto che non può, per sua natura, che avere carattere a tempo indeterminato, il lavoratore parasubordinato non potrà mai essere assunto a tempo indeterminato, cosa che solleva critiche ai sensi dell'art. 3 e dell'art. 41 Cost. (così A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2005, 183).

<sup>14</sup> Il progetto di studio, attribuibile alla penna di Marco Biagi, è pubblicato anche in appendice a AA.VV. (1998) *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Utet.

subordinato di cui all'art. 2094 c.c. e limitarsi ad affiancare ad esso un corpo di disciplina applicabile a tutti i rapporti di lavoro, perchè non decidere di volta in volta, istituto per istituto, a chi applicare la disciplina?"

Qui il progetto di riforma si spinge, provocatoriamente, fino a sottintendere l'inadeguatezza definitoria della fattispecie generale di cui all'art. 2094 c.c., nel senso di mettere in discussione i meriti di un ordinamento che, considerato nel suo complesso e considerata quindi la forza attrattiva dell'art. 2094 c.c., ha la vocazione a dare una disciplina di tipo unitario alle relazioni di lavoro che mal si adatta alle istanze di discernimento e diversificazione.

“L'idea per altro non è particolarmente nuova. Non solo è quanto già avveniva alle origini della nostra materia, ma è quanto ancora oggi fa il legislatore inglese. Nel Regno Unito non è infatti prevista alcuna automatica (e rigida) corrispondenza tra la fattispecie del lavoro subordinato e gli effetti del diritto del lavoro, ma è ogni legge a determinare di volta in volta il proprio campo di applicazione. Per beneficiare delle tutele del diritto del lavoro non è dunque sufficiente essere qualificati come lavoratori subordinati (il grado di tutela è calibrato dal legislatore in via tipologica, valorizzando in particolare il requisito dell'anzianità continuativa di servizio), mentre poi alcuni istituti tipici del diritto del lavoro sono di volta in volta estesi a determinate categorie di lavoratori autonomi o comunque non subordinati (si pensi alla normativa in tema di discriminazioni legate al sesso, alla razza, alla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, alle trattenute retributive ingiustificate ecc.). Al riguardo non mancano per altro neppure significativi esempi nel diritto positivo (italiano): si rifletta, in particolare, sul campo di applicazione della normative in materia di salute e sicurezza, che già oggi va ben oltre il concetto di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c.”

Si può qui sottolineare come il modello preso a riferimento (quello anglosassone) non sia tanto considerato sotto il profilo politico delle tutele – e quindi della politica sociale che voglia realizzarsi e il grado di intervento pubblico nella regolazione dei rapporti pubblici e privati di lavoro – quanto piuttosto è una tecnica legislativa quella cui si vuole rinviare e proporre.

“I vantaggi di una simile operazione sarebbero: A) evitare indebite generalizzazioni concettuali relativamente alle figure negoziali a cui ricondurre la disciplina minima comune (in questo modo si potrebbe per altro valorizzare l'autonomia privata senza dovere, di volta in volta, qualificare tutte le tipologie negoziali). (...) B) Modulare e graduare le tutele applicabili ad ogni fattispecie contrattuale a seconda degli istituti da applicare (parte di questa modulazione potrà essere

determinata in sede collettiva o anche dalle stesse parti negoziali davanti all'organo amministrativo di "certificazione" del rapporto di lavoro)".

All'abbandono di una normativa di tipo unitario incentrata sulla fattispecie lavoro subordinato conseguirebbero chiaramente questi vantaggi: da un lato evitare indebite generalizzazioni che non danno merito alla sostanziale differenza delle posizioni lavorative, e parallelamente graduare le tutele sulla base di queste differenze emergenti. C'è un terzo vantaggio che viene prospettato: la **rivalutazione della volontà individuale nella fase della rilevazione delle differenze tra fattispecie e tipi**, attraverso la rivalutazione del momento qualificatorio *ex ante*.

“Più precisamente, per alcune tipologie si potrebbe prevedere l'applicazione di una certa normativa, ma non di un'altra, secondo un accostamento di tipo pragmatico che consente di evitare di individuare una volta per tutte fino a dove estendere le tutele minime al di fuori della subordinazione: si vuole dire che è meglio indicare di volta in volta a chi applicare le normative su salute e sicurezza, su sciopero, su trattamento di fine rapporto, su sospensione del rapporto, che creare una figura generale e astratta che viene esclusa dal nucleo minimo di tutele solo perchè l'applicazione di due o tre istituti è impossibile o comunque ragionevolmente poco praticabile”.

Quanto precede appare come una proposta orientata a rivedere la disciplina del diritto del lavoro lavorando sulla rimodulazione delle tutele piuttosto che sulla rielaborazione delle fattispecie.

Naturalmente non si tratta di rinunciare ai sistemi definitivi di tipo legale, cioè all'inquadramento del rapporto di lavoro in una data fattispecie: la fattispecie è un prodotto inevitabile del ragionamento giuridico, è il collegamento tra il caso concreto e la norma.

La fattispecie tipica - come fattispecie normativa - è presente tanto nei sistemi continentali di tipo codificato quanto nei sistemi di common law, poichè anche nei sistemi di common law l'interprete è chiamato a collegare il caso concreto che gli si presenta davanti con l'impianto normativo che lo regolerà, e il fatto che l'impianto normativo sia costituito in parte prevalente dai precedenti giudiziari non cambia le cose: il caso giudiziario offre gli elementi per la costruzione della fattispecie al pari della norma legale, con la differenza che sta all'interprete enuclearla.

Per spiegare con degli esempi questa diversità di prospettive possiamo ragionare pensando alla singola tutela (esempio la tutela per il salario minimo, tipica del sistema legale inglese, o la tutela delle ferie ai sensi della normativa italiana) immaginandola come lo strumento primo col quale l'ordinamento mira a ottenere un certo risultato sul piano della protezione sociale.

Nel caso di una tutela per il salario minimo, si muoverà dallo stabilire i caratteri sostanziali e oggettivi della stessa – in che cosa consista il salario e il suo livello, i parametri e i criteri di computo, il settore merceologico e l'area geografica – e di seguito il circostanziale ambito soggettivo (singolari categorie di lavoratori, impiegati, dirigenti, o con mansioni individuate da contratto, con contratto part-time o no, collaboratori senza partita i.v.a., con una anzianità minima e così via).

Fermi rimanendo il significato del concetto di tutela e di fattispecie, e fermo rimanendo il rapporto esistente tra loro, l'approccio per tutele descrive un cambio di prospettiva in virtù del **quale la configurazione dell'ambito di efficacia soggettiva della norma non è il momento (politico) determinante, mentre diventa determinante il momento (politico) della configurazione degli strumenti oggettivi di tutela modulata.**

Il cambio di prospettiva così descritto, corrispondente a un impulso apparentemente contrario a quello di costruire un sistema unitario per la disciplina del rapporto di lavoro, porta una maggiore aderenza tra istanze di protezione e apparato normativo, una aderenza che in Italia è oggi di fatto sacrificata dalla presenza di fattispecie soggettive generali che ostacolano una modulazione e a una gradazione dei diritti.

Questa diversità di approccio (per tutele) come vediamo, non rivoluziona di per sé i contenuti dell'ordinamento, ma rende l'ordinamento *de iure condendo* più flessibile e teso al cambiamento.

Il carattere forte del potere qualificatorio delle norme che muovono dalla individuazione delle tutele risulta, in questa ottica, non più dall'eshaustività e omnicomprensività della definizione del concetto giuridico, ma, viceversa, dalla capacità del concetto giuridico di discernere e nella sua precisione nel delimitare il proprio campo di applicazione (i suoi effetti).

Abbiamo visto come il sistema anglosassone, per la sua conformazione casistica e processuale, sia per sua natura portato a muovere da un approccio per tutele. Nella tradizione di civil law la fattispecie assume una conformazione tipicamente definitoria e astratta e presuppone che venga utilizzata mediante il metodo della sussunzione, il quale consente la connessione del caso alla norma.

Nella *case law* il caso (che è al tempo stesso fattispecie concreta e fattispecie astratta) descrive sia gli elementi tipizzanti sia le circostanze particolari che consentono di distinguere la fattispecie in esame rispetto alla casistica precedente ( se le peculiarità del caso nuovo consentano di adottare una "ragione del decidere" diversificata, c.d. tecnica della distinzione).

Non di meno le esigenze della certezza del diritto, della previsione degli effetti giuridici in una realtà sociale che corre certo più veloce delle leggi, fa emergere

anche nella dottrina anglosassone una esigenza di sistemazione che, se non in pratica, almeno in teoria, sia capace di stabilizzare le aspettative.

### 4.3 In Gran Bretagna

E' stato efficacemente sostenuto dalla dottrina<sup>15</sup> che l'evoluzione normativa e giurisprudenziale inglese abbiano fatto essenzialmente confluire la nozione di lavoro semi-dipendente (il corrispondente del nostro lavoro atipico<sup>16</sup>), in quella più generica di lavoratore (*worker*), considerata quest'ultima come una categoria più ampia e capace di contenere non solo il concetto classico e tradizionale di lavoratore dipendente (*employee*) ma anche quelle forme atipiche di lavoro che per loro natura non sono rigidamente definibili in termini di autonomia intesa come libera attività professionale o imprenditoriale.

La riconduzione della figura del lavoratore semidipendente alla figura del "worker" è avvenuta in Gran Bretagna in virtù di due elementi:

- I) da un lato il legislatore ha introdotto norme che tutelano la più ampia categoria di "lavoratore" (categoria che fu usata dal legislatore in occasione del Wage Act del 1986 ed e' poi stata trasposta nel Employment Rights Act del 1996),
- II) dall'altro lato la giurisprudenza ha operato una interpretazione creativa/estensiva di queste norme, tale appunto da far rientrare nella definizione di *worker* quella di lavoratore semi – dipendente.

---

<sup>15</sup> G.DAVIDOV, *Who's the worker?*, in *Industrial Law Journal*, Vol. 34, n. 1, 2005, p.57, nonché M.FREEDLAND, *The personal employment contract*, 2003, Oxford University Press, 30.

<sup>16</sup> Bisogna precisare che la dottrina Italiana tende a far coincidere l'area dei rapporti atipici con quella dei rapporti che non siano, neppure in via interpretativa, ricollegabili alla fattispecie del lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. mancando in essi, o essendo in essi attenuata, la caratteristica fondante della eterodirezione del lavoratore da parte del datore, cioè lo svolgimento dell'attività "alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore". Si tratta naturalmente di un concetto di atipicità usato in maniera impropria, e che deriva dalla mancanza di una "tipizzazione" delle collaborazioni coordinate e continuative prima della Legge Biagi. Diversa collocazione nello studio sui problemi qualificatori della fattispecie rapporto di lavoro e' stata data ai rapporti di lavoro c.d. flessibili, che possono considerarsi come quelli in cui, pur essendo presente l'elemento della eterodirezione, non di meno sussistono deviazioni dal modello tradizionale di lavoro subordinato, cioè dal contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e a tempo pieno. Per riferimenti all'evoluzione normativa e dottrinale sulle forme di lavoro adiacenti alla figura tradizionale, si veda V.SPEZIALE, *Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti atipici e possibili riforme*, in WP C.D.S.L.E. Massimo D'Antona, IT, 51/2007. Da notare che il concetto di lavori atipici viene spesso usato altrettanto in maniera impropria anche dai contratti collettivi nazionali, che spesso lo indicano per riferirsi alle forme di lavoro flessibili come il part-time e il contratto a tempo determinato.

In particolare le tutele in questione<sup>17</sup> sono quelle riguardanti il salario minimo, il tempo massimo di lavoro, la parità di trattamento in caso di part-time, la sicurezza e la salute sul posto di lavoro, il diritto di essere accompagnati nelle *disciplinary and grievance hearings*<sup>18</sup>, il diritto alla parità di trattamento economico in generale e il diritto di non discriminazione.

Dalle norme “rivoluzionarie” cui si è appena fatto cenno, e che trovano il proprio fondamento nel documento politico del Fairness at Work White Paper 1998 già menzionato sopra, è derivato che alla persona definibile come “*worker*” sono applicabili una serie di tutele altrimenti riconoscibili solo in capo allo “*employee*”.

**Worker** è definito dall’Employment Rights Act del 1996<sup>19</sup> come un individuo che abbia stipulato:

- a) un contratto di lavoro subordinato (tradizionalmente inteso), oppure
- b) un qualsiasi altro contratto, sia esso stato formalizzato o non, attraverso il quale si sia impegnato personalmente allo svolgimento di un’attività in favore dell’altra parte, la quale non abbia lo *status* di cliente o di consumatore di servizi o prodotti resi dall’individuo lavoratore.

Si può quindi leggere una definizione di lavoratore in tutti i casi in cui tra le parti sussista una generica relazione di lavoro, a condizione che questa non implichi un’autonoma attività genuinamente imprenditoriale o professionale. Ne deriva una definizione ampia di lavoratore che, come riscontriamo, poco aggiunge, sotto il profilo concettuale, a quella di *employee*, a parte il fatto di escludere dalla categoria quelle attività che siano appunto genuinamente imprenditoriali o professionali. Rimane ancora compito delle corti, nel caso concreto, l’arduo compito di distinguere nella fattispecie in esame una figura di lavoro subordinato oppure autonomo oppure “*in between*”.

---

<sup>17</sup> La nozione di lavoratore (*worker*) è stata utilizzata in relazione alla tutela sui livelli di retribuzione minimi (National Minimum Wage Act 1998), in relazione ai limiti all’orario di lavoro (Working Time Regulation 1998); in materia di lavoro parziale, il diritto alla parità di trattamento è stato considerato in ordine a tutti i lavoratori (Part-time Workers - prevention of less favourable treatment - Regulation 2000). Fin dagli anni ’70 è stato affermato l’obbligo in capo al datore di lavoro di garantire la salute e la sicurezza sul posto di lavoro in favore del lavoratore, indipendentemente dal fatto che sia o non sia un subordinato (Health and Safety at Work Act 1974). Sul punto si vedano anche S. DEAKIN & G.S. MORRIS, *Labour Law*, Hart Publishing, 2005, 164 e ss. G.PITT (2007), *Employment law*, 6<sup>th</sup> ed. Thomson Sweet and Maxwell, 85 e ss.

Sul punto della parità di trattamento e del diritto a non essere discriminati sul posto di lavoro può essere richiamata direttamente la normativa europea (art. 141 TCE, nonché le Direttive n. 2000/43, Direttiva 2000/78, Direttiva 2002/73) oltre la giurisprudenza comunitaria, che ha messo in chiaro come, trattandosi di diritti fondamentali, la nozione di lavoratore non può in questo contesto essere intesa in senso restrittivo (si veda in particolare *Allonby v. Accrington and Rossendale College*, Case C-256/2001 [2004] IRLR 224, ma anche le argomentazioni in *Quinnen v. Hovells* (1984) IRLR 227.

<sup>18</sup> Procedimenti disciplinari i primi e procedimenti che, viceversa, muovono da contestazioni del lavoratore verso il datore, i secondi.

<sup>19</sup>E’ rinvenibile una definizione nello Employment Rights Act 1996, Sec. 230 (3): “*worker means and individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under) a] a contract of employment or b] any other contract, whether expressed or implied and (if express), whether oral or in writing, whereby an individual undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or undertaking carried on by the individual; any reference to a worker’s contract shall be construed accordingly.*”

La sentenza di riferimento è, su questo fronte, la *Byrne & Brothers v. Baird* del 2002<sup>20</sup> nella quale (si trattava di estendere al lavoratore la tutela sull'orario massimo di lavoro) il Tribunale ha affermato che la ragione per cui ai lavoratori (tradizionalmente intesi) è stata conferita la protezione in oggetto è che essi si trovano vis-a-vis in una condizione di dipendenza diretta rispetto al datore di lavoro: se il fine del Regolamento (sui limiti al tempo di lavoro) è quello di estendere la protezione a quei lavoratori che si trovino in una condizione di dipendenza economica, occorre concludere che questi lavoratori si trovano in una posizione sostanzialmente identica. In un altro passaggio centrale il Tribunale ha però precisato che al fine di distinguere nel caso concreto la presenza di un "worker" saranno utilizzabili tutti gli indicatori già utilizzati per distinguere tra lavoro dipendente e lavoro autonomo, soltanto ad un grado inferiore e in favore al lavoratore; in altre parole l'individuazione del *worker* verrà fatta sulla base degli stessi test in virtù dei quali si riscontra la presenza di un contratto di lavoro dipendente, solo che qui sarà sufficiente un livello di dipendenza attenuato.

---

<sup>20</sup> Della sentenza si parla più ampiamente nel capitolo seguente, paragrafo 5.3.