

CAPITOLO QUINTO

Definizione della subordinazione *ex post* e definizione della subordinazione *ex ante*

5.1 Definizione del rapporto di lavoro subordinato *ex ante* e definizione *ex post*

- Il diritto casistico.

5.1.1 La qualificazione del rapporto/contratto.

5.2 Sulla definizione di subordinazione *ex post*: la giurisprudenza in Gran Bretagna - Sulla rilevanza della reale condotta tenuta dalle parti piuttosto che della lettera dei loro accordi formali; la subordinazione *ex post*.

5.2.1 *Control test*

5.2.2 *Integration test*

5.2.3 *Mutuality of obligation test* ed estensione delle tutele ai contratti di lavoro di breve durata.

5.2.4 *Economic reality test*

5.2.5 Approccio misto, il *multifactor test*

5.3 La casistica inglese. Orientamenti in tema di indici rivelatori della subordinazione - Il continuo dialogo tra realtà prettamente giuridica e realtà fattuale; *Ready Mixed Concrete Ltd v Minister of Pensions and National Insurance*; *Cable & Wireless plc v Muscat*; *Byrne & Brothers v Baird*; *James v London Borough of Greenwich*; *Carmichael v National Powers plc*; *Consistent Group Ltd v Kalwak*.

5.4 La c.d. *purposive interpretation*: interpretazione della natura del rapporto di lavoro orientata alla *ratio* della singola tutela - Interpretazione orientata al preliminare rinvenimento del fattore tipizzante esclusivo della etero direzione - Il contributo della Corte di Giustizia in termini di *purposive interpretation*.

5.5 Sulla definizione della subordinazione *ex post* - La considerazione dei fatti da una prospettiva *ex post* può portare infatti a pesare elementi che una qualificazione *ex ante* (ipotetica) non può considerare; l'uso dell'anglosassone *reality test* come rivelatore della dipendenza economica; la giurisprudenza italiana, metodo sussuntivo e tipologico conciliabili *ex post* sul piano pratico.

5.6 Sulla definizione della subordinazione *ex ante*

5.6.1 Elementi di fatto rilevanti nella definizione *ex ante* (nella qualificazione) - La natura prevalentemente personale della prestazione; l'assoggettamento al potere gerarchico; il carattere continuativo; la dipendenza economica.

5.6.2 La qualificazione preventiva del rapporto; il contributo della giurisprudenza; il contributo della legge; il contributo delle parti del rapporto - L'opportunità di elaborare una definizione legale di "lavoratore dipendente"; le presunzioni legali *relative*; la presunzione legale *assoluta*; certificazione dei contratti di lavoro; sistema della consulenza preventiva; obblighi legali di informazione.

5.1 Definizione del rapporto di lavoro subordinato *ex ante* e definizione *ex post*

Nel delineare il campo di indagine di questo lavoro si è premesso che il tema in oggetto può essere correttamente impostato in termini di **“definizione del rapporto”** con specifica attenzione al carattere subordinato dello stesso¹.

In secondo luogo si è premesso che la trattazione del tema vada incontro a uno svolgimento diverso a seconda delle finalità e del momento in cui l’operazione (della definizione) viene disposta.

L’ **operazione “definitoria” può infatti essere scomposta** a seconda del suo **scopo**, nonché a seconda del **momento** in cui viene compiuta.

- l) Essa attiene anzitutto al momento della **“configurazione della fattispecie”**, quindi, essenzialmente, al momento normativo in senso stretto. In questo senso il processo che definisce la subordinazione ha una finalità politica, connessa al processo di *individuazione delle tutele e dei relativi titolari*: il legislatore – ma anche il giudice in un sistema di diritto casistico basato sullo *“stare decisis”* – è infatti chiamato a dire “chi” sia il lavoratore subordinato e “quali effetti giuridici” siano connessi alla sua posizione.

- l) L’operazione definitoria attiene poi al momento applicativo-giudiziario, quello in cui i giudici (come altri organi in veste accertativa e giudicante, quali possono essere gli arbitri o i conciliatori amministrativi) procedono all’ **interpretazione dei fatti al fine di ricondurli agli effetti normativi** previsti dalla legge, dai contratti collettivi, dagli usi e dalle regole di equità (o dall’autorità del precedente giudiziario in un sistema di common law): qui il processo definitorio attiene al processo di *attribuzione delle tutele* (attraverso una operazione di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta).

¹ Il termine “definizione” vuole indicare un significato di portata diversa e più ampia di quello di “qualificazione”.

- l) Infine l'operazione definitoria può attenersi al momento dell'accordo delle parti, al momento, cioè, in cui queste pongono le basi di fatto (e di conseguenza quelle di diritto) entro cui intendono svolgere il rapporto di lavoro, il che si propone una finalità di accertamento e di chiarificazione dei reciproci impegni e delle connesse aspettative (*prospettazione del rapporto e delle tutele*). Questa è l'operazione che più precisamente possiamo definire di **qualificazione ex ante del rapporto** di lavoro.

Questa scomposizione del fenomeno può apparire a tratti solo virtuale, nel senso che nella realtà il momento della definizione della fattispecie si confonde con il momento dell'accordo pattizio (nei limiti della derogabilità dell'impianto legale) e il momento dell'accertamento dei fatti e dei diritti tende a sovrapporsi ora al momento dell'accordo ora al momento della definizione legale della fattispecie.

Non dimeno di tratta di una scomposizione necessaria per chiarire i termini della problematicità della definizione del fenomeno della subordinazione.

L'impostazione del problema in termini di "definizione", come abbiamo già visto², consente di chiarire anche le diverse dimensioni elementari della *subordinazione* intesa come questione ontologica, la quale infatti può assumere:

- 1) la sostanza di un concetto giuridico (il che è evidente quando si ragiona in termini di configurazione della fattispecie);
- 2) la sostanza di una circostanza storica economico-sociale (il che rileva quando si ragiona in termini di interpretazione *ex post*, ma anche quando si ragiona in termini di qualificazione *ex ante*);
- 3) la sostanza di un effetto giuridico (che emerge sia nel momento della interpretazione che in quello della qualificazione, cioè di un effetto sanzionatorio in senso lato, che ricade dalla norma sul fatto).

Si può verificare che esiste una correlazione tra le diverse finalità del *processo definitorio* (prospettiva dinamica dell'analisi) e la *definizione* (scomposta) della subordinazione.

Infatti, quando il processo definitorio miri a delineare la subordinazione per individuare l'apparato delle tutele, allora siamo sul piano della subordinazione intesa astrattamente, come concetto.

² Cfr: capitolo 1, paragrafo 1.3.

Quando il processo definitorio miri all'interpretazione del caso pratico, allora siamo sul piano dell'attribuzione degli effetti giuridici (essenzialmente delle tutele) che l'ordinamento connette alla fattispecie lavoro subordinato.

Infine, se il processo definitorio mira a formulare e chiarire l'accordo tra le parti, allora siamo sul piano del riconoscimento delle circostanze di fatto e, nei limiti della derogabilità, anche degli effetti di diritto entro cui vengono a determinarsi le reciproche volontà, esprimendosi queste ultime in maniera ipotetica e assumendo pertanto la forma di una *intenzione*.

Le osservazioni che precedono a proposito delle diverse possibili dimensioni della subordinazione, e del processo che la definisce, consentono di trovare una utile ulteriore sintesi: è ora chiaro, infatti, che la subordinazione assume connotati sostanzialmente ed essenzialmente diversi a seconda che:

- 1) sia considerata **in astratto, a priori, ex ante**, cosa che accade quando la sua definizione abbia finalità normative, ovvero di configurazione della fattispecie e delle tutele, nonché quando abbia finalità di qualificazione ipotetica, *ex ante* appunto;
- 2) oppure sia considerata **in concreto, a posteriori, ex post**, cosa che accade quando la definizione è connessa alla finalità di attribuzione delle tutele, come succede nel processo interpretativo o nel giudizio comunque operato da organi in veste giudicante.

Questa ultima parte della ricerca si snoda appunto sulla distinzione, determinante, tra “definizione” del rapporto di lavoro *ex ante* e “definizione” del rapporto *ex post*.

La crisi della categoria legale “lavoro subordinato”, scaturita dall'emergere di possibili nuove tipologie di impiego che il mercato impone e che contraddistingue tutte le esperienze di diritto continentale codificato, in un primo momento ha portato anche i giuristi italiani ad affrontare il problema nel momento dell'operazione definitoria/interpretativa, cioè nel momento dell'intervento giudiziario.

L'impossibilità di collegarsi a categorie intermedie tra lavoro autonomo e lavoro subordinato è stato, cioè, “aggirato” ad opera della giurisprudenza, che è andata a “flessibilizzare” i criteri per l'accertamento della dipendenza, ed ha così agito in termini di interpretazione *ex post* delle fattispecie³.

In Gran Bretagna, come si vedrà meglio in questo capitolo, dove il sistema di common law non si fonda su di un impianto categorico ma su di uno a base

³ Qui si fa essenzialmente riferimento al metodo c.d. tipologico o per approssimazione, di cui si dirà meglio più avanti nel testo.

casistica, la stessa cosa (interpretazione flessibile e creativa degli elementi della subordinazione) è successa in maniera fisiologica, ma con la conseguenza ulteriore di una legittima apertura alla rimodulazione delle tutele.

Infatti quel sistema ha consentito di consolidare, da un lato attraverso gli “aggiustamenti” operati dai giudici, dall’altro lato grazie a un sistema di tutele introdotte in rapporto agli effetti oggettivamente desiderati - piuttosto che in rapporto ad una fattispecie soggettivamente unica - una relativa redistribuzione delle tutele, di cui l’attribuzione del diritto al trattamento salariale minimo a tutti i c.d. *workers* non è che un esempio.

In Italia l’ “assoluta insensibilità della giurisprudenza – e in particolare della sezione lavoro della Cassazione – per questa prospettiva di modulazione delle discipline”⁴ ha portato la dottrina a interrogarsi piuttosto su delle forme di intervento legislativo *de iure condendo*⁵, ed ha condotto il legislatore a configurare nuove fattispecie⁶, come il rapporto di lavoro a progetto⁷.

Questo è spiegabile con il fatto che mentre i sistemi di diritto continentale prediligono il processo normativo per codificazione, e definiscono quindi la subordinazione a priori, il carattere peculiare dei sistemi legali di common law è che essi tendono a configurare e definire la fattispecie⁸ sulla base del caso pratico, con il risultato di una sostanziale coincidenza tra il momento normativo e il momento sanzionatorio o applicativo delle tutele.

Nella common law si muove privilegiando un’ottica circostanziale che esamina i presupposti di fatto - *ex post* - per ricavarne le posizioni di diritto e di responsabilità al fine di configurare il pieno portato delle “norme - fattispecie”,

⁴ L’espressione è di L.NOGLER (1997) *Sull’inutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*, RIDL, I, 310. A proposito dei timidi tentativi della giurisprudenza c.d. creativa, si può vedere anche A. IANNIELLO, *Qualificazione del rapporto e percorsi della giurisprudenza*, in AA.VV. *I destini del lavoro, Autonomia a subordinazione nella società post-fordista* (a cura di F.Amato) Ed. Franco Angeli, che definisce certe conclusioni formalistiche della giurisprudenza italiana “francamente sconcertanti” (87).

⁵ Per le proposte della dottrina italiana si rinvia al paragrafo 4.2 ed ai riferimenti bibliografici ivi riportati. Si devono aggiungere le più recenti proposte di legge sul c.d. contratto unico a cura di Pietro Ichino e Tito Boeri, riferimenti alle quali sono state fornite nel paragrafo 1.3.1

⁶ “Mentalità conservatrice dei giuristi ed esigenze obiettive di certezza fanno sì che anche per il diritto si possa parlare di un fenomeno di inerzia: il desiderio di staccarsi il meno possibile dal terreno consolidato porta infatti ad affrontare i problemi nuovi utilizzando gli schemi già noti e familiari”, così De Nova sintetizzava il problema della tendenza della ricondurre le nuove espressioni contrattuali ad un tipo, in DE NOVA G. (1974) *Il tipo contrattuale*, Padova (4). La tendenza alla tipizzazione, sottolineava l’A., rischia di diventare una “tecnica esclusiva” non priva di effetti collaterali: in primo luogo l’esclusività di questo tipo di tecnica emerge dall’atteggiamento della giurisprudenza che, con il fine di esplicitare l’ambito regolativo del contratto innominato, attraverso l’ottica della tipizzazione di stampo romanistico, giunge a negare l’operatività di tecniche diverse, come per esempio il ricorso alla buona fede o alle clausole generali. Un secondo effetto collaterale sarebbe il marcato ridimensionamento di fonti regolative del contratto diverse dalla fonte legale: “Il fenomeno della tipizzazione (...) pone quantitativamente in primo piano l’intervento della disciplina legale come fonte del regolamento contrattuale, con la conseguente limitazione dell’area di intervento di altre fonti” (8).

⁷ Il lavoro a progetto viene definito alla stregua di una nuova fattispecie contrattuale, tra gli altri, da R. DE LUCA TAMAJO (2003) *Dal lavoro parasubordinato al lavoro a progetto*, in *W.P. C.S.D.L.E. M.D’Antona*, 25.

⁸ Usiamo il termine di “fattispecie” per indicare il presupposto normativo nel contesto della *case law*, anche se sarebbe più corretto parlare (in senso più ampio) di *binding authority* o precedente vincolante.

e lo si fa procedendo necessariamente con un ragionamento intellettuale di tipo pragmatico.

Dal ragionamento tendenzialmente induttivo (che trae l'universale dal particolare) tipico del giudice di common law derivano quindi norme ritagliate sulle situazioni di reale patologia, ovvero derivano le regole rese effettivamente necessarie per garantire il pacifico svolgimento del rapporto lavorativo e/o il ripristino di una situazione di giustizia nel contesto dello stesso rapporto.

Queste regole sono l'espressione del momento applicativo delle tutele; in questo senso si può dire che la norma che ne deriva, *tendenzialmente*, abbia una "*struttura prevalentemente applicativa*" (del tipo: il lavoratore che sia stato ingiustamente licenziato ha diritto a un provvedimento risarcitorio o di reintegra⁹).

Viceversa, le norme che derivano dal ragionamento del legislatore (non certo assenti nei sistemi di common law¹⁰) sono costruite in astratto, con metodo deduttivo (che trae il particolare dall'universale) e sono, tendenzialmente, mosse da una finalità di persuasione (di indirizzo della condotta verso quella che si presume dovrebbe essere una situazione fisiologica); la loro è una *struttura prevalentemente descrittiva* (del tipo: "il licenziamento illegittimo si verifica quando il datore di lavoro abbia receduto dal contratto senza una giusta causa o un giustificato motivo"). Si osserva come questo tipo di norma conghiunti il momento applicativo alla competenza giudiziaria, con il risultato che molte di queste norme si risolvono nell'aver un precetto generico.

Quanto precede conferma la rilevazione¹¹ secondo cui (in teoria) la normativa codicistica può garantire *ex ante* una maggiore certezza e delle aspettative più stabili, data la sua attitudine a descrivere e predefinire i fatti che si vogliono regolare.

Ma la *case law*, da parte sua, tende a garantire maggiore aderenza tra la realtà fattuale e la realtà normativa, una maggiore prossimità tra la realtà fattuale e gli effetti giuridici prestabiliti, dal che deriva un più alto grado di efficacia del risultato definitorio o di configurazione della fattispecie (corrispondenza tra fattispecie astratta e fattispecie concreta), il che si traduce in un fattore di certezza normativa a sua volta.

⁹ Cfr: artt. 94, 114 e 115 dell'Employment Rights Acts 1996.

¹⁰ Sulle definizioni legali della subordinazione in Gran Bretagna si rinvia al paragrafo 3.5.6, oltre che, specificamente, ai contributi manualistici di S. DEAKIN & G.MORRISON (2005) *Labour Law*, Hartpublishing 119 e ss., e G.PITT (2007) *Employment law*, Sweet & Maxwell, 71 e ss, nonché al contributo riformista di M. FREDLAND (2003) *The personal employment contract*, Oxford Publishing, in particolare 13 e ss.

¹¹ Cfr: i paragrafi 1.4 -1.7 sui caratteri della common law.

La prevalenza delle norme a struttura giurisprudenziale (l'essenza stessa della common law) può essere ritenuta coerente e fisiologica nei contesti culturali che registrano un buon livello medio di legalità e di civilizzazione, nei contesti sociali in cui è registrabile una cultura della legalità "metabolizzata" piuttosto che imposta dall'esterno.

In Gran Bretagna è essenzialmente questo tipo di contesto socio-culturale prevalente, unito alla forza autorevole della tradizione legale e giudiziaria (e con essa della sua spiccata componente equitativa), che conferisce un buon livello di fiducia nel sistema giuridico pur in presenza di un impianto legislativo che potremmo definire "dalle maglie larghe".

Le condizioni oggettive e soggettive in cui la definizione del modello contrattuale del rapporto di lavoro si pone e la loro variabilità (circostanze dell'offerta e della domanda di lavoro) vengono accolte dalla flessibile struttura del diritto casistico con più agilità che non da una struttura di diritto codificato, perché possono trovare nel primo una più specifica considerazione.

Sia le circostanze oggettive entro le quali la relazione va instaurandosi (dimensione dell'impresa, settore, competenze richieste, mansioni da svolgersi, etc.) sia quelle soggettive (connesse in particolare alla scelta tra un modello contrattuale subordinato e un modello diverso) possono trovare nelle riflessioni ponderate dei giudici (che intervengono *ex post*, sopra uno stato realmente patologico del rapporto) garanzia per un'aderenza ai principi e alle regole dell'ordinamento che è, potenzialmente, perfetta.

E' per questo che le "regole giurisprudenziali" sono meno soggette al problema della falsa rappresentazione della realtà di quanto non lo siano le norme legali e le fattispecie ivi considerate, ed è per questo stesso motivo che esse sono solitamente permeate di comune buon senso.

Non è, pertanto, affatto casuale che il **diritto casistico** sia un momento centrale del diritto del lavoro non solo nella common law ma anche nelle altre esperienze legali europee e nell'esperienza italiana in particolare, sebbene nel nostro Paese il più basso livello culturale in termini di legalità porti a considerarlo come un fenomeno negativo e a considerare l'incremento della competenza e del potere della magistratura come un derivato negativo oltre che un segnale di conflittualità.

L'ordinamento lavorista italiano fa in gran parte riferimento all'apporto dei Tribunali di merito e della Cassazione nel dare sostanza concreta ai molteplici precetti a contenuto generale.

Può anzi dirsi che nel diritto del lavoro, come in poche altre branche del diritto, l'ordinamento sia eminentemente di formazione giurisprudenziale; malgrado il sistema italiano non si fondi sulla regola dello *stare decisis* (ma si deve

considerare la imminente riforma del processo civile con la prevista necessità di attenersi alle decisioni già elaborate sulla stessa questione¹²), la normativa lavoristica può dirsi integrata in molti suoi istituti centrali dalla forza persuasiva di decisioni prese dalla Suprema Corte di Cassazione¹³.

La presenza di un numero massiccio di norme di matrice giurisprudenziale quale portato tipico della tradizione lavorista significa, che la materia contiene in sé un naturale strato di generalità e astrattezza il quale non può che andare di pari passo con un ruolo forte degli organi giudicanti: sono i giudici (come gli organi di conciliazione o gli arbitri) posti di fronte alla disfunzione o al conflitto nel caso concreto, che possono svolgere una funzione non solo regolatrice ma anche potenzialmente normativo-direttiva, che sia la più sostanziale e precisa, quindi, logicamente, anche la più giusta.

La presenza di molte norme a contenuto generico nell'ordinamento italiano preserva la necessaria flessibilità del sistema del diritto del lavoro e funge da garante al necessario ricorso ai principi di equità che sono l'anello di congiunzione tra le basi tecniche e politiche di un ordinamento e i suoi obiettivi di giustizia sostanziale.

Sul fronte del diritto del lavoro inglese la presenza di norme elastiche va di pari passo con la relativa scarsità di rimedi definibili, tecnicamente, di *equity*, rimedi che invece sono piuttosto fioriti là dove la struttura normativa è particolarmente rigida (come nel diritto immobiliare, per esempio)¹⁴. In particolare, abbiamo visto come anche il sistema di definizione del lavoro subordinato in Gran Bretagna sia un ambito storicamente non formalizzato, non costruito su definizioni legali né su precedenti rigidamente vincolanti, e ne è derivato un insieme di tendenze interpretative diverse, a volte contraddittorie, che sono però l'*humus* naturale e inevitabile, se vogliamo giusto, della definizione della subordinazione "a posteriori".

¹² Le sostanziali novità legislative per la modifica dell'art. 360 c.p.c., prossime ad essere introdotte nel nostro ordinamento a seguito dell'approvazione alla Camera del disegno di legge n. 1082 il 4 marzo 2009, collegato alla Finanziaria per il 2009, dispongono che (si veda in particolare l'art. 29 del d.l.) il ricorso in Cassazione sarà ritenuto ammissibile solo se il provvedimento impugnato abbia deciso le questioni di diritto in modo difforme da precedenti decisioni della stessa Corte, oppure quanto il ricorso abbia per oggetto una questione nuova o una questione sulla quale la Corte ritenga di doversi pronunciare per confermare o modificare il proprio orientamento ovvero quando esistano orientamenti contrastanti. Questo introduce di fatto un sistema operativo analogo a quello vigente in virtù del principio dello *stare decisis*, sebbene la riforma interessi i soli giudizi di legittimità e non l'intera giurisprudenza di merito.

¹³ Oltre al punto degli indici della subordinazione, si pensi a molti altri istituti portanti del diritto del lavoro come il regime della determinazione delle retribuzioni sufficienti e proporzionate ex art. 36 Cost. che la giurisprudenza della Cassazione ha collegato al livello retributivo dei contratti collettivi; si pensi alla specificazione delle legittime cause di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo ove non direttamente collegabili a fatti prestabiliti da codici disciplinari o dai contratti collettivi; si pensi al regime delle clausole giustificatrici del rapporto a tempo determinato; si pensi al regime del licenziamento disciplinare per i dirigenti; al regime del decorso della prescrizione in presenza di diverse tipologie contrattuali, o in presenza di una pluralità di contratti di lavoro a termine stipulati con lo stesso datore di lavoro etc.

¹⁴ Sui riferimenti all'*equity* si rimanda al paragrafo 1.7.

5.1.1 La qualificazione del contratto/rapporto

Nella sintesi che pone da un lato la fattispecie a priori (in astratto) e dall'altro lato la stessa fattispecie a posteriori (in rapporto alla fattispecie concreta) trova una collocazione apparentemente incerta il **processo di definizione del contratto operato dalle parti (qualificazione del rapporto *ex ante*)**.

Questa definizione della subordinazione si colloca infatti in un momento anteriore all'effettivo svolgimento del rapporto, che quindi può registrare solo in maniera parziale i fatti rilevanti. Come si è ripetuto, l'essenza del rapporto (dipendente o autonomo) attenendo alle modalità dinamiche dello svolgimento del lavoro stesso, non può che essere registrata in modo pieno e compiuto solo a posteriori, mentre a priori essa può essere registrata come una mera intenzione, come una volontà rispetto alla quale solo il futuro potrà dare concretezza di adesione.

Una cosa è la **qualificazione del rapporto/contratto**, da cui deriva il c.d. *nomen iuris* (sottratto alla libera disponibilità delle parti, che pertanto potrà essere rilevante, nella qualità di elemento probatorio documentale¹⁵, alla stregua di indizio nell'accertamento dei fatti che complessivamente integrano il rapporto di lavoro); un'altra cosa è il compiuto e pieno **voluto negoziale** (quest'ultimo sarà l'oggetto diretto della interpretazione da parte del giudice, e di questo oggetto il mero *nomen iuris* costituisce un elemento tra gli elementi).

La precisazione che qui si reitera è quindi quella per cui “le conseguenze giuridiche (gli effetti) del contratto non derivano direttamente dal volere (dichiarato) delle parti, bensì dal realizzarsi in concreto della fattispecie prevista dalla legge”¹⁶.

In altre parole il **processo di qualificazione del rapporto implica un giudizio di sussunzione nella fattispecie che è, e non può che essere, meramente ipotetico**.

Il processo di qualificazione pattizio può essere libero, e liberamente operato dai soggetti interessati, magari con l'ausilio di esperti (i privati possono non di meno, a tal fine, essere gravati da obblighi di informazione - è il caso degli obblighi previsti in capo al datore di lavoro, sia dalla legge italiana, sia dalla legge inglese), oppure può trattarsi di una qualificazione vincolata da un giudizio di “conformità” da parte di un organo competente e autorizzato (è il caso delle commissioni di certificazione istituite dalla riforma Biagi).

¹⁵ Il *nomen iuris* può anche non avere carattere documentale; in virtù del principio della libertà di forma del contratto di lavoro, principio valido anche nella tradizione inglese, esso può in teoria scaturire anche quale elemento dell'accordo orale.

¹⁶ M.BIAGI, M.TIRABOSCHI (2007) *Istituzioni di diritto del lavoro* IV ed., Giuffrè, 116.

5.2 Sulla definizione di subordinazione *ex post*: la giurisprudenza in Gran Bretagna¹⁷

Sia in Italia che in Gran Bretagna, ma vi sono studi che riportano risultati non dissimili negli altri Paesi¹⁸, la tradizione legale si è mossa, come visto, nel senso di non cristallizzare la definizione legislativa dello status di lavoratore dipendente, e di consentirne piuttosto una mobilità e una adattabilità, che pure si è sviluppata entro degli standard comuni a riscontro di una realtà fattuale dai tratti socio-economici assimilabili.

Se, da un lato, può dirsi che la subordinazione nel rapporto di lavoro abbia una accezione e un significato ontologico a livello socio-economico pacificamente riconoscibile nelle diverse esperienze, dall'altro lato è stata la giurisprudenza a farne emergere gli elementi di fatto (i c.d. indicatori) che rendono concreto questo significato e che gli conferiscono al tempo stesso rilevanza giuridica, collegandolo alle categorie legali che (in termini attributivi delle tutele o in termini definitivi delle rispettive situazioni giuridiche soggettive¹⁹) costituiscono l'ordinamento giuslavorista.

La migliore testimonianza della flessibilità del concetto giuridico di subordinazione è quindi rinvenibile nell'evoluzione degli indici giurisprudenziali rivelatori della subordinazione stessa.

Tanto nella tradizione italiana quanto in quella anglosassone l'interprete chiamato a giudicare della natura subordinata o autonoma della prestazione ha assunto come oggetto della sua indagine lo **svolgimento concreto della prestazione, la reale condotta tenuta dalle parti piuttosto che la lettera dei loro accordi formali.**

Il concetto di lavoro subordinato ha in altre parole assunto, tanto in Italia, quanto in Gran Bretagna, un significato giuridico inderogabile nel senso che alle parti non è lasciato di qualificare liberamente un rapporto come autonomo quando nella sostanza esso abbia i caratteri della subordinazione²⁰.

¹⁷ Le sentenze nonché gli atti legislativi richiamati nel testo sono liberamente accessibili dal sito <http://www.bailii.org> (link: *case law search & legislation search*).

¹⁸ Tra i tanti lo studio di S. ENGBLOM (2003) *Self employment and the personal scope of labour law. Comparative lessons from France, Italy, Sweden, United Kingdom and United States*. Istituto Europeo di Firenze, analizza lo sviluppo del concetto di lavoratore dipendente in Francia, Inghilterra, Stati Uniti e Svezia. Si vedano anche i numerosi rapporti dell'ILO, in particolare la Raccomandazione n. 198/2006, commentata da G. CASALE, *La qualificazione del rapporto di lavoro nella Raccomandazione n. 198/2006 dell'ILO*, in RIDL n.3/2007, 135, nonché *The Scope of the Employment Relationship – Report V to the 92th Session of the International Labour Conference* (2003).

¹⁹ In questi termini *cfr.* nel paragrafo precedente.

²⁰ Per riferimenti maggiori alla inderogabilità, ovvero alla indisponibilità del tipo contrattuale per quanto qui rileva, si rinvia al capitolo 1.

Il carattere inderogabile della nozione di lavoro subordinato ha del resto le sue implicazioni anche sul fronte della legislazione previdenziale e sul fronte della legislazione fiscale. Talvolta la giurisprudenza inglese, nell'indagine sulla natura del rapporto, ha utilizzato l'evidenza della **normativa fiscale e/o previdenziale applicata** alla stregua di un indice sussidiario rivelatore del lavoro dipendente, ma chiaramente considerare questo rilievo normativo come un fattore "determinante" (e non sussidiario) nella definizione della natura del rapporto, muovendo da una fuorviante confusione tra fattispecie in termini definitivi ed effetti giuridici connessi, significherebbe negare appunto il carattere inderogabile della normativa²¹.

Gli indici della subordinazione in Gran Bretagna saranno esaminati attraverso il richiamo delle decisioni più richiamate dalla dottrina²².

Nell'esperienza anglosassone gli indicatori della subordinazione possono essere fatti emergere ricorrendo a tre diverse tipologie di approccio:

- 1) da un lato c'è un **approccio di matrice formalista** che richiama gli indicatori del controllo (c.d. *control test*) dell'inserimento organizzativo (*integration test*) e del vincolo contrattuale reciproco (*mutuality of obligations test*);
- 2) dall'altro lato abbiamo un **approccio sostanzialista** che richiama il test sulla dipendenza effettiva in termini economici (*economic reality test*);
- 3) e infine, in mezzo, c'è l' **approccio misto**, quello che richiama, in diverso grado, sia i parametri di natura formalista sia quelli di natura sostanzialista.

Si nota che gli indici della subordinazione in Gran Bretagna emergono da delle "formule istruttorie-interrogative" quali introdotte dalle Corti, piuttosto che come elencazione di elementi di fatto come accade in Italia. Si tratta, è utile sottolinearlo al fine di una lettura più libera, di una differenza che deriva dalla diversa struttura del ragionamento giuridico anglosassone rispetto a quello continentale, ma che non determina una differenza sostanziale in termini di quelli che sono, o che possono essere, gli elementi di fatto caratterizzanti.

In Italia, notoriamente, si usa distinguere l'elemento giuridico/fattuale preminente della c.d. "etero direzione" rinvenibile nella fattispecie di cui all'art. 2094 c.c. (potere di controllo, disciplinare e direttivo in capo al datore di lavoro) da tutta una serie di indici che sono chiamati sussidiari o ausiliari

²¹ Sul piano della fattispecie dare un rilievo, pur sussidiario, alla normativa fiscale o previdenziale applicabile equivale a dare un rilievo al "*nomen iuris*".

²² Con l'avvertenza che la menzione di istituti tipici della tradizione lavorista inglese deve essere pesata nel suo peculiare contesto legislativo, al di là delle similitudini terminologiche.

(modalità di pagamento, orario di lavoro, proprietà dei mezzi di produzione e così via). In Gran Bretagna è accaduta una cosa simile, di cui ora andiamo a dare conto.

5.2.1 Il *control test*

Il *control test* già richiamato sopra²³, e' quello che in passato ha svolto il ruolo più determinante, quello usato di più nei casi di interpretazione incerta: esso trova origine in una giurisprudenza risalente, volta a distinguere i lavoratori manuali da quelli con competenze anche intellettuale e con responsabilità di livello superiore, pertanto in origine esso intendeva il controllo come forma di gestione fisica e spaziale sull'operato del dipendente, come generica condizione di "una persona soggetta alla direzione del proprio superiore quanto alle modalità in cui la prestazione deve essere resa"²⁴.

In principio si trattava perciò di un criterio finalizzato a risolvere una differenza interna alla categoria dei lavoratori dipendenti: il fine dell'indagine sul "*control*" era quello di applicare un diverso trattamento normativo in capo ai lavoratori manuali rispetto agli altri.

Successivamente i giudici hanno specificato il concetto del *control* alla stregua di un "potere di decidere cosa debba essere fatto, i mezzi per farlo, il tempo e il luogo in cui debba essere fatto"²⁵ assumendo così un significato più ampio che tendeva ad accertare una dipendenza anche in capo ai lavoratori intellettuali o comunque più qualificati.

Negli ultimi anni questo test e' stato utilizzato dalla giurisprudenza anche per far emergere dei rapporti di lavoro subordinati intercorrenti direttamente tra il lavoratore e l'impresa utilizzatrice, dove la formale interposizione di una agenzia di intermediazione poteva mascherare la realtà di una subordinazione diretta dietro a un contratto temporaneo/interinale.

In questo contesto l'indagine sulla subordinazione è stata mossa dalla necessità di individuare chi fosse il vero datore di lavoro, più che dalla necessità di distinguere il regime della dipendenza dal regime dell'autonomia: l'uso del test è stato mirato a scovare, per esempio, chi dovesse essere ritenuto responsabile di un eventuale recesso illegittimo, a fronte di un potere manageriale che

²³ Paragrafo 5.2.

²⁴ "A servant is a person who is subject to the command of his master as to the manner in which he shall do his work" in *Yewes v. Noakes* [1880].

²⁵ "Control includes the power of deciding the thing to be done, the means to be employed in doing it, the time and the place where it shall be done" in *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v. Minister for Pensions and National Insurance* [1968].

poteva essere talvolta rinvenuto in capo all'impresa utilizzatrice, talvolta in capo all'agenzia²⁶.

Il fatto che il potere direttivo, nelle nuove economie, abbia poi cominciato ad essere esercitato sempre meno in maniera personale e sempre più in maniera burocratica, pur non togliendo nulla alla sostanza concettuale del “*control*”, ha reso necessaria l'introduzione di criteri di indagine aggiuntivi, capaci di descrivere nel loro insieme una condizione di reale subordinazione rispetto all'impresa allargata o “a rete”. Diverse decisioni hanno infatti evidenziato come per molti lavoratori con competenze altamente qualificate l'accertamento di condizioni di controllo dirette e dettagliate possano essere fuorvianti e inadeguate²⁷.

Si può osservare come al concetto di *control* inglese sia accostabile un ampio concetto di eterodirezione secondo la terminologia propria del giurista italiano²⁸. Il potere direttivo, il potere disciplinare e il potere del controllo strettamente inteso possono essere considerati termini che il concetto di *control* abbraccia ampiamente, sebbene non possa trattarsi di una sovrapposizione perfetta.

5.2.2 L' *integration test*

Molto vicino al *control test*, tal volta definito come una sua specificazione, e' il c.d. *integration test*, il quale mira a scoprire il “grado di integrazione” del lavoratore nell'impresa, qualcosa che ricorda l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale cui talvolta ricorre la giurisprudenza italiana alla stregua di un indice sussidiario. In un caso del 1910, che riguardava un giocatore di football infortunato²⁹, la Corte intese la presenza del *control* in una dimensione concentrata sul controllo che il datore aveva avuto nell'organizzare il lavoro del giocatore (*the right to control the background agreement of the work* – dove e quando doveva svolgersi, diritto alle ferie etc.); e in quelle

²⁶ Nei casi *McMeechan v. Secretary of Employment* del 1997 e *Cairns v Visteon Uk Ltd* del 2007 il rapporto di lavoro è stato accertato, date le modalità del suo svolgimento, direttamente in capo all'agenzia. Per un confronto comparato sulla regolamentazione della somministrazione di lavoro si rinvia a M. TIRABOSCHI (a cura di) *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi, somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Giuffè Editore 2006, 125. Per la giurisprudenza italiana sulla distinzione tra appalto e interposizione si rinvia a Cass. 19 luglio 2005 n. 15166, oltre a Cass. 1 aprile 2005 n. 6820 sul divieto di intermediazione a seguito dell'introduzione della somministrazione di lavoro.

²⁷ E' quanto affermato in *Cable & Wire plc v Muscat* del 2006: il lavoratore era un tecnico delle comunicazioni, regolarmente assunto come dipendente, successivamente il suo contratto fu convertito in rapporto di lavoro autonomo.

²⁸ Nel caso *Lane v. Shire Roofing Co (Oxford Ltd)* del 1995 il controllo è presente in capo alla persona che dispone cosa debba essere fatto, il modo in cui deve essere fatto, i mezzi con i quali deve essere fatto, il tempo in cui deve essere fatto, che provvede sui membri del team di lavoro (cioè chi ingaggia e chi licenzia), e che provvede a fornire i materiali, gli spazi, le macchine e gli strumenti.

²⁹ *Walker v. Crystal Palace F.C.* [1910].

circostanze il fatto che il giocatore non avesse avuto la libertà di frequentare locali pubblici rese semplice l'accertamento di una subordinazione.

Questo test è stato utilizzato soprattutto per individuare la subordinazione in capo a manager e professionisti, il cui operare in modo autogestito e indipendente fa sì che siano determinanti e rivelatori i collegamenti all'organizzazione intesa come struttura complessa.

Questo test indaga se il lavoratore sia impiegato come parte del sistema produttivo, e se il suo lavoro sia svolto come parte integrante del sistema produttivo, mentre in un contratto di lavoro autonomo accade che il lavoro svolto, sebbene sia svolto per il sistema produttivo, non ne costituisce parte integrante, e si pone invece in maniera accessoria rispetto ad esso³⁰.

Ma il crescente ricorso da parte dei datori di lavoro alle tecniche dell'*outsourcing* hanno relegato questo tipo di indagine tra quelle meno efficaci, data la difficoltà di definire in questi casi il limite del complesso aziendale.

È stato del resto affermato che si tratta di un indicatore troppo generico nella sua dimensione quantitativa: “quanto”, ci si domanda infatti, deve essere integrato il lavoratore per potersi dire dipendente?

5.2.3 Il *mutuality of obligation test*

Un altro criterio di matrice formalista è quello chiamato della “*mutuality of obligation*” e si tratta di un indicatore esplicitamente contrattuale perché indaga proprio sull'esistenza dell'obbligazione reciproca: nel caso dato, cioè, i giudici si interrogano sul fatto “se esista una obbligazione reciproca tra i soggetti interessati nel rapporto di lavoro”.

È ovvio che un simile generico presupposto, in se e per se, non sarebbe in grado di distinguere un rapporto di lavoro subordinato da un rapporto di lavoro autonomo, essendo entrambi i rapporti basati su di una relazione sinallagmatica.

Non di meno, nel contesto di una relazione di lavoro, ove l'atteggiarsi delle reciproche obbligazioni si ponga non solo per il presente, ma anche verso il futuro e per un certo periodo di tempo, allora questo è un elemento in sé capace di rivelare un vero *employment contract* alla luce di una *mutual obligation of employment*. In altre parole, quando le parti hanno inteso la propria obbligazione reciproca non solo e non tanto in maniera istantanea, ma

³⁰ Stevenson Jordan & Harrison v. MacDonald & Evans [1952], che affermava “..under a contract of service a man is employed as part of the business and his work is done as an integral part for the business; whereas under a contract for service, his work, although done for the business, is not integrated into it but is only accessory to it”

riferita a un certo lasso di tempo, questo elemento è considerato indice di una relazione di lavoro dipendente di tipo tradizionale³¹.

Per fare un esempio chiarificatore, in un caso del 1983³² la situazione era quella di una compagnia alberghiera che utilizzava delle liste su cui i lavoratori usavano iscriversi e attestare lo svolgimento di servizi per gli alberghi della compagnia, allo scopo di essere poi selezionati, in qualità di lavoratori più assidui, nell'allocazione delle nuove offerte di lavoro; il fatto che la compagnia alberghiera assicurasse ai lavoratori "più assidui" la preferenza nell'allocazione delle offerte di lavoro, non fu ritenuto dalla corte alla stregua di un obbligo contrattuale, di una *mutual obligation*, e di conseguenza, quando la società cessò di offrire occasioni di lavoro, i lavoratori non ebbero diritto a vedersi attribuita la tutela contro il licenziamento ingiustificato.

Si tratta di un criterio di indagine che tende ad assegnare un rilievo determinante a fattori essenzialmente formali, trascurando fatti che non di meno potrebbero integrare una vera dipendenza economica tra le parti; questo giustifica il fatto che la *mutuality of obligation* viene solitamente considerata alla stregua di un fattore in se non decisivo, ma che piuttosto deve essere ponderato insieme 1) all'obbligo di svolgere la prestazione in maniera personale e insieme 2) all'obbligo del lavoratore di sottostare alle direttive e al controllo del datore.

Il test si è rivelato efficace soprattutto nel contesto dei ricorsi per la tutela contro il recesso illegittimo: sia che si tratti di licenziamenti individuali sia che si tratti di licenziamenti collettivi, i giudici conferiscono importanza al fatto che esista tra le parti un impegno reciproco a far perdurare il rapporto di lavoro per un certo lasso di tempo ("*the presence of mutual commitments to maintain the employment relationship over a period of time*"), dove il lavoratore si intende impegnato ad accettare ed a svolgere la prestazione, e dove il datore si intende impegnato a formulare la corrispondente offerta di lavoro.

Nella pratica esso ha giocato un ruolo determinante nel riconoscere (e spesso nel non riconoscere) le tutele ai lavoratori precari.

Molti lavoratori precari sono stati esclusi dal beneficio di appartenere all'area di tutela forte per la mancanza di una obbligazione reciproca sufficientemente duratura; altri invece sono stati inclusi, quando l'aspettativa di una offerta di lavoro continuata risultava supportata da elementi formali importanti³³.

³¹ Si vedano in particolare i casi di Carmichael v. National Power plc [2000]; O'Kelly v. Trusthouse Forte plc [1983].

³² O'Kelly v. Trusthouse Forte [1983].

³³ Si veda il caso Nethermere v. Gardiner [1984] dove la corte si è espressa nel senso di accertare la presenza di un vincolo obbligatorio rilevante in termini di subordinazione in capo ai lavoratori a domicilio, rispetto ai lavoratori che svolgono lo stesso lavoro in fabbrica, quando vi siano apprezzabili aspettative da parte dei primi alla continuità di un rapporto che deriva da commesse di lavoro spalmate su periodi di un anno e più.

Nel caso dei lavoratori interinali, uno dei contesti dove il problema della definizione del rapporto si è posto per la maggiore, è stato talvolta difficile individuare l'esistenza di un obbligo reciproco diretto tra datore e lavoratore, tuttavia la presenza di una implicita *mutual obligation* che operava di fatto tra imprese utilizzatrici e lavoratori ha consentito di attribuire le tutele (soprattutto quelle contro il licenziamento illegittimo) direttamente in capo all'utilizzatore. Un caso tipico in cui l'obbligazione dell'utilizzatore è stata accertata direttamente verso il datore è stato quello in cui il datore si impegnava a pagare una certa indennità di disponibilità³⁴.

Bisogna precisare che il maggiore contenzioso in punto di qualificazione del rapporto in Gran Bretagna ha riguardato proprio le relazioni che vedono coinvolta una agenzia di intermediazione.

Questo dipende da almeno due fattori: in primo luogo, il fattore più importante, il ricorso al lavoro interinale è aumentato in maniera molto forte, raggiungendo nel 2007 oltre il 7% della forza lavoro³⁵; in secondo luogo la nuova disciplina sui licenziamenti individuali ha ridotto il periodo minimo di durata che si richiede per poter accedere alla tutela (oggi è sufficiente aver lavorato un anno per poter ricorrere contro il licenziamento illegittimo)³⁶, il che rende più ampia la platea dei lavoratori a termine, anche assunti tramite agenzia, che possono muovere la corrispondente azione legale.

L'uso della *mutual obligation* come indicatore della subordinazione si è rivelato, si diceva, un argomento forte a favore della **estensione delle tutele ai contratti di lavoro di breve durata** in tutti quei casi i giudici abbiano potuto riscontrare un accordo "globale" tra i soggetti coinvolti in una serie discontinua di relazioni di lavoro, intessuta in modo tale da conferire il carattere dell'unitarietà a una relazione contrattuale di fatto discontinua³⁷.

In altre parole il quesito sulla *mutuality of obligation* ha fatto emergere come fenomeni unitari i c.d. *umbrella o universal contracts*, ovvero contratti che presiedono allo svolgimento di una serie ripetuta di contratti a tempo determinato tra le medesime parti. In queste situazioni, vale a dire nella situazione di successivi contratti a termine, le corti si sono poste l'interrogativo se debba trattarsi di una serie di singoli contratti, ciascuno indipendente l'uno

³⁴ Clark v. Oxfordshire Health Authority [1998].

³⁵ In questo senso di veda James v. London Borough of Greenwich del 2008, nonché G.PITT (2007) *Employment law*, 6th, 81.

³⁶ Sui presupposti in termini di "continuità del rapporto" per la concessione della tutela contro il licenziamento illegittimo si veda *infra* nel testo.

³⁷ Si esprime nel senso di riconoscere il rapporto di subordinazione anche in presenza di prestazioni discontinue la recente Cass. 7 gennaio 2009 n. 58: "Secondo questa Corte il detto vincolo non ha tra i suoi tratti caratteristici ed indefettibili la permanenza dell'obbligo del lavoratore di tenersi a disposizione del datore di lavoro, con la conseguenza che la scarsità e saltuarietà delle prestazioni rese da un lavoratore come cameriere ai tavoli di un ristorante non qualificano come autonomo il rapporto di lavoro (si veda anche Cass. 10 luglio 1999 n. 7304)".

dall'altro, o piuttosto di una serie di contratti svoltisi in virtù di un accordo espresso o implicito di mantenere il rapporto per il periodo complessivamente considerato. Si tratta dell'angolazione problematica corrispondente al tema dell'abuso di una pluralità di contratti a termine nel contesto italiano³⁸.

Qui è opportuno fare una parentesi ricordando che in Gran Bretagna il “regime forte di tutela” per i lavoratori dipendenti, tra cui quella contro il licenziamento, è agganciato, oltre che alla natura contrattuale adottata dalle parti (subordinata), anche all'ulteriore considerazione di un elemento di **continuità della relazione contrattuale**. Non basta un contatto di lavoro subordinato per avere le tutele forti, ma serve anche che questo sia perdurato per un certo periodo di tempo.

L'elemento della continuità si lega da un lato alla durata della prestazione, dall'altro lato al carattere della regolarità della prestazione sempre in termini temporali³⁹. In altre parole il rapporto di lavoro dipendente, per godere delle tutele forti, deve poter essere detto anche continuo.

L'elemento della continuità non può che essere verificato *ex post*⁴⁰.

Questo è un caso in cui l'approccio normativo della *case law* e il suo dedurre l'effetto giuridico necessariamente a posteriori, produce un effetto apprezzabile sotto il profilo sostanziale della garanzia e della tutela: produce una protezione differenziata a seconda dell'evolversi concreto della fattispecie.

Se l'indagine sulla *mutual obligation* ha senso nelle ipotesi in cui il diritto controverso sia connesso a una certa durata o alla continuità dell'impiego, può non avere alcuna rilevanza dove si tratti, per esempio, di diritti legati alla sicurezza e alla salute del lavoratore⁴¹, poichè la *ratio* di queste ultime diverse tutele è da considerarsi, ragionevolmente, indipendente dalla durata del rapporto.

³⁸ E nel caso della disciplina sulla reiterazione del contratto a termine è di particolare rilievo anche sostanziale la prospettiva di un processo normativo che si pone *ex ante* (nei termini del diritto codificato) rispetto al processo normativo che si pone *ex post* (nei termini del diritto casistico).

³⁹ Serve un anno di durata per beneficiare, attualmente, della legislazione contro il licenziamento ingiustificato, mentre due anni sono richiesti per avere l'indennità da licenziamento per motivi economici (Employment Rights Act 1996, sec. 108, 210). Serve un mese di lavoro continuo e regolare per avere diritto all'indennità di malattia (Employment Rights Act 1996 sec. 29 e 65). Dal punto di vista comparato è di rilievo la connessione delle tutele a una idea di continuità del rapporto di lavoro quale non si è ancora affermata in Italia, dove le protezioni tradizionali sono riconosciute solo al rapporto di lavoro subordinato che sia *ab origine* a tempo indeterminato.

⁴⁰ La giurisprudenza britannica tende ad escludere la prevalenza delle manifestazioni di volontà delle parti sull'assetto reale del rapporto di lavoro per come si è effettivamente svolto: un accordo mirato ad escludere a priori l'elemento di continuità sarebbe invalido, in tal senso si veda *Hanson v. Fashion Industries – Hartlepool – Ltd* [1980].

⁴¹ In questo senso si esprime la corte nel caso *Market Investigation Ltd v Minister of Social Security* del 1969, riguardante un infortunio sul lavoro: non aveva alcun rilievo, ai fini del riconoscimento di questa tutela, il fatto che non vi fosse la prova di un contratto di lavoro di tipo continuato.

Recentemente il criterio della *mutuality of obligation* ha ripreso quota nelle letture della giurisprudenza⁴² in una ottica di rivalutazione dell'elemento formalista, dopo una fase in cui i giudici avevano prediletto metri di valutazione più sostanziali (come l'*economic reality test* di cui si dirà *infra*).

A proposito del carattere "formalistico" della *mutuality of obligation* bisogna però fare una precisazione: la realtà di un obbligo perdurante e reciproco tra le parti può essere indagato sia come obbligo formalizzato, sia come obbligo che emerge alla luce dei fatti come espressione del voluto negoziale effettivo, e che quindi può esistere tra i soggetti anche come obbligo implicito (*implied term*)⁴³.

5.2.4 L' *economic reality test*

Per una indagine della dipendenza che miri a una verifica di tipo sostanzialista, si richiama invece il test della *economic reality*, un criterio di derivazione statunitense che solleva la seguente domanda: qual'è la condizione economica rilevante tra il lavoratore e il datore di lavoro?

Talvolta la realtà economica è stata indagata in termini di "sopportazione del rischio di impresa", ovvero i giudici inglesi hanno indagato se il rischio economico ricada sulla persona del lavoratore oppure no. Se il rischio d'impresa risulta di fatto patito dal lavoratore, egli sarà con tutta probabilità un lavoratore autonomo; viceversa, se il rischio di impresa ricade essenzialmente sulla parte datrice di lavoro, si tratterà di un lavoratore dipendente. Il fatto che la prestazione sia retribuita in parte in maniera variabile rispetto al profitto, non implica di per se' la presenza in capo al lavoratore del rischio economico. Lo svolgimento personale dell'attività, la proprietà dei mezzi utilizzati nella realizzazione del prodotto o del servizio, il livello di rischio finanziario assunto dal lavoratore, la partecipazione ai profitti, tutti questi elementi possono essere considerati per rispondere alla domanda se il lavoratore sia in posizione di gestire in prima persona il rischio d'impresa oppure no⁴⁴.

Ma la condizione economica rilevante non è stata indagata solo in termini di rischio di impresa.

Talvolta la realtà economica rilevante è stata considerata nei seguenti termini: "il lavoratore esegue i propri servizi nell'*interesse della propria attività*, o

⁴² Così S. DEAKIN - G.S. MORRIS (2005) *Labour Law*, Hartpublishing, 158.

⁴³ Per le "*implied terms*" si rinvia al paragrafo 3.5.2. Sul punto si veda anche, *infra*, James v London Borough of Greenwich del 2008.

⁴⁴ "What degree of financial risk he takes, what degree of responsibility for investment and management he has, and whether and how far he has an opportunity to profiting from sound management in the performance of his task."

nell'interesse di una attività di altri, quindi per riscontrare un risultato economico in ultima analisi altrui?⁴⁵".

Si tratta di una indagine che pertanto può andare evidentemente al di là della considerazione del rischio d'impresa, inteso strettamente in rapporto alla ripartizione dei costi e dei profitti, per andare a coprire, piuttosto, quella idea di *economic dependance* che vaglia la *situazione di subordinazione in termini di dipendenza socialmente apprezzabile del lavoratore dall'attività economica dell'imprenditore-datore di lavoro*⁴⁶.

Stando alle risultanze di questa indagine, un lavoratore che non abbia un'attività in proprio, che non sia quindi definibile come un imprenditore, ma che offra le proprie prestazioni a una pluralità di datori di lavoro in maniera tale da non essere economicamente dipendente da nessuno di essi, non potrà essere qualificato come un lavoratore subordinato⁴⁷.

E' in questo contesto giurisprudenziale che più spesso può essere incontrata la figura del c.d. *self-employed*, terminologia che, seppure debba essere considerata letteralmente come un sinonimo dell' *independent contractor*, nella pratica è stata attribuita a soggetti che svolgano nell'impresa un ruolo analogo a quello dei subordinati o dei collaboratori, quindi una sorta di figura intermedia tra l'*employee* e l' *independent contractor*. Il lavoratore, al di là delle forme di controllo, delle obbligazioni reciproche etc., sarà definito più o meno dipendente a seconda di come si pone rispetto al rischio di impresa.

Sulla base di questa indagine, lavoratori dotati di una forte autonomia gestionale, lavoratori professionali e magari con un elevato grado di competenza, oltre che certi lavoratori irregolari o occasionali che lavorino però per un datore di lavoro dal quale, e dall'attività del quale, siano economicamente dipendenti, data l'esclusività del rapporto, date le modalità di assunzione, date le circostanze del rapporto di fatto intercorrente, sono stati

⁴⁵ E' l'opinione di Cooke J. in *Market Investigations v Minister of social security* [1969], secondo cui la domanda che occorre porsi per riscontrare la presenza di un lavoratore autonomo o subordinato è: si tratta di una persona che si è impegnata a prestare la propria opera alla stregua di un investimento per il proprio giro d'affari, cioè, in ultima analisi alla stregua di una attività di tipo professionale/imprenditoriale? O si tratta, piuttosto, di una prestazione che si inserisce come fase e momento del giro d'affari e dell'impresa del datore di lavoro? Si tratta di una prospettiva di indagine che richiama, in parte, e nella sostanza, i contenuti della sentenza della Corte Costituzionale italiana del 12 febbraio 1996 n. 30, secondo cui la subordinazione è determinata dal concorso di due condizioni che negli altri casi non si trovano congiunte: l'alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata, e l'alienità all'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce".

⁴⁶ Cfr. *infra* *Byrne and brothers v Baird* [2002], *Consistent Group Ltd v Kalwak* [2007]; *Lane v. Shire Roofing Ltd* [1995].

⁴⁷ E' stato, per esempio, questo il caso *Hall v. Lorimer* [1994] in cui il convenuto era un tecnico esperto nel settore televisivo che aveva lavorato per circa 20 diverse compagnie sulla base di diversi contratti a termine relativi a diversi programmi; la corte ha ritenuto che egli non fosse un *employee* ma un *self employed*, quindi un lavoratore autonomo, in quanto tale tenuto a pagare le tasse secondo lo schema previsto per gli autonomi.

inquadri nella categoria di *employee* piuttosto che in quella di lavoratore autonomo.

5.2.5 Il *multifactor test*

Infine abbiamo il metodo di indagine misto (*multifactor test*)⁴⁸, in virtù del quale la dipendenza di un lavoratore viene accertata attraverso il ricorso a tutti questi test in maniera variabile a seconda del tipo di complessità qualificatoria che la fattispecie presenti. Un approccio multifattoriale determina che il giudice possa esercitare il proprio giudizio sopra un raggio più indefinito di elementi, e che il suo potere di indagine si esprima con una più evidente discrezionalità.

Con il metodo misto rilevano tutti i fattori possibili indicatori di una dipendenza: il tipo di direttive, le modalità di controllo della prestazione, le modalità di pagamento, la natura prevalentemente personale dello svolgimento della prestazione, il luogo della prestazione, le condizioni economiche e la condivisione dell'interesse economico, l'esclusività dell'obbligo lavorativo (monocommittenza), il grado di partecipazione finanziaria del lavoratore al rischio di impresa in termini di partecipazione agli utili e alle perdite. Anche la sola durata e continuità del rapporto di lavoro, in certi casi, è stata considerata alla stregua di un indicatore determinante della subordinazione⁴⁹.

Nel caso di un lavoratore specializzato, posto che il tipo di qualifica non può da sola costituire l'elemento determinante nel distinguere un lavoratore autonomo da un lavoratore dipendente, la prospettiva che è stata considerata è stata quella dell'utilità del servizio reso nelle prospettive di carriera professionale del singolo lavoratore⁵⁰.

Talvolta, anche degli elementi di diritto tipici quali la previsione di obblighi espressi o impliciti (obbligo di fedeltà, non concorrenza e così via) sono stati considerati, nella loro manifestazione a priori, degli indicatori della subordinazione, seppure non determinanti. Le differenze di trattamento normativo non sono, infatti, considerabili indicative, in se stesse, dello status del lavoratore⁵¹: il trattamento normativo, l'effetto giuridico, se connesso direttamente alla qualificazione formale del rapporto, in altre parole al *nomen*

⁴⁸ Emerge chiaramente in *Market Investigation Ltd v. Ministero f Social Security* [1969], secondo cui: “*The most that can be said is that control will no doubt always have to be considered, although it can no longer be regarded as the sole determining factor; and the factors which be of importance are such matters as whether the man performing the services provides his own equipment, whether he hires his own helpers, what degree of responsibility for investment and management he has, and whether and how far he ha san opportunity of profiting from sound management in the performance of his task*”.

⁴⁹ Si veda il caso *Airfix Footwear* [1978] in cui il lavoratore che aveva prestato servizio per sette anni cinque ore al giorno per il datore di lavoro, è stato ritenuto essere elemento rivelatore di un rapporto di subordinazione.

⁵⁰ E' stato il caso di *Hall v. Lorimer* [1993].

⁵¹ O *Kelly v. Trusthouse Forte Plc* [1984].

iuris che le parti gli abbiano conferito, non può essere considerato rilevante fintanto che si voglia garantire un regime inderogabile pattiziamente.

In un caso del 1996⁵² l'agenzia interinale, in virtù degli obblighi di informazione legalmente previsti, dovendo comunicare al lavoratore i termini del suo status, gli comunicò che si sarebbe trattato di un *self employed*, di un lavoratore autonomo; la Corte, alla luce dei fatti, concludeva che l'etichetta apposta dalle parti non poteva cambiare la natura reale di quel rapporto, quando la considerazione di tutti i fattori e degli elementi del caso potevano denunciare in maniera netta la presenza di un rapporto di tipo diverso.

Ciò non toglie che il *nomen iuris*, anche secondo la giurisprudenza inglese, possa essere di aiuto nell'interpretare i termini del rapporto in relazione a circostanze particolari. Per esempio, in un caso in cui le parti si erano accordate nel senso di qualificare il rapporto di lavoro come autonomo al fine specifico di evitare un regime fiscale più pesante, la corte ritenne che questo dato fosse da tener fermo nel senso della considerazione del rapporto come autonomo⁵³; parafrasando le parole riportate nella decisione, se un lavoratore si è accordato, *nel suo proprio interesse*, di optare per il regime del lavoro autonomo al fine di evitare un maggiore esborso all'erario, bilanciato da maggiori benefici previdenziali versati dal datore di lavoro, non può, poi, tornare indietro per rivendicare la natura subordinata del rapporto al fine di ottenere la tutela contro il licenziamento ingiustificato⁵⁴.

5.3 La casistica inglese; orientamenti in tema di indici rivelatori della subordinazione

Nella giurisprudenza trainante in tema di indici rivelatori di una subordinazione, la *preferenza per l'approccio misto*, imposta anche dalle dinamiche variegate del mercato del lavoro che impongono riletture variabili dell'inserimento in azienda, ha portato la dottrina a conclusioni inevitabilmente diverse sui dati che debbono considerarsi come indici maggiormente rivelatori⁵⁵.

⁵² *McMeechan v. Secretary of State for Employment* [1997].

⁵³ *Massey v. Crown Life Insurance* [1978].

⁵⁴ Il giudice Lord Danning riteneva : (il lavoratore) “*gets the benefit of it by avoiding tax deductions and getting his pension contributions returned. I do not see that he can come along afterwards and say it is something else in order to claim that he has been unfairly dismissed. Having made his bed as being 'self-employed', he must lie on it.*” Sui diversi regimi contributivi in Gran Bretagna si rimanda alla nota 3.5.6

⁵⁵ Si veda in questo senso anche G. CAVALIER (2006) *The concept of employment contract in the European Union private law*, *International and Comparative Law Quarterly* 55, 3, 587.

Del resto non si può parlare degli indici rivelatori della subordinazione senza accettare la frammentarietà del discorso sul fronte ermeneutico e interpretativo (che poi rispecchia lo stato dell'arte sulla questione della definizione, in termini concettuali, del rapporto di lavoro) il cui portato diretto è, ci sembra di capire, quello della necessità di un ripensamento delle categorie e dei criteri di valutazione anche a livello sovranazionale.

Alla luce delle premesse fatte sull'operazione definitoria della subordinazione, ovvero della necessità di tener presenti i diversi possibili fini che possono muoverla e che non di meno possono trovarsi sovrapposti nella fase operativa del diritto, è opportuno considerare la giurisprudenza non solo nella sua componente "massimata", cioè nei principi di diritto che questa sia stata via via capace di emancipare.

Questo limiterebbe l'analisi al livello dei concetti, cioè al piano puramente teorico-normativo.

E' piuttosto opportuno, nel riferirsi a un tema come quello della definizione della subordinazione, che implica aspetti e riflessioni di mero diritto, ma soprattutto giudizi di fatto e che quindi porta con sé sia i portati dell'interpretazione, sia i portati della qualificazione intesa in senso stretto, riferirsi in maniera non marginale (sebbene inevitabilmente incompleta) al contesto fattuale nel cui ambito le massime vengono enunciate e si trovano a essere sviluppate.

Le argomentazioni delle sentenze inglesi, dove i fatti sono al centro del ragionamento più che le categorie, sono solo apparentemente meno tecniche di quelle della tradizione continentale.

Esiste in quella tradizione l'imperativo di un costante continuo rinvio agli elementi di fatto che emergono non solo nel caso in esame, ma anche nei casi che costituiscono (o che, più correttamente, possono costituire) una autorità vincolante per il caso in esame.

I giudici considerano in primo luogo le circostanze fattuali specifiche, in maniera depurata dai preconcetti tipici della tipizzazione legale e scevra dalla naturale tendenza intellettuale dei giuristi di civil law a ricondurre la fattispecie nell'alveo del suo corrispondente astratto (processo di sussunzione).

In secondo luogo i giudici inglesi, avendo il compito di ricondurre il caso, non a una data fattispecie astratta, ma appunto a enunciazioni relative a casi precedenti, che muovono a loro volta da una diversa situazione concreta, hanno il doppio vincolo di rapportarsi alla legge - *case law* - (puramente e astrattamente considerata) e alle circostanze concrete che l'hanno determinata nei termini e nelle sfumature che essi intendano adattare al caso in esame (sostanzialmente si verifica un vincolo argomentativo sia alla fattispecie astratta che a quella concreta).

Questo **continuo dialogo tra realtà prettamente giuridica e realtà fattuale** rende le argomentazioni più riflessive e articolate, e consente una “permeabilità al ragionamento equitativo” che diventa così una parte centrale e determinante in ogni decisione, mentre la stessa componente equitativa trova una considerazione più marginale e vincolata nel ragionamento del giudice di *civil law*⁵⁶.

Il tema dell'inquadramento del rapporto di lavoro è del resto uno degli ambiti in cui l'approccio anglosassone trova molteplici affinità con l'approccio continentale, dove il giurista deve prendere atto della naturale difficoltà di descrivere la fattispecie del rapporto di lavoro (mobile e riferita a condizioni sociologiche ed economiche spesso sfumate) per conmetterla a termini astratti predefiniti.

Alla luce di queste considerazioni, al fine di dare conto anche delle rilevate differenze metodologiche nell'interpretazione, si riportano alcuni frammenti della giurisprudenza inglese.

Tra le sentenze più citate in punto di distinzione del rapporto di lavoro subordinato dal lavoro autonomo troviamo la **Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v Minister of Pensions and National Insurance** del 1968. E' la decisione cui viene attribuito il merito di aver individuato gli elementi di base in presenza dei quali si può parlare, ancor prima che di un contratto di lavoro dipendente, di un *employment contract*, categoria che notoriamente comprende non solo il lavoro strettamente subordinato ma anche una collaborazione con l'impresa in termini più generici e ampi⁵⁷.

La fattispecie presentava il caso di un lavoratore impiegato come autista per il trasporto di materiale edile dalla casa di produzione al luogo di distribuzione; il servizio di trasporto era stato, da anni, organizzato dalla società in maniera autonoma e indipendente rispetto alle unità di produzione. L'autista era proprietario del mezzo di trasporto, che usava per lavorare e per il quale doveva pagare la manutenzione e i costi di carburante; aveva una relativa autonomia nell'organizzare il proprio periodo feriale, compatibilmente con la necessità di garantire la fornitura del servizio e quindi con l'obbligo di coordinarsi con gli altri collaboratori; il datore di lavoro non impartiva alcuna direttiva, fatta eccezione per la condizione di garantire il trasporto quotidiano dalla casa di produzione al luogo di distribuzione; era sempre stata tra le intenzioni dichiarate dalle parti quella di considerare lo svolgimento di queste competenze in un regime di autonomia (*independent contracting*). Ebbene la corte aveva precisato che vi sono almeno tre condizioni che devono essere

⁵⁶ Si ricorda che in Italia l'argomento equitativo in via giudiziaria è consentito essenzialmente in via residuale ed integrativa.

⁵⁷ Essenzialmente l'*employment contract* esclude le prestazioni di servizi e le attività imprenditoriali. Si rinvia al paragrafo 1.3.1.

riscontrate nell'accertare la presenza di un contratto di lavoro subordinato (*contract of service*):

- 1) il lavoratore deve aver accettato che, come contropartita di un salario o di un altro tipo di remunerazione, svolgerà il proprio lavoro ed eserciterà le proprie competenze a favore del datore di lavoro;
- 2) il lavoratore deve aver accettato, espressamente o implicitamente, di sottostare al potere di controllo del datore di lavoro in un grado sufficiente da ritenersi dipendente di quel datore; qui la Corte ha chiarito di doversi far riferimento non tanto alla possibile supervisione dell'attività, quanto piuttosto alla presenza di una autorità esercitata direttamente *sulla persona del lavoratore alle prese con l'esercizio delle proprie competenze*.
- 3) Infine, occorre che le altre disposizioni del contratto di lavoro siano compatibili con l'essenza del rapporto di lavoro subordinato; la Corte ha precisato che per disposizioni incompatibili con la subordinazione devono intendersi delle disposizioni contrattuali che, *nel loro insieme*, siano in contrasto con la natura del rapporto di lavoro subordinato.

Nelle conclusioni la Corte affermava che, in quel caso, la qualificazione pattizia del rapporto come di lavoro autonomo aveva trovato riscontro nella fattispecie come praticata, e che doveva pertanto descriversi come lavoro genuinamente autonomo.

Tra le sentenze recenti, una delle più richiamate dalla dottrina è la **Cable & Wireless plc v Muscat** del 2006, nel contesto della quale la Corte ha rinvenuto la subordinazione in presenza di due requisiti tradizionali quali:

- 1) l'obbligo di fornire lavoro contro un corrispettivo e il corrispondente obbligo di svolgere quel lavoro (*mutuality of obligation*)
- 2) sotto un potere direttivo esercitato dal datore (*control*).

Il caso era quello di uno specialista in telecomunicazioni, assunto nel 2001 come lavoratore dipendente, ed al quale fu proposto nello stesso anno di continuare a lavorare per la società come *independent contractor*; così egli fu licenziato e immediatamente riassunto come lavoratore autonomo, cominciando a essere responsabile per i propri contributi previdenziali e fiscali e percependo dalla società uno stipendio relativamente maggiorato in considerazione di questo diverso trattamento. La società si rifiutava di pagare direttamente il lavoratore e sostanzialmente lo metteva nella condizione di trattare con una agenzia di intermediazione. Il contratto formulato con l'agenzia prevedeva un rapporto di lavoro autonomo; esso precisava che quello stesso documento costituiva, insieme al modulo di lavoro, l'intera base contrattuale tra l'agenzia e il libero professionista, mentre non avrebbero

dovuto essere riconosciuti come validi altri accordi né scritti né orali; ma dopo la stipula del contratto, il solo ruolo che residuava in capo all'agenzia rimase quello di pagare mensilmente le fatture del lavoratore. Nel dicembre del 2002 il lavoratore vedeva interrompersi il rapporto con la società utilizzatrice, e muoveva un giudizio per ottenere la tutela contro il licenziamento. Al momento del licenziamento, avvenuto ad opera dell'agenzia, il lavoratore ricorreva al Tribunale per vedersi accertato il diritto ai danni della società utilizzatrice, che pur asseriva di non aver più esercitato alcun controllo diretto sul prestatore di lavoro⁵⁸.

In quella occasione la Corte aveva fatto riferimento al *mutuality of obligation test* per affermare che esisteva un implicito contratto per la fornitura di lavoro direttamente tra il lavoratore e la società che lo utilizzava⁵⁹. La corte aveva chiarito che, malgrado il pagamento dello stipendio avvenisse tramite agenzia, questo elemento da solo non era tale da escludere una responsabilità della società per l'ipotesi di un licenziamento illegittimo. La “mutua obbligazione di fornire lavoro” veniva accertata anche secondo un giudizio ipotetico, affermandosi che il rapporto con l'agenzia non inciderebbe sul rapporto sostanziale esistente tra l'utilizzatore *ex datore* di lavoro diretto e il dipendente, poiché la sola cosa che era cambiata era la forma di pagamento e che pertanto, all'ipotetico venir meno dell'agenzia, il rapporto di lavoro sarebbe non di meno rimasto in piedi.

A bene vedere, da un punto di vista comparato, si tratta di una tecnica argomentativa che, ricorrendo al concetto di implicita obbligazione reciproca, di fatto rinforza le tutele contro il licenziamento (coinvolgendo la responsabilità dell'utilizzatore in luogo di quella dell'agenzia) *secondo un processo normativo che si genera a posteriori*.

Una sentenza importante nel processo mirato a definire (e tutelare) anche un tipo di subordinazione attenuata, nella necessità di disciplinare il fenomeno in espansione della c.d. parasubordinazione, è stata la **Byrne & Brothers v Baird** del 2002, che nel distinguere la tutela del *worker* da quella dell'*employee* ha fatto non di meno riferimento a un mix tra i test tradizionali della *mutuality of obligation*, del *control* e della *economic reality*.

Si trattava di un gruppo di lavoratori che avevano lavorato nel settore edile come operai. Il contratto esplicitava che i lavoratori non avevano diritti in

⁵⁸ In particolare i giudici hanno individuato nel rapporto tra la ditta e il lavoratore una subordinazione implicita, richiamandosi in particolare alla teoria della *mutuality of obligation* (per la quale si veda *infra*) che così veniva richiamata: “*If the agency had ceased to function, that would not have brought the relationship between the claimant and the appellants to an end. Their mutual obligations to each other would have continued and the appellants would either have to pay him themselves or make some other arrangements for payment*”.

⁵⁹ “*We do not think that ‘choice’ is an important factor when deciding whether it is necessary to infer the existence of an employment contract in order to give business reality to the arrangements in operation or to create enforceable obligations in circumstances where one would expect to find that they exist*”.

termini di ferie remunerate, trattamento di malattia, o trattamenti pensionistici e che erano liberi di ingaggiare altri lavoratori alla stregua di propri sostituti. I lavoratori erano soggetti al controllo del datore di lavoro in merito al cosa, come e quando fare il lavoro, ed erano pagati su base oraria, ovvero a tempo, piuttosto che in rapporto ai risultati. I lavoratori chiesero che fosse riconosciuta la loro qualità di *workers* al fine di beneficiare del trattamento di ferie previsto per il periodo natalizio che la legge riconosce⁶⁰ non solo ai lavoratori dipendenti ma in generale ai “lavoratori – *workers*”⁶¹.

Il fine politico perseguito nel riferire a tutti i “lavoratori”, e non solo agli *employee*, il diritto alle ferie remunerate e gli altri diritti previsti dalla legge in materia di limiti all’orario di lavoro, non può che essere quello di proteggere dei soggetti che si trovino, nel rapporto diretto con l’imprenditore, in una situazione di soggezione analoga (sebbene moderata) rispetto a quella patita dai lavoratori dipendenti tradizionalmente considerati. Ne segue che il concetto di *worker* deve assumere il significato di un soggetto che lavori in una condizione di dipendenza sostanziale ed economica simile al lavoratore subordinato⁶².

La questione della subordinazione era allora stata posta nei seguenti termini: può dirsi presente in capo ai lavoratori nella fattispecie concreta un obbligo di eseguire personalmente la propria prestazione (tale da implicare una subordinazione personale all’impresa) e può dirsi, in oltre, che quei lavoratori non fossero né imprenditori né liberi professionisti?

Al primo quesito i giudici hanno risposto riferendosi a una massima di esperienza, ovvero alla considerazione che, nel settore edile, quando a un operaio venga richiesto di lavorare in un certo contesto dell’impresa, l’accordo che si sottintende è quello per cui i compiti assegnati dovranno essere eseguiti con lavoro prevalentemente personale piuttosto che delegato⁶³. Del resto, hanno aggiunto i giudici, la clausola specifica concernente la “possibilità” di usare lavoranti aggiuntivi o di farsi sostituire, dà la percezione che la “regola” sia piuttosto quella che il lavoro debba essere svolto in prima persona dal lavoratore assunto, e che quella possibilità di sostituzione sia considerabile in

⁶⁰ Working Time Regulations 1998, come emendata nel 2003 (reperibile sul sito www.bailii.org).

⁶¹ Si deve qui ricordare il processo di evoluzione legale e giurisprudenziale che ha visto far confluire la categoria della parasubordinazione nella figura onnicomprensiva del “*worker*” si rinvia al paragrafo 4.2

⁶² “*The policy behind the inclusion of limb b) [ovvero il riferimento ai workers nella normativa in oggetto] can only have been to extend the protection accorded by the Working Time regulations to workers who are in the same need of that type of protection as employees in the strict sense – workers that is, who are viewed as liable, whatever their formal employment status, to be required to work excessive hours. The reason why employees were thought to need protection is that they are in a subordinate and dependent position vis a vis their employers. The purpose of regulation (...) is to extend protection to workers who are, substantively and economically, in the same position.*”

⁶³ “*As a matter of common sense and common experience, when an individual carpenter or laborer is offered work on a building site, the understanding of both parties is that it is he personally will be attending to do the work*”.

via di eccezione⁶⁴. La regola quindi può dirsi essere quella per cui, in circostanze analoghe a quelle della fattispecie in esame, una limitata deroga all'obbligo di svolgere personalmente la prestazione lavorativa tipica del rapporto di *employment* sia coerente con la personalità del contratto di questo contratto⁶⁵.

La valutazione da fare per discernere se effettivamente si tratti di un *worker* piuttosto che di un libero professionista o di un imprenditore è la stessa che deve essere fatta nel discernere tra *employee* e *self employed*, sebbene si dovrà qui seguire la logica di un “giudizio attenuato”. Si tratta di una questione, si legge nella sentenza, non realisticamente risolvibile in astratto da un giudice, ma che deve piuttosto risolversi sulla base di una cognizione piena dei fatti ritenuti rilevanti (e che pone la parallela questione di diritto sul piano degli effetti).

La sentenza pone quindi la valutazione della subordinazione in termini di *policy*⁶⁶: essa muove da una considerazione degli effetti (di tutela giuridica) che il legislatore si propone di realizzare, per interpretare i fatti⁶⁷.

Più precisamente la sentenza considera i due requisiti della *mutuality of obligation* e del *control* come una condizione preliminare alla considerazione del terzo requisito (la realtà economica), che appare costituire qui il test più significativa nella scoperta della condizione di “dipendenza economica”, cioè di una dipendenza che si rileva in termini sostanziali.

La dottrina⁶⁸ non ha mancato di criticare un difetto di pesatura di questi tre elementi, dove il conferire un rilievo ‘preliminare’ alla *mutuality of obligation* rischia di privilegiare aspetti formali a dispetto dell'accertamento della dipendenza economica reale. Una simile critica, che mira a ridimensionare il requisito della *mutuality of obligation* in favore dello *economic reality test*, ha il merito di implicare, in prospettiva una effettiva redistribuzione delle tutele

⁶⁴ “We agree that the clause, which concerns the use of additional or substitute labour, only makes sense against the background of an understanding that, subject to its provisions, the services are to be provided by the subcontractor personally”.

⁶⁵ “It is of course a matter of assessment in relation to any given contract whether such a delegation as may be permitted means that the contract cannot be regarded as a contract of service”.

⁶⁶ Sull'approccio in termini di *policy* e di *purposive interpretation* si veda meglio *infra*.

⁶⁷ “Ultimately, the question ‘worker or business undertaking has, like the question employee or self-employed, to be decided as a matter of informed impression. It is unrealistic to expect every ingredient to be nicely spelt out and measured in a tribunal’s reasons. That analysis assumes that the issue is one of fact rather than pure law. In our view that must be the correct approach. It is true that when characterization of a contract as a contract of service or a contract for service depends wholly on the construction of a written document, the issue will be one of law. But in the more typical case where the characterization depends not on the meaning of the written contract but on the kind of multifactorial assessment familiar from a long line of authorities from *Mixed Concrete* onwards, the exercise is one of mixed fact and law and reviewable only on *Edwards v Bairstow* principles”.

⁶⁸ G. DAVIDOV (2005) *Who is a Worker?* ILJ, 34, 57.

(non certo di tutte le tutele) in base ad una considerazione del rapporto sostanziale (rilevante cioè in termini economici).

Molte decisioni, soprattutto estrapolate nel contenzioso che vede coinvolte le agenzie interinali, ma non solo, mirano a sottolineare il carattere personale dello svolgimento della prestazione come carattere determinante del rapporto di lavoro subordinato (più che il controllo del datore di lavoro) in un senso che vede compresa, cioè, anche la collaborazione.

In dettaglio, la **James v London Borough of Greenwich** del 2008⁶⁹ ha fornito una matrice di sintesi in materia di status del lavoratore, affermando che può esistere un “rapporto di lavoro” in presenza di:

- 1) una obbligazione reciproca (*mutuality of obligation*),
concernente
- 2) una prestazione personale di lavoro (*service personally provided by the worker*)⁷⁰.
- 3) un controllo sulla prestazione del lavoro (*control*).

Si stabilisce che, anche in assenza di uno di questi elementi, un *employment contract* come tale distinto dalla mera prestazione di servizi e dall’esercizio di una attività imprenditoriale, può essere rilevato presente se dalla considerazione di tutte le circostanze del caso, e alla luce di una applicazione di una indagine multifattoriale, la realtà della situazione ne mostri l’essenza.

La sentenza afferma come sia non realistico stabilire a priori una perfetta previsione degli elementi che concretizzano l’essenza della categoria di *employee* e che il tipo di giudizio che si richiede, in merito, implica un margine di discrezionalità rispetto al quale non si potrà parlare di errore di diritto/motivazione, soprattutto perché nella maggior parte dei casi il giudice si trova a dover decidere in una situazione in cui gli elementi istruttori sono insufficienti a dare il quadro reale del caso.

La fattispecie concreta presentava la situazione di una assistente sociale che aveva in primo luogo lavorato come dipendente a tempo indeterminato per un ente di accoglienza per minori, e che dopo meno di un anno si era dimessa. Dopo qualche anno, nel 2001, veniva assunta da una agenzia che le assegnava

⁶⁹James v. London Borough of Greenwich afferma che: “*Some mutual irreducible minimum obligations relate to the provision of, or payment for, work which must be personally provided by the worker; there be a contract in the employment field; if the nature and extent of control is sufficient, it will be a contract of employment*”.

⁷⁰ In pratica sono due le questioni che il punto dello svolgimento personale della prestazione implica di considerare: da un lato se il lavoratore abbia o meno il diritto di farsi sostituire da una terza persona, e se il datore di lavoro abbia o meno un potere di approvare o disapprovare la scelta di questo sostituto. Nel caso citato di Ready Mixed Concrete, la Corte ritenne che, sebbene in linea di principio il potere di fare eseguire la prestazione di lavoro da una terza persona sia incoerente con l’essenza di un rapporto di lavoro subordinato (*contract of service*), non di meno una delegazione in tal senso, può, occasionalmente, non essere altrettanto incoerente. In un caso successivo, Express Echo Publication v. Tanton [1999], la corte ritenne che il rapporto di lavoro in esame mancava di prevedere un obbligo di eseguire personalmente l’obbligazione, dal momento che si concepiva la possibilità per il lavoratore di trovare un sostituto non solo nei casi in cui egli non avesse potuto, ma anche quando non avesse voluto.

mansioni presso lo stesso ente. Il codice di buone pratiche dell'ente⁷¹ affermava di non intendere utilizzare lavoratori "interinali" in virtù del più alto costo della somministrazione, salvo casi di particolare necessità e/o urgenza. Il potere disciplinare e di controllo era esercitato dall'ente, ma quest'ultimo aveva eccepito davanti alla Corte di non avere alcun obbligo diretto verso la lavoratrice. Successivamente la lavoratrice fu assunta da una nuova agenzia di somministrazione che le assegnò la stessa posizione nel contesto dello stesso ente. Si trattava di un accordo che descriveva una prestazione di lavoro autonomo. Il codice di buone pratiche dell'ente non prevedeva l'applicazione del trattamento di malattia né del trattamento feriale, cosa che invece spettava ai soli dipendenti. La lavoratrice si era poi ammalata per circa un mese nel 2004, notificando il suo stato di malattia all'agenzia di lavoro. L'ente aveva pertanto sostituito la lavoratrice con un'altra anch'essa assunta dalla stessa agenzia interinale. Al momento del rientro la sua posizione era stata oggetto di discussione anche con i rappresentanti sindacali, ma a questo non era seguita alcuna decisione. La lavoratrice proponeva pertanto un ricorso per licenziamento illegittimo contro l'ente, che si difendeva affermando che non si trattava di una propria dipendente. La questione in oggetto era, allora, non tanto se fosse stata o meno presente una *mutual obligation*, una obbligazione reciproca tra utilizzatore e lavoratrice, ma, più precisamente, se fosse necessario ritenere implicita una *mutual obligation* nelle circostanze del caso dato, circostanze che evidenziavano, in questo senso, la mera durata del rapporto. L'innovazione legata a questa sentenza, che ha negato il rapporto di dipendenza tra la lavoratrice e l'ente, è essenzialmente quella di aver ritenuto che la mera durata del rapporto di lavoro non sia un elemento in sé sufficiente da far presupporre l'implicita presenza di un rapporto di lavoro dipendente tra l'utilizzatore e il lavoratore.

Per quanto riguarda l'aspetto della qualificazione del rapporto come operata dalle parti, può essere richiamata la sentenza **Carmichael v National Powers plc** [2000]. Il caso era stato quello di un paio di lavoratrici assunte nella qualità di guide turistiche, a tempo parziale. In particolare l'accordo scritto recitava che il servizio sarebbe stato reso su base occasionale con pagamento a ora ("*employment will be on a casual as required basis and payment will be at the rate of per hour*"). Il punto controverso era se le lavoratrici avessero o meno diritti di informazione scritta (*written statement*) circa le condizioni particolari del loro impiego ai sensi della sezione I dell'Employment Rights Act del 1996, diritto riconosciuto ai lavoratori dipendenti. Il Tribunale di primo grado aveva ritenuto che il servizio fosse stato reso nell'assenza di una *mutuality of obligation*, nel senso che, nei periodi di non servizio, l'impresa

⁷¹ La valenza normativa di questi codici di buone pratiche rientra nel potere organizzativo del datore di lavoro, ed in tal senso si differenzia dai codici di buone pratiche emesse invece da organismi parastatali come l'Advisory Conciliation and Arbitration System (sul sistema delle fonti si rimanda al paragrafo 3.5.4).

non era obbligata a fornire lavoro né altro ai lavoratori in questione. Di fatto il rapporto di lavoro si era svolto sulla base di una serie ripetuta di accordi *ad hoc*, ciascuno dei quali integranti un singolo contratto di lavoro. Il Tribunale aveva dedotto la natura del rapporto, occasionale invece che regolare, in base alla documentazione che le parti si erano scambiate prima dell'inizio del rapporto di lavoro. La questione circa lo status delle lavoratrici si era posta, in altre parole, in termini di quale rilevanza dare a quella documentazione⁷²; questo poneva la considerazione preliminare di quale natura attribuire alle dichiarazioni documentali⁷³; la Corte d'Appello ritenne che la considerazione dei documenti fosse da considerarsi alla stregua di una questione di fatto, poichè ritenne che quei documenti costituissero l'intero raggio delle espressioni di volontà da parte dei soggetti coinvolti (e che quindi non vi fossero accordi verbali ulteriori, nè una condotta difforme a quei documenti); del resto la specifica questione se le parti avessero consapevolmente voluto delegare a un certo documento, o a più documenti, la rispettiva volontà di restringere così la propria manifestazione di volontà contrattuale era stata a sua volta considerata come una questione di fatto, indagata come tale⁷⁴.

In un caso più recente, **Consistent Group Ltd v Kalwak** del 2007, i giudici hanno trattato della situazione che ha interessato un gruppo di lavoratori di origine polacca assunti da un'agenzia interinale e richiesti di lavorare con mansioni di tipo operativo per un'impresa nel settore dei servizi.

Il contratto li definiva come “*self employed subcontractors' contract for services*” e riportava una formula ricorrente nei contratti inglesi quale “*not entitled to any fringe benefits such as sick pay, holiday pay or pension rights*”; si tratta di una formula che, tradotta nel linguaggio giuridico che muove dalla prospettiva delle tutele, ricalca nella sostanza la formula italiana “con esclusione di ogni vincolo di subordinazione” (propria invece del linguaggio mosso dalla prospettiva categorico-dogmatica della fattispecie, e che nei contratti italiani ha il fine preciso di negare le tutele previste per il lavoro subordinato).

Anche in questo caso la previsione contrattuale riportava la possibilità per i lavoratori di farsi sostituire, in caso di impossibilità, da altre persone di cui il

⁷² “Ogni fatto storico, per esempio un discorso fissato in un documento, acquista un'efficacia ulteriore in quanto si inserisce in una concatenazione di determinazioni storiche, le quali conservano il passato nella forma della tradizione, e in pari tempo si proiettano nel futuro predisponendo le condizioni per accadimenti successivi” così si esprime sul punto L.MENGGONI (1996) in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 3.

⁷³ Se si fosse trattato di una questione di fatto l'impugnazione non sarebbe stata procedibile, secondo il regime delle preclusioni processuali vigente in Gran Bretagna, non dissimilmente dal regime di impugnazione per cassazione italiano.

⁷⁴ La House of Lords concludeva che il Tribunale di prima istanza aveva giustamente verificato la questione di fatto, essendosi trattato di una volontà non smentita da alcuna contraria manifestazione di volontà come riconducibile alle parti, sia nella loro condotta sia nelle loro conversazioni.

lavoratore avrebbe dovuto garantire la competenza professionale⁷⁵. Il Tribunale affermava che se la realtà della situazione era quella in cui nessuno si aspettava seriamente che il lavoratore fosse libero di cercare un sostituto perché operasse al posto suo, allora il fatto della clausola contrattuale sulla sostituibilità non avrebbe alterato la vera natura della relazione⁷⁶.

Il contratto descriveva un impegno da parte del lavoratore di fornire la prestazione su base occasionale, previo preavviso. Il tribunale ha quindi dovuto chiedersi se, piuttosto, anche per i periodi di non lavoro, si potesse parlare di un *overall umbrella contract* a presidio della serie di ingaggi (*mutuality of obligation*). Il contratto prevedeva una clausola in virtù della quale il lavoratore poteva prestare la propria opera anche a favore di altri⁷⁷, a patto che questo non creasse una situazione di conflitto o di incompatibilità rispetto all'obbligo di rispettare gli impegni presi con quella agenzia. Da questa circostanza il Tribunale ha derivato la realtà di una dipendenza economica non trascurabile dei lavoratori verso l'agenzia, aggravata dal presupposto fattuale che l'agenzia aveva fornito un alloggio e quindi una sistemazione abitativa per i lavoratori, i quali erano venuti appositamente dalla Polonia motivati da questa occasione di lavoro⁷⁸.

5.4 La c.d. *purposive interpretation*: interpretazione della natura del rapporto orientata alla *ratio* della singola tutela legale

In Italia gli elementi della subordinazione sono rinvenuti dalla giurisprudenza (all'esito del processo sussuntivo - tipologico) prevalentemente in termini di fatti comprovanti la c.d. **etero-direzione**, quale **desunta dall'art. 2094 c.c.**, il che significa che l'interpretazione della natura del rapporto di lavoro viene essenzialmente connessa al preliminare rinvenimento del fattore tipizzante esclusivo della etero direzione. Notoriamente, come già ricordato, suppliscono nei casi più incerti i vari "fattori sussidiari", tra cui anche il *nomen iuris*.

La vera problematicità del rilevamento della natura del rapporto *ex post* sta, appunto, nella mancanza di criteri uniformi nel dare peso a questi diversi

⁷⁵ "If he cannot, he shall inform (the agency) and shall ensure that the services are performed by the personnel whom the sub-contractor warrants and under take will be competent, suitable and sufficiently experienced".

⁷⁶ "If the reality of the situation is that no-one seriously expects that a worker will seek to provide a substitute, or refuse the work offered, the fact that the contract expressly provides for these unrealistic possibilities will not alter the true nature of the relationship".

⁷⁷ "The sub-contractor may provide services to any other person if, in the (agency) reasonable opinion there is no conflict with or circumvention of the sub-contractor's ability to provide service for (the agency) or to clients".

⁷⁸ "But I noted the frequency with which (the agency) in the documents sought to emphasize the absence of rights (holiday pay, fringe benefits, the right to complain on unfair dismissal. These were their real concern. They in practice retained a firm measure of effective control over the claimants working lives. They told them when and where they had to work, they might denied them days off, they provided them with transport and accommodation..."

indici, nella mancanza, cioè, di direzioni di lettura di quello che appare come un fenomeno fattuale complesso, che come tale assume nella realtà forme e strutture diverse.

E' un dato comune nella civil law e nella common law quello dell'aver dato un rilievo centrale al fatto del potere direttivo come esercitato dal datore di lavoro, che nella tradizione italiana si traduce in una lettura della subordinazione in termini di etero-direzione da parte del datore, e parallelamente nella common law si traduce in una prevalenza del fattore del controllo (*control*) come criterio rivelatore dello stato di *employee*.

Si può verificare non di meno come lo *status* del lavoratore dipendente venga indagato in Gran Bretagna attraverso una serie di angolature ulteriori, le quali sono in parte riconducibili ai diversi fattori (fattuali) indicativi (sulla falsa riga degli indici sussidiari italiani); di conseguenza si assiste alla necessità di individuare dei possibili criteri per la "pesatura" di questo raggio di fattori (necessità che si presenta in tutti i casi in cui le corti formulano la loro indagine in termini di *multifactor test*) anche al di là dei canoni di pesatura intesa come "ragionevolezza".

In particolare spicca, nell'approccio della common law, la variabilità nell'uso degli indici rivelatori in rapporto al contesto normativo in cui si tratti di applicarli, in relazione, cioè, alla *policy* perseguita da una data normativa (*purposive interpretation*)⁷⁹.

Diversa dalla *purposive interpretation* è, almeno in parte, la c.d. "interpretazione orientata alla conseguenze"⁸⁰, alle conseguenze quali la scelta di un dato criterio interpretativo in luogo di un altro (inteso come diversa pesatura dei fattori rivelatori della subordinazione) può determinare in termini di politica sociale (di particolare forza argomentativa è l'interpretazione orientata alle conseguenze economiche di una certa lettura).

L'interpretazione orientata alle conseguenze, infatti, tra diverse scelte interpretative del medesimo caso o fattispecie concreta, sceglie di applicare quella i cui effetti sul tessuto sociale non siano irragionevoli, a fronte di una lacuna normativa o di una disposizione generica.

Una applicazione superficiale del criterio interpretativo orientato alle conseguenze nel valutare la natura autonoma o subordinata di un dato rapporto di lavoro porterebbe ad una facile elusione delle scelte politiche che sono alla

⁷⁹ Questo criterio interpretativo ha portato spesso al risultato di una estensione delle tutele; esso è per esempio riscontrabile in rapporto alla categoria di "worker" in stato di sostanziale dipendenza dal proprio datore/committente, ed al quale la giurisprudenza ha esteso una serie di tutele nella considerazione della sua posizione di vulnerabilità paragonabile a quella del c.d. *employee*. Sul punto dell'interpretazione della natura del rapporto di lavoro in funzione della *policy* perseguita si veda S. DEAKIN e G. MORRIS (2005) *Labour Law*, Hartpublishing, 138 e ss.

⁸⁰ L. MENGONI (1996) *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 92 e ss. che non manca di riferirsi al corrispondente fenomeno anglosassone del "consequentialist argument".

base della disciplina (inderogabile) sulla natura dei rapporti di lavoro subordinato: in altre parole si rilascerebbe al giudice una competenza di scelta politica che si sostituirebbe al dato legislativo.

La *purposive interpretation*, invece, pur contenendo in sé il postulato della lettura orientata allo scopo finale della normativa, non si discosta dal dato legale e dalla più o meno esplicita *ratio* che esso intende perseguire. Una volta chiara la *ratio* dell'intervento legislativo, che del resto potrebbe presupporre a sua volta una valutazione da parte dell'interprete ove la norma non sia sufficientemente esplicita su questo punto, la natura del rapporto di lavoro viene letta in funzione di quella *ratio*.

Espressamente le corti inglesi hanno spesso rigettato l'idea che si debba muovere da una definizione di *employee* che sia generalmente valevole per tutti i casi e indipendentemente dalle finalità della normativa invocata⁸¹.

Nel caso di *Hall v. Lorimer* del 1994, concernente l'applicazione del regime fiscale, la Corte del secondo grado rilevò chiaramente che non c'è un percorso univoco da seguire in vista della interpretazione del rapporto, e che piuttosto un certo tipo di approccio può risultare utile a certi fini quanto inutile o irragionevole per altri fini; la Corte aveva in quel caso rilevato come l'esercizio che si tratta di intraprendere è un esercizio non meccanico ma ricostruttivo-creativo, mirato a far emergere un quadro da una moltitudine di dettagli che possono avere diverso peso e significato in contesti diversi⁸².

Se, quindi, la presenza di un obbligo a svolgere la prestazione personalmente e un certo grado di controllo da parte del datore sono gli elementi di base per il processo definitorio della subordinazione, in Gran Bretagna come analogamente in Italia, il resto dei fattori che possono alla fine fare le sorti del caso rimangono incerti ed è difficile dire, a priori, cosa una corte riterrà rilevante. Quando però il caso si concretizzi e sia chiamata in causa una "certa tutela", allora il giudice troverà nella *ratio* della normativa che ha istituito "quella tutela" un elemento importante per la "corretta interpretazione" della fattispecie.

Molto dipenderà, appunto, dalla finalità della norma in base alla quale la Corte sia chiamata a dare concretezza al concetto di *employee*: sarà cioè in base al tipo di interesse che il legislatore ha mirato a tutelare che i giudici potranno

⁸¹ Qui si rimanda alle valutazioni sulla unitarietà del termine "*employment*" come fatte nel paragrafo 1.3.1.

⁸² La sentenza recita: "*In cases of this sort there is no single path to a correct decision. An approach which a mechanical exercise of running through items on a checklist to see whether they are present in, or absent from, a given situation. The object of the exercise is to paint a picture from the accumulation of details. The overall effect can only be appreciated by standing back from the detailed picture which has been painted, by viewing it from a distance and by making an informed, considered and qualitative appreciation of the whole. [...] Not all details are of equal weight or importance in any given situation. The details may also vary in importance from one situation to another.*"

diversamente pesare i fattori della subordinazione. Per esempio quando siano in gioco tutele fondamentali come quelle della salute e della sicurezza sul luogo di lavoro, i giudici inglesi si sono chiaramente espressi nel senso di conferire alla natura subordinata del rapporto una sorta di rilevanza di carattere pubblicistico.

Nel caso *Lane v. Shire Roofing Ltd* del 1995 il lavoratore aveva una propria impresa edile, per l'occasione aveva accettato una commessa da parte della società convenuta così da obbligarsi a svolgere dei lavori su un certo cantiere; in seguito a un incidente sul lavoro (cadde dalla propria scala), chiamò in causa la società per non avergli fornito le strutture idonee per svolgere il lavoro in sicurezza. La Corte gli dette ragione, affermando che l'accertamento delle responsabilità in punto di sicurezza assumeva la rilevanza di un interesse pubblico⁸³. La Corte, in quel caso, per scoprire la presenza di un rapporto di subordinazione aveva cioè formulato il quesito in termini di *economic reality*: nell'interesse di quale impresa si stavano svolgendo quei lavori? E la risposta era stata che quei lavori si stavano svolgendo nell'interesse della società datore di lavoro, piuttosto che nell'interesse dell'impresa del lavoratore, e che pertanto al lavoratore spettavano le tutele in questione.

Nel caso *Dacas v. Brook Street Bureau* del 2004 si era trattato ancora di un rapporto coinvolgente un'agenzia di intermediazione; la lavoratrice aveva sottoscritto un contratto con l'agenzia, la quale da parte sua non si era obbligata nel senso di fornire lavoro in maniera continuata. Di fatto la signora Dacas aveva lavorato per quattro anni con l'impresa cliente nei locali di quest'ultima, in qualità di addetta alle pulizie. C'era stato un controllo diretto e quotidiano sopra il suo operato e l'impresa le aveva fornito i materiali e gli strumenti per la pulizia. Quando l'impresa aveva cominciato a trovarsi non più soddisfatta delle prestazioni della signora, allora l'agenzia comunicò alla stessa la cessazione del rapporto.

La signora aveva reclamato la tutela contro il licenziamento non giustificato e il Tribunale le ha riconosciuto lo status di dipendente della impresa di pulizie; non si era però arrivati, con quella decisione, a sancire una regola generale valevole per tutti i rapporti con intermediazione della mano d'opera, piuttosto il Tribunale aveva riconosciuto una generica esigenza di tutelare i singoli interessi coinvolti a seconda delle circostanze emergenti e delle prospettive di tutela: se, sotto il profilo della responsabilità verso i terzi (*vicarious liability*) era infatti fuori di dubbio che gli illeciti della lavoratrice avrebbero implicato una corresponsabilità dell'impresa utilizzatrice, questo non poteva implicare automaticamente anche la responsabilità della stessa impresa per le tutele *tout court* nei confronti dei lavoratori interinali. In altre parole si

⁸³ Vi si legge: “when it comes to the question of safety at work, there is a real public interest in recognizing the employer-employee relationship when it exists..”.

poneva il problema in termini di *policy*, cioè di quale era politica da portare avanti nell'accertamento dello status di *employee*.

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

La common law in senso stretto (*case law*), da parte sua, si riferisce al rapporto di *employment* per individuare la natura e l'estensione delle obbligazioni che siano derivanti dallo stesso rapporto di lavoro, in particolare per verificare la presenza di clausole implicite; nell'ambito della responsabilità extracontrattuale (*law of tort*) la giurisprudenza si riferisce al contratto di *employment* essenzialmente per verificare se sussistono i presupposti per una responsabilità del datore verso i terzi danneggiati (*vicarius liability*).

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

Del resto è la stessa **Corte di Giustizia** delle Comunità Europee che fa un uso non univoco del concetto di *employee* e di *employment* in senso “finalistico”. Come noto il legislatore comunitario si riferisce tal volta ai lavoratori *tout court* (*workers*) talvolta ai lavoratori intesi come dipendenti (*employees*)⁸⁴. La Corte di Giustizia quindi, essendo ben consapevole della discrasia presente tra le diverse definizioni esistenti a livello interpretativo nazionale, e del resto non potrebbe che essere altrimenti, poichè i giudici della Corte di Giustizia esprimono il patrimonio comune delle diverse giurisdizioni europee (e le relative sentenze ne sono un prodotto di sintesi), ha scelto di operare una distinzione, in tema di definizione dei lavoratori, a seconda del tipo di tutela coinvolta: la definizione di “lavoratore” è usata in rapporto ai diritti fondamentali, quella di “lavoratore dipendente”, che può essere variamente interpretata a seconda del contesto nazionale, riemerge in rapporto alle altre tutele.

⁸⁴ Su questo punto si richiama qui la breve disamina fatta in B.GRANDI, *Would Europe benefit from the adoption of a comprehensive definition of the term employee applicable in all relevant legislative modes?* In IJCL, 24, 4, 2008, 495.

Con la sentenza Lawrie-Blum del 1986 la Corte di Giustizia ha affermato, infatti, che il termine di “lavoratore” presente nell’art. 39 del Trattato delle Comunità Europee sulla libera circolazione dei lavoratori deve intendersi con un significato comunitario, ovvero con un significato indipendente dalla tradizione legale presente nelle diverse legislazioni nazionali. Dal momento che l’art. 39 descrive un diritto fondamentale per l’Unione, una lettura della norma diversa a seconda dello Stato Membro di riferimento renderebbe vano il carattere inderogabile di un tale principio e del suo raggio di applicazione.

Con questa giurisprudenza⁸⁵ la Corte di Giustizia avalla l’interpretazione finalistica nel contesto del problema della subordinazione quando afferma che: *“the nature of the relationship must be decided according to the rights and duties of the parties concerned”*.

Il carattere essenziale di un “rapporto di lavoro”, nell’ottica dei giudici di Lussemburgo, è che la persona svolga la prestazione con apporto di lavoro personale, nell’interesse e sotto le direttive di un’altra persona, in cambio di una remunerazione⁸⁶.

Il concetto di “lavoratore” fatto emergere dalla normativa europea, almeno in punto di diritti fondamentali, è quindi più ampio anche della nozione inglese di “*worker*” (che non considera per esempio il genuino libero professionista), non fa distinzioni tra lavoratori del pubblico impiego e del settore privato, nè esclude l’ambito dei lavoratori precari o part-time e neppure dei lavoratori a chiamata, ma è richiamato solo in funzione dell’applicazione dei diritti fondamentali.

Nelle aree di tutela dove invece non si possa parlare di diritti fondamentali come affermati dall’Unione, e dove quindi l’intento del legislatore comunitario non sia stato quello di una armonizzazione piena, ma di un semplice riavvicinamento legislativo che consideri le peculiarità dei singoli mercati del lavoro nazionali alla luce di un principio di sussidiarietà tra competenze degli Stati e della Comunità, allora le concezioni giuridiche nazionali possono riprendere piede.

Nel caso Danmols Inventar⁸⁷, la Corte di Giustizia ha precisato che la direttiva sul trasferimento di azienda e sui diritti acquisiti ivi coinvolti (Direttiva CE n. 77/187) è finalizzata non alla completa armonizzazione, ovvero non al raggiungimento di un medesimo livello di protezione in tutti gli Stati Membri,

⁸⁵ C- 66/85 Lawrie-Blum [1986], para 16, 17, Racc. 2121. Si vedano anche C176/96 [2000] Lehtonen e Castors Braine, para 45, Racc. pag. 12681; C138/02 Collins, [2004] para 26, Racc. pag. 12703; C456/02, Trojani, [2004] para 15, Racc. pag. 17573; recentemente C392/05, Alevizos, [2007], para 67, Racc. pag. 10000.

⁸⁶ Non mancano gli interventi anche della nostra Corte Costituzionale atti a privilegiare una interpretazione delle norme mirata allo scopo (specialmente delle norme attributive di diritti fondamentali); si può ricordare la sentenza n. 476 del 10 dicembre 1988, che in materia di infortuni sul lavoro riconobbe anche ai lavoratori di cui all’impresa familiare ex art. 230 c.c. la relativa tutela assicurativa.

⁸⁷ Sentenza 11 luglio 1985, C- 105/84, in Racc. 2639.

ma solo a un ravvicinamento, e pertanto i diritti lì contemplati devono essere attribuiti ai lavoratori dipendenti per “come definiti tali dalle rispettive legislazioni nazionali”.

Il riferimento “contestualizzato”, quindi variabile, della definizione di rapporto di lavoro dipendente, e quindi la salvaguardia delle diversità di trattamento che ne emerge, è stato suggellato anche da direttive successive, che espressamente circoscrivono il rispettivo ambito di applicazione “*without prejudice to national law as regards the definition of contract of employment or employment relationship.*”⁸⁸

5.6 Sulla definizione della subordinazione *ex post*

Nel caso della definizione di *employee*/lavoratore dipendente è chiaro che alla base delle evoluzioni giurisprudenziali dei diversi paesi sia rintracciabile un significato fattuale e pregiuridico comune, sebbene attualmente oggetto di riconsiderazione e di precisazione in conseguenza dei “movimenti” e del cambio di paradigma socio-economico. L’evoluzione dei mercati ha determinato la necessità di rivedere la categoria della subordinazione alla luce delle forme meno dirette e materialmente meno osservabili che essa può assumere nell’impresa “de materializzata”, e che non di meno continuano a costituire l’occasione di una vulnerabilità dei diritti fondamentali dei lavoratori. Il significato fattuale (pre-giuridico) della subordinazione, che prima della rivoluzione industriale coincideva con le posizioni di vassallaggio e servitù e che nella società industriale ha coinciso con la posizione dell’operaio, al passaggio nel nuovo paradigma economico è riscontrabile non di meno nella posizione di lavoratori (come i c.d. *freelances*) che, pur operando in un contesto di maggiore autonomia gestionale e operativa, sono non di meno esposti a possibili abusi da parte di un datore di lavoro cui devono il loro sostentamento sul mercato.

Si tratta di un cambiamento sociale che tende a spostare il baricentro della tutela lavoristica dal tradizionale momento antagonistico impresa-lavoratore in uno spazio più ampio che consideri non solo la debolezza della forza lavoro ma anche le debolezze del sistema economico e della capacità di questo di generare domanda di lavoro in termini stabili.

⁸⁸Possono essere menzionate, non a titolo esaustivo, la Direttiva 2001/2354 sul trasferimento d’impresa, la direttiva 91/533 sui diritti di informazione, la Direttiva 96/71 sul distacco, nonché la Direttiva 94/3357 sulla protezione dei giovani lavoratori, che rinvia altrettanto alla definizione nazionale di lavoratore. Al contrario, la Direttiva 98/59 sui licenziamenti collettivi usa il termine di “lavoratore” senza fare alcun rinvio, e questo potrebbe essere foriero di interpretazioni divergenti in sede nazionale.

Quando si scorre la **giurisprudenza italiana**, si è già osservato come questa abbia sostenuto un prevalente uso del presupposto fattuale e unitario della eterodirezione quale fattore tipico derivabile dalla fattispecie di cui all'articolo 2094 c.c.⁸⁹.

Questo ha come effetto l'aver fondato il significato della subordinazione nel fatto della direzione-controllo che, abbiamo visto, può forse trovare un suo corrispondente (non esatto) nell'anglosassone *control*, nella condizione cioè dell'essere la prestazione essenzialmente eterodiretta (diretta e controllata) dall'imprenditore.

Il ruolo preminente conferito al fatto/concetto giuridico della etero direzione⁹⁰, anche rispetto agli altri indici ausiliari della subordinazione, è certo un derivato della centralità della fattispecie dell'art. 2094 c.c. e dell'applicazione prevalente del metodo c.d. sussuntivo rispetto al metodo tipologico o per approssimazione.

Ricordiamo che il **metodo sussuntivo** applicato dalla giurisprudenza italiana è stato, specie negli anni Ottanta, tendenzialmente considerato in

⁸⁹ Anche a livello dottrinale questo elemento concettuale appare prevalente. In questo senso, tra i tanti, M.PERSIANI e G.PROIA (2007) *Contratto e rapporto di lavoro*, 8 e 9, secondo cui "la nozione giuridica di lavoro subordinato viene ricostruita muovendo dall'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo del datore di lavoro". Sull'eterodirezione come elemento tecnico unico referente dell'imputazione dello statuto protettivo si veda anche R. PESSI (2007) *I problemi del diritto del lavoro: proposte per un inventario*, CEDAM, il quale usa questo rilievo per argomentare la debolezza della proposta di riforma di P. Alleva (22). Sulla rilevanza della eterodirezione alla stregua di un indice prevalente, da considerarsi preliminarmente, rispetto a tutti gli altri indici, ci appare chiara anche la posizione di F. LUNARDON (2007) *La subordinazione*, in *Diritto del lavoro - Commentario* diretto da F. CARINCI, UTET, Volume II, 8, che parla di un effetto meramente "sostitutivo" dell'indice principale, o un di un effetto compensativo implicito nella presenza degli indici dell'inserimento, della continuità e della collaborazione alla stregua di "indici essenziali esterni"; esplicitamente, la stessa A. afferma: "Il termine principale di riferimento per l'individuazione del vincolo di subordinazione pare quindi essere la situazione di dipendenza gerarchica, prima ancora che tecnica e funzionale, del prestatore di lavoro in cui si può trovare il datore di lavoro". Per altro verso, con una espressione consapevole della inefficienza qualificativa della sottoposizione del lavoratore alla direzione del datore di lavoro, SPAGUOLO VIGORITA (1967) *Subordinazione e diritto del lavoro, problemi storico-critici*, Morano ed., in termini espressi a p. 45 e ss. e che concludeva la sua opera praticamente suggerendo un criterio interpretativo elastico: "...una volta posto in discussione il contratto tipico di lavoro subordinato, deve dubitarsi anche della fondatezza dalla consueta impostazione, secondo la quale è lavoratore subordinato il soggetto cui si applica la normativa lavoristica e viceversa: tale normativa, infatti, non si applica se non nei casi socialmente elementari nella sua totalità; e bisognerebbe quindi anche sotto questo aspetto procedere secondo criteri di prevalenza o di combinazione (143).

⁹⁰ Tra le tante, Cass. 1.3.2001 n. 2970: "L'elemento determinante ed essenziale del lavoro subordinato, costituente elemento discrezionale rispetto al lavoro autonomo, è il vincolo di subordinazione quale consiste per il lavoratore in un vincolo di assoggettamento gerarchico per il datore di lavoro nel potere di imporre direttive non soltanto generali, in conformità di esigenze organizzative e funzionali, ma tali da inerire di volta in volta all'intrinseco svolgimento della funzione - mentre altri elementi, quali le modalità della prestazione, la forma del compenso, e l'osservanza di un determinato orario assumono invece valore sussidiario".

Per quanto riguarda la posizione determinante delle *Sezioni Unite*, l'ultima volta che queste si sono pronunciate sul tema (Cass. 30.06.1999 n. 379) hanno chiarito che: "Ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato, quando l'elemento dell'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui non sia agevolmente apprezzabile a causa della peculiarità delle mansioni (e, in particolare, della loro natura intellettuale o professionale) e del relativo atteggiarsi del rapporto, occorre fare riferimento a criteri complementari e sussidiari - come quelli della collaborazione, della continuità delle prestazioni, dell'osservanza di un orario determinato, del versamento a scadenze fisse di una retribuzione prestabilita, del coordinamento dell'attività lavorativa all'assetto organizzativo dato dal datore di lavoro, dell'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale - che, privi ciascuno di valore decisivo, possono essere valutati globalmente con indizi probatori della subordinazione". Da questa posizione può essere tratta la conferma del preminente ruolo qualificante della eterodirezione rispetto agli altri indici.

contrapposizione al **metodo c.d. tipologico**⁹¹. Il primo consisterebbe in una lettura del caso pratico attraverso un giudizio di coincidenza esatta tra la fattispecie legale e la fattispecie pratica in esame. Il secondo implicherebbe invece uno spostamento dell'attenzione alla "definizione in termini giuridici di un rapporto visibile in *rerum natura*", passando per un giudizio di non contraddizione o di sufficiente conformità tra gli elementi della fattispecie pratica rispetto al modello sociale di lavoratore subordinato (giudizio di approssimazione rispetto al "tipo sociale" che la subordinazione rappresenta)⁹².

E' importante osservare che i due procedimenti "pure astrattamente incompatibili, possono essere agevolmente **conciliati sul piano pratico**, mediante la valorizzazione del metodo tipologico nel momento ricostruttivo delle premesse del sillogismo giuridico, che rimane l'unico metodo riconosciuto dal nostro ordinamento al fine della qualificazione delle fattispecie negoziali"⁹³.

Il metodo interpretativo tipologico, che consente una argomentazione "più libera" e attenta alla considerazione delle circostanze fattuali, al fine, potremmo dire, di individuare la figura social tipica prima che la fattispecie

⁹¹ Sulla contrapposizione, fatta emergere dalla dottrina, tra metodo sussuntivo e metodo tipologico si può richiamare la sintesi fatta da L.NOGLER (1990) *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in RIDL, I, 200 e ss. che per descrivere l'interpretazione tipologica richiama l'esperienza 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. G.PROIA (2002) *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitive*, in ADL, 87, che nel richiamare l'opera di Luigi Mengoni ricorda come "il metodo tipologico (...) si affermò come reazione all'illusione padettistica di matematicizzazione universale del pensiero, chiuso all'evoluzione della realtà sociale e alla introduzione di valutazioni di ordine teleologico nell'interpretazione della legge". Conclusione pacifica della dottrina è, per dirla con E.GHERA (1993) *La qualificazione del contratto di lavoro subordinato: spunti, teorie e criteri pratici* in AA.VV. *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro* (14-15), che la tecnica seguita dalla giurisprudenza sarebbe "al tempo stesso sussuntiva e tipologica" poiché pone da un lato la premessa categorica di cui all'art. 2049 c.c. e dall'altro lato qualifica la fattispecie concreta in maniera approssimata, sulla base degli indici.

⁹² G.PROIA (1997) *Rapporti di lavoro e tipo, considerazioni critiche*, Giuffrè, evidenzia la presenza di diverse applicazioni del metodo tipologico: l'applicazione del metodo tipologico per approssimazione, che appunto si distingue dall'interpretazione della fattispecie con metodo sussuntivo per presupporre, a differenza di questa, non un giudizio di identità ma un giudizio di approssimazione tra gli elementi del caso osservato e la fattispecie astratta. Una seconda applicazione consisterebbe nella riconduzione della fattispecie concreta a quella astratta in virtù di una valutazione quantitativa, cioè la fattispecie concreta "atipica" verrebbe ricondotta a quella tipica, ma in un grado minore. Una terza applicazione del metodo tipologico, secondo l'A. deriverebbe da "un ragionamento giuridico orientato ai valori" in contrapposizione al formalismo del ragionamento analitico proprio del metodo sussuntivo (cfr. 23 e ss.). Quest'ultimo modo di "giustificare" il ricorso al c.d. metodo tipologico è particolare oggetto di critica da parte dell'Autore, in quanto espressione di una interpretazione potenzialmente arbitraria.

⁹³ Così M.BIAGI, M.TIRABOSCHI (2007) in *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, 115. Il sistema sussuntivo implica, infatti, non solo un giudizio di corrispondenza preciso, esatto, ma presuppone anche che, a monte, sia stata individuata l'essenza del sillogismo a cui il caso vuole essere ricondotto: il metodo sussuntivo implica che sia chiara l'essenza del vincolo contrattuale in questione. Nel caso della subordinazione questa essenza è stata pregiudizialmente rinvenuta dalla maggiore dottrina italiana nella presenza e nell'esercizio del potere direttivo da parte dell'imprenditore. E.GHERA (2006) *Il nuovo diritto del lavoro, subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, 138, ricorda che il giudizio di qualificazione "ha la struttura logica non del sillogismo, ma del giudizio sintetico di sussunzione o predicazione per cui la enunciata di un fatto (la fattispecie concreta) viene riportata o appunto sussunta sotto il predicato di una norma di legge che la prevede (la fattispecie astratta).

giuridica, è certamente quello che più si avvicina al modo di procedere del giudice inglese alle prese con lo status del lavoratore.

Come già si è premesso, il carattere apparentemente a–tecnico del modo di argomentare del giudice anglosassone non deve trarre in inganno e far pensare a una discrezionalità illimitata. Esso è certamente frutto della mancanza di categorie astratte e raffinatamente confluite in un sistema categorico esaustivo; a questa mancanza supplisce, però, l'insieme della casistica giurisprudenziale, che è un sistema non meno esaustivo e anche più complesso di quello "codicistico", per il fatto di implicare una considerazione da parte dell'interprete, oltre che delle norme intese come fattispecie astratte (presenti in un numero minore) anche dei fatti del caso da cui quelle norme sono scaturite⁹⁴.

Dall'esame della **giurisprudenza inglese** in materia di riconoscimento della subordinazione *ex post*, emerge il carattere conformante di un processo interpretativo che considera la condizione del lavoratore subordinato ponendo una attenzione preliminare ai fatti piuttosto che alle categorie giuridiche. Si tratta di un processo intellettuale di connessione del fatto alla norma (metodo interpretativo) che costituisce un dato importante, dal punto di vista comparato, perché come si è visto *può portare a una diversa pesatura degli elementi della fattispecie concreta*, che si traduce in una diversa possibile lettura della stessa condizione nella sua dimensione ontologica⁹⁵.

La considerazione giuridica dei fatti da una prospettiva *ex post* può portare infatti a pesare - giuridicamente - elementi che la qualificazione *ex ante* non può altrettanto pesare, poichè quelli, in quel momento anteriore, non sono ancora presenti o non si sono ancora manifestati in maniera oggettiva e circoscritta (vale a dire: a priori esistono solo come vuoti concetti astratti, tali da avere una rilevanza giuridica effimera).

E' il caso della *durata* del rapporto, oppure dell' obbligo *implicito* tra committente e lavoratore (il riconoscersi reciprocamente vincolati alle rispettive domanda e offerta di lavoro in modo continuato⁹⁶). Né la durata, né l'obbligazione implicita sono, logicamente e ontologicamente, presenti a priori.

⁹⁴ Sulla vicinanza e la compenetrazione, soprattutto negli ultimi decenni, tra la tradizione di common law e quella di civil law, soprattutto in materia di diritto del lavoro, si rimanda alle riflessioni fatte nel paragrafo 1.4.

⁹⁵ Quindi, di riflesso, anche a degli effetti giuridici difforni (questi però non sono direttamente paragonabili, a causa del rinvio a due ordinamenti giuridici diversi).

⁹⁶ Elementi che vengono rilevati dalla giurisprudenza inglese attraverso il richiamo della *mutuality of obligation* intesa come *implied term*.

Pertanto, mentre è logico attribuire determinate tutele a una certa durata e/ o continuità del rapporto⁹⁷, non è invece logico legare la *qualificazione* del rapporto a questo stesso elemento, dal momento che, a priori, l'elemento in questione non esiste.

Ugualmente non avrebbe senso qualificare il rapporto *ex ante* nella considerazione di una obbligazione reciproca ma implicita, che come tale si renderà esplicita solo nei fatti e nell'evoluzione reale del rapporto in tutti i suoi elementi.

Una situazione analoga si presenta, ci sembra, con il caso della c.d. dipendenza economica, che a priori esiste solo come concetto giuridico praticamente vuoto e pertanto privo di reale efficacia qualificatoria.

Viceversa, lo stesso presupposto inteso come presupposto fattuale può assumere una rilevanza normativa e qualificatoria nella *case law*; ce lo dimostra l' **uso dell'anglosassone *reality test* come rilevatore della dipendenza economica.**

L' *economic reality test* consente di riconoscere una possibile postura della subordinazione quale non potrebbe affermarsi a priori, perché deriva da una indagine *ex post* sullo stato di dipendenza fattuale del lavoratore: la dipendenza economica così riscontrata empiricamente deriva dalla valutazione di una serie di elementi complessivamente considerati, anche sulla base di una serie di valutazioni circostanziali ed equitative, e tesa a cristallizzare uno status che a priori non era individuabile.

Questo modo di definizione della subordinazione descrive la vulnerabilità del lavoratore non in astratto, ma solo in concreto, cioè *ex post*.

Queste osservazioni aiutano a comprendere molta della difficoltà presente nel costruire delle nuove fattispecie astratte di subordinazione nei sistemi di diritto codificato. Il diritto codificato cerca nozioni di dipendenza adatte ai contesti economici moderni e alla loro variabilità, nozioni che siano quindi flessibili nell'individuare il "*quantum* e il *quomodo*" della dipendenza (o delle "dipendenze"), ma la staticità del sistema legale e la sua naturale rigidità rappresentano un ostacolo strutturale al perseguimento di questo obiettivo.

La ricerca di queste nuove nozioni/categorie, non a caso, ha portato diversi giuristi a spostare il baricentro del proprio ragionamento riformista "dalla

⁹⁷ Occorre precisare che sia il significato della durata che quello della continuità devono qui essere considerati nel loro significato ontologico a posteriori, nel loro significato cioè di "fatti", storicamente apprezzabili, piuttosto che nel loro significato giuridico, cioè come concetti astratti e giuridicamente fondati (sul significato giuridico della durata e della continuità nella fattispecie del lavoro subordinato si può rimandare allo studio di P.ICHINO (1984) *Il tempo della prestazione di lavoro*, Giuffrè, 21 e ss. secondo cui la durata implica la possibilità di ripetizione di diversi *opera* e di una loro distribuzione nel tempo, mentre la continuità è data dalla illimitata divisibilità *ratione temporis* della prestazione comunque nell'interesse del creditore, pertanto si tratta di una distinzione che riecheggia la differenza tra obbligazioni di risultato e di mezzi, come rileva L.NOGLER (1990) *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in RIDL, I, 197).

fattispecie alle tutele”⁹⁸, in una prospettiva che, pur consapevole di non poter evitare il processo sussuntivo che lega il diritto alla realtà (fattispecie concrete a fattispecie astratte o casi già regolati) muove dall’urgenza di relazionarsi al problema con un approccio più pragmatico, ovvero concentrato sul risultato da ottenere piuttosto che sulla ricerca di un’armonia sistematica e di una esattezza giuridico-concettuale.

Ad oggi il presupposto della **dipendenza economica** non può essere considerato dalla giurisprudenza italiana alla stregua di un indice rivelatore determinante, se non al costo di operazioni interpretative di tipo creativo, esposte come tali a censure di legittimità ⁹⁹.

Questo accade, non solo perchè un simile presupposto non è contenuto in una precisa fattispecie astratta, ma, soprattutto, perchè anche ove lo fosse, non si presterebbe comunque a fornire un efficace contributo qualificatorio, essendo un presupposto fattuale che la norma può contemplare solo in via ipotetica e che la realtà potrà esprimere, a posteriori, in una indefinita miriade di forme e gradi. Ne offre un esempio l’ipotesi della dipendenza economica quale contemplata dalla legge 192 del 1998 nel regolare la fattispecie della subfornitura industriale ¹⁰⁰.

La dipendenza economica costituisce, se non considerata come riflesso di certi indici sussidiari della subordinazione, una circostanza che in Italia è stata fatta emergere essenzialmente da quella parte della dottrina che, mossa da un impulso progressista, si è adoperata a rivestirla di sostanza qualificatoria

⁹⁸ In questo senso si veda il Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia del 2001, Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, riconducibile all’opera di Marco Biagi; si vedano anche le sintesi fatte da M.PEDRAZZOLI e (13 e ss.) in AA.VV. (1998) *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, UTET.

⁹⁹ Si può ricordare in tal senso la vicenda dei c.d. pony express, ritenuti dalla prima giurisprudenza di merito come lavori subordinati secondo un postulato di dipendenza socio-economica (Pret. Milano, 20 giugno 1986, anche in RIDL, 1987, II, 76, con nota di P.ICHINO, *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*). Per la dottrina, la tesi della subordinazione intesa come dipendenza socio-economica è attribuibile, tra gli altri, a R.SCOGNAMIGLIO (1966) *Lezioni di diritto del lavoro, Parte generale*, Cacucci, 105 e ss., nonché a F.MAZZIOTTI (1975) *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, 71.

¹⁰⁰ Sui tentativi di fornire una base legale alla condizione della dipendenza economica (oltre che del relativo divieto di abuso), si vedano le riflessioni di R.VOZA (2004) *Interessi collettivi, diritti sindacali e dipendenza economica*, Cacucci, in particolare 196 e ss. che ricorda come la legge 18 giugno 1998 n. 192 che regola il rapporto di subfornitura industriale “tipizza non un singolo atto negoziale bensì una determinata fase dell’attività imprenditoriale, nella quale si realizza una situazione di disparità di potere contrattuale”. L’art. 1 della legge espressamente recita: “Si considera dipendenza economica la situazione in cui un’impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un’altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l’abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti”; Voza non manca di sottolineare la indeterminatezza con cui la legge 192 misura l’inferiorità economica della parte che intende tutelare e in particolare cosa dovrebbe intendersi per quella richiamata possibilità di reperire alternative - tradotto in termini giuslavoristi - cosa deve intendersi esattamente per “monocommittenza”. In particolare, una conferma dell’incapacità qualificatoria della norma si coglie nell’affermazione dell’Autore secondo cui: “naturalmente, l’assenza di alternative di mercato deve essere ‘reale’ e non ‘giuridica’, cosa che si verificherebbe nel caso in cui una parte fosse vincolata da una clausola di esclusiva: la disciplina in esame ‘fotografa’, dunque, un rapporto di potere, o meglio, un potere *di fatto* e non *di diritto*, in capo al committente”.

giuridica, nel tentativo di dare rilievo a una condizione di dipendenza reale e sostanziale ai rapporti in cui il contratto e l'aspetto formale siano utilizzati essenzialmente in maniera elusiva e fraudolenta¹⁰¹, e dove quindi il fattore della etero direzione rischia di non rendere giustizia nel momento interpretativo.

Recentemente, il disegno di legge n.1481 presentato alle camere il 25 marzo 2009, intitolato "Disposizioni per il superamento del dualismo del mercato del lavoro, la promozione del lavoro stabile in strutture produttive flessibili e la garanzia di pari opportunità nel lavoro per le nuove generazioni" considera esplicitamente lavoratore dipendente, ai fini dell'attribuzione delle tutele come disposte dallo stesso d.l., "il prestatore d'opera personale a carattere continuativo che tragga più della metà del suo reddito di lavoro complessivo da quella azienda, salvo che la prestazione non sia svolta in autonomia, e, alternativamente a) che il reddito superi i 40 mila euro o b) il lavoratore sia iscritto ad albo professionale (art. 5 del d.l. comma 1)"¹⁰².

Viceversa, la *economic reality* come presupposto fattuale ha potuto essere ripetutamente utilizzato (legittimamente) dalla giurisprudenza inglese (e americana) come diretto indicatore della natura del rapporto dipendente, che emerge come tale dalle deduzioni sul rischio di impresa, sulla durata del rapporto, sulla continuità, natura esclusiva del rapporto cui il lavoratore sia tenuto verso il datore di lavoro (c.d. monocommittenza) sull'impossibilità di eseguire prestazioni per altri soggetti quale connessa alla natura dell'attività etc.).

Per la sua capacità di indirizzare verso la considerazione della reale condizione di vulnerabilità del lavoratore, si può forse affermare che il test della *economic*

¹⁰¹ In questo senso TIRABOSCHI M. (2004) *La riforma Biagi del mercato del lavoro* secondo cui : "Piuttosto che su criteri di natura formalistica si sarebbe potuto pertanto valorizzare, in un quadro giuridico unitario delle ipotesi di esternalizzazioni, il criterio assai più pregnante della dipendenza economica verificabile attraverso il criterio della monocommittenza" (226-227) .

¹⁰² Una proposta di riforma legislativa che prevedeva esplicitamente la fattispecie del lavoro economicamente dipendente come fattispecie distinta dal lavoro subordinato, e comunque compresa sotto la protezione dell'art. 35 della Costituzione, è il disegno di legge n. 1872 comunicato al Senato il 4 dicembre 2002. L'art. 17 del d.l. definiva il lavoro economicamente dipendente essenzialmente ricavandolo dalla definizione dei rapporti c.d. di collaborazione: "si considerano tali i rapporti di collaborazione aventi ad oggetto una prestazione d'opera coordinata e continuativa, prevalentemente personale, svolta senza vincolo di subordinazione, senza vincolo di orario, indipendentemente dall'ambito aziendale o extraaziendale in cui si svolge la prestazione stessa". Si tratta quindi di una definizione che, ci sembra, manchi di evidenziare l'elemento distintivo caratterizzante, ovvero, appunto, quello della dipendenza economica (*rectius*: dipendere economicamente dal datore di lavoro) a proposito della quale il d.l. non dice niente di esplicito, limitandosi a legare il significato della dipendenza economica alla presenza di un rapporto di lavoro personale, stabile e continuativo (che non di meno, in caso di un lavoratore con più committenti, potrebbe escludere una dipendenza economica). Una seconda proposta di riforma, il d.l. n. 2225 presentato alle camere il 29 aprile 2003, ricalca il progetto del 2002 appena ricordato nel definire la fattispecie, aggiungendo che deve trattarsi dei soggetti iscritti alla gestione separata costituita presso l'INPS.

reality risponde essenzialmente a un criterio interpretativo equitativo nelle deficienze della legislazione definitoria (nazionale e sovranazionale) vigente¹⁰³.

5.6 Sulla definizione della subordinazione *ex ante*

5.6.1 Elementi di fatto rilevanti nella definizione *ex ante* (qualificazione)

Nonostante il diverso sviluppo storico sociale e le diverse origini giuridiche della figura del lavoratore dipendente, nelle tradizioni della common law e della civil law, date le apprezzabili convergenze sul significato ontologico della subordinazione, si possono annotare sensibili somiglianze circa gli elementi di fatto che contribuiscono a definire gli elementi della fattispecie, sebbene si debba parlare di una convergenza ma non di identità.

Può essere notato che i fattori considerati dalla giurisprudenza *ex post*, e che gli interpreti possono non di meno utilizzare in termini di qualificazione preventiva, *ex ante*, tende a convergere sebbene emerga una sostanziale diversità nella considerazione del fattore della c.d. dipendenza economica¹⁰⁴.

In comune si può riscontrare che il nucleo duro di quella che, per il resto, è una figura economica e sociale dai contorni sfumati (**lavoratore dipendente in senso ampio**) possa essere definito in presenza di tre elementi fattuali, gli stessi che la tradizione legale italiana utilizza per definire *ex ante* la c.d. parasubordinazione.

1) La **natura prevalentemente personale della prestazione** lavorativa resa.

Il carattere prevalentemente personale dello svolgimento della prestazione costituisce il requisito minimo perché si possa dire di essere nell'ambito dello status di lavoratore dipendente; il carattere prevalentemente personale della prestazione resa non esclude che possa rinvenirsi la condizione di lavoro dipendente anche in capo a lavoratori che si avvalgano di ausiliari, o anche di familiari; esso mira piuttosto a far emergere l'istanza di tutela e protezione che si celi sotto una apparente forma societaria o imprenditoriale che può

¹⁰³ La legislazione è deficitaria non solo in seguito alla evoluzione dei mercati, ma anche, come si è riportato nel capitolo primo, come conseguenza della impossibilità di circoscrivere in maniera rigida la complessa realtà di un rapporto di lavoro nella sua dinamica e naturale evoluzione. Sull'utilità di una definizione europea della subordinazione, per abbreviare la nota, si rinvia a B.GRANDI, *Would Europe benefit from the adoption of a comprehensive definition of the term employee applicable in all relevant legislative modes?* In *International Journal of Comparative law*, 24, 4, 2008, 495.

¹⁰⁴ Per una disamina degli indici rilevatori come emersi dalla giurisprudenza italiana si rinvia a GAETA TESAURO, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione, I, La subordinazione*, Utet, 1993, nonché F.LUNARDON (2007) *La subordinazione*, in *Diritto del lavoro - Commentario diretto da F. CARINCI*, UTET, Volume II

nascondere l'essenza di una prestazione lavorativa resa con l'ausilio delle prevalenti forze fisiche e intellettuali di una sola persona fisica.

2) L'**assoggettamento al potere gerarchico**, più o meno burocratizzato, dell'imprenditore.

La questione della soggezione al potere burocratico e gerarchico dell'imprenditore riguarda il potere decisionale in merito al modo, ai tempi, al luogo oltre che all'oggetto specifico della prestazione, compreso il potere di modificare il raggio di mansioni attribuite al lavoratore rispetto alla pattuizione originaria (come emergente dal c.d. *control test* in Gran Bretagna o dal rilevamento della etero direzione in Italia). Naturalmente il livello del potere direttivo e di controllo previsto in capo al datore di lavoro varia anche con il variare del tipo di prestazione richiesta, prestandosi certi tipi di mansione a una supervisione meno diretta e burocratizzata, come succede per il lavoro a domicilio o per il lavoro altamente qualificato.

A fronte dell'esigenza di considerare il grado di direzione e controllo nella realtà imprenditoriale "a rete" (una realtà che implica spesso dei rapporti connessi da legami di interdipendenza orizzontale più che di dipendenza verticale, e che quindi presuppongono in capo ai lavoratori maggiore libertà nell'adempimento delle proprie mansioni) i giudici sono ricorsi a criteri di indagine tesi a distinguere la posizione del lavoratore nella sua connessione all'interno della struttura, all'interno dell'impresa intesa come ente complesso, fatto di entità materiali e immateriali e di rapporti ramificati. In altre parole, dove il criterio della soggezione al potere gerarchico non sia sufficiente per collocare il lavoratore nel contesto complesso dell'impresa, si è ricorrsi a criteri ausiliari che richiamano il grado di integrazione e collaborazione (il fare parte integrante della struttura in termini gestionali, e in Gran Bretagna, grazie all'ausilio dell'*economic reality test*, anche in termini economici).

3) Il **carattere continuativo** del rapporto di lavoro dipendente, che in Italia emerge attraverso uno dei filtri della categoria della parasubordinazione ai sensi dell'art. 409 c.p.c. è un altro elemento di fatto che accomuna la definizione della subordinazione sia dal punto di vista ontologico che dal punto di vista della terminologia giuridica (in Gran Bretagna sono prevalentemente i casi che hanno accertato la dipendenza attraverso l'indagine sulla c.d. *mutuality of obligation* che i requisiti temporali della continuità e della durata del rapporto sono stati fatti valere).

Esiste poi un quarto elemento che, di fatto, rileva nella giurisprudenza inglese, ma non altrettanto nella giurisprudenza italiana, se non in maniera indiretta, inespressa, poiché non codificata in nessuna norma di diritto positivo italiano, che è quello, si diceva, della dipendenza economica.

La **dipendenza economica** del prestatore di lavoro nello svolgere l'attività in cambio di una remunerazione può essere fatta coincidere, essenzialmente, con l'essere la maggior parte del reddito del lavoratore legata all'attività del datore di lavoro, il che può derivare, in primo luogo, da una situazione di monocommittenza necessitata dalle condizioni del mercato o dal tipo di prestazione, oppure, da una libera scelta delle parti.

Il concetto di dipendenza economica tende a giocare un ruolo ausiliario nella individuazione della natura del rapporto di lavoro; può dirsi che venga usato dalla giurisprudenza inglese per far cadere la bilancia sul lato della subordinazione nei casi più incerti. Essa rileva, in modo diretto nell'esperienza anglosassone, attraverso il ricorso al test della *economic reality* in sede interpretativa (in un contesto di common law questo significa rivestire il fatto circostanziale di valore normativo, così che esso sia condizionante *ex ante* per tutti i futuri casi assimilabili).

In Italia, invece, la dipendenza economica può essere fatta emergere nella fase interpretativa solo indirettamente, attraverso filtri ermeneutici che consentono di rilevare la categoria della parasubordinazione di cui all'art. 409 c.p.c., ma non trova una sua rilevanza autonoma precisa e categorica nell'ordinamento, tale da costituire un elemento definitorio per i casi futuri.

Se, da un lato, il riferimento alla dipendenza economica in Gran Bretagna è servito ad estendere l'area di operatività della normativa sociale ad un raggio più ampio di lavoratori, il medesimo riferimento è servito, *viceversa*, a restringere il raggio dei lavoratori "subordinati" e la relativa disciplina. Quest'ultimo è il caso dei rapporti occasionali, nel contesto dei quali la presenza di una dipendenza economica e il relativo rilevamento si pone tra gli elementi di discernimento tra la posizione del "dipendente" (la cui protezione richiede *certe tutele*) dalla posizione del "precario" (la cui protezione presuppone diverse *altre tutele*).

La rilevanza data all'elemento della dipendenza economica è, del resto, una delle questioni più dibattute dalla dottrina e dalla giurisprudenza lavoriste in tutto il mondo¹⁰⁵, per i suoi evidenti riflessi di politica sociale.

5.6.2 La qualificazione preventiva del rapporto; il contributo della legge, il contributo delle parti del rapporto, il contributo della giurisprudenza

¹⁰⁵ Si veda anche il numero Comparative Labour Law & Policy Journal, 21, 1999, sulla questione "*Employed or self employed?*" nonché il rapporto della Conferenza Internazionale dell'ILO del 2003, 91st Session, "*The scope of the employment relationship*".

La definizione della natura del rapporto è rimessa, *de iure condito*, tanto in Italia quanto in Gran Bretagna, alla giurisprudenza di merito, la quale possiede ampia discrezionalità nell'individuare gli elementi configuranti la subordinazione. Sono i giudici che individuano gli elementi di fatto peculiari determinanti in senso qualificatorio.

Si tratta di un dato che rileva anche da una prospettiva di definizione *ex ante*, sebbene sia il portato diretto del processo di interpretazione del caso a posteriori.

Nella common law, infatti, gli elementi così configurati si propongono come i termini di una valutazione vincolante che ha una efficacia normativa diretta. Mentre, nella civil law, gli stessi elementi si propongono, in termini di efficacia normativa, con una forza giuridicamente solo persuasiva, ma di fatto conformante l'ordinamento vivente.

Di contro si è riscontrato, in Italia come in Gran Bretagna, una forte, ma anche fisiologica, lacuna definitoria da parte del legislatore¹⁰⁶.

Un simile dato è, in sé stesso, foriero di un grado di incertezza normativa che, su punti socialmente ed economicamente così delicati, non può ritenersi *sic et simpliciter* accettabile, e non può che stimolare una ricerca *de iure condendo* che parta dalla consapevolezza dei limiti oggettivi sulla pratica definibilità a priori dei contenuti del rapporto di lavoro.

Questa situazione ha infatti portato a considerare l' **opportunità di una definizione legale di “lavoratore dipendente”**, magari di livello europeo, tale da restringere il margine di discrezionalità che inevitabilmente la giurisprudenza si trova ad assumere in fase di attuazione del diritto e attribuzione delle tutele, specialmente in un sistema come quello italiano che attribuisce, più di quanto non accada in Gran Bretagna, la maggioranza della tutele forti al solo lavoratore subordinato tipico.

Abbiamo però verificato che il concetto di subordinazione è un concetto che di per sé fugge dalla cristallizzazione, poiché il rapporto di lavoro porta con sé un dinamismo che non è compatibile con formule rigide.

Tuttavia, le formule legislative possono fornire delle linee direttive, per esempio l'art. 2094 c.c. indica il fatto della subordinazione tecnica e funzionale (etero direzione) la quale, se non è più certo sufficiente a costituire la linea di demarcazione tra rapporti di lavoro protetti e rapporti di lavoro non protetti, può non di meno essere utile nell'individuare l'area di applicazione di un determinato tipo di tutela specifica.

¹⁰⁶ Qui si rimanda alla trattazione fatta al paragrafo 3.1, 3.2, 3.3.

Alla pratica difficoltà di individuare a priori gli elementi di fatto capaci di circoscrivere in maniera puntuale la (sfuggente) condizione di subordinazione¹⁰⁷, difficoltà che si traduce nella tendenziale genericità delle definizioni legali, deve collegarsi il carattere non risolutivo delle definizioni legali quando arrivino a scegliere un elemento di fatto specifico quale fattore conformante della fattispecie.

Quando la subordinazione viene definita a priori, in connessione con la presenza nella fattispecie di un determinato e specifico elemento di fatto (modalità della retribuzione, iscrizione in un albo professionale, svolgimento di una determinata specifica attività, e così via dicendo) siamo nell'ambito della c.d. “**presunzione legale**”, cioè dell'individuazione di un presupposto dal quale la legge vuole far derivare il rinvenimento della natura del rapporto.

Tenendo a mente che parlare di “qualificazione del rapporto di lavoro (*ex ante*) da parte del legislatore” non sia corretto (perché il legislatore può solo definire/configurare la fattispecie del lavoro subordinato/parasubordinato in termini astratti, mentre su tutt'altro piano si pone il momento dell'accertamento concreto, il quale a sua volta può accadere *ex ante* nelle occasioni di qualificazione preventiva, oppure *ex post*, generalmente in occasione di una richiesta di tutela), è chiaro che la configurazione della subordinazione a mezzo di presunzioni legali possa, tutt'al più, contribuire e agevolare l'operazione definitoria, contribuire pertanto a ridurre l'ambito della discrezionalità valutativa degli interpreti e del giudice in particolare¹⁰⁸.

Come noto negli ordinamenti di diritto codificato si parla, in questi casi, di presunzioni legali assolute e di presunzioni legali relative. Nel nostro ordinamento esse sono regolate dagli artt. 2727-2729 c.c..

¹⁰⁷ In proposito si rinvia alle osservazioni già fatte al paragrafo 1.3.1.

¹⁰⁸ Tra le proposte di riforma italiane, quella che esplicitamente riconduce a una idea di presunzione legale relativa, vi è la proposta di Massimo D'Antona del 1996, la quale rispetto alla contemporanea proposta di Pier Giovanni Alleva si distingue, sotto il profilo della tecnica giuridica, e quindi in termini di efficacia qualificante della norma legale, appunto per una “stabilizzazione della nozione empirico-giurisprudenziale della subordinazione, intesa non come *definizione* di un tipo contrattuale, ma come *presunzione* circa la natura del rapporto effettivamente posto in essere dalle parti, alla quale si collega l'applicazione inderogabile del diritto del lavoro” (cfr. art. 3 della proposta di riforma). D'Antona indicava anche, esplicitamente, gli indici presuntivi: a) l'inserimento stabile del lavoratore nell'impresa, b) lo svolgimento della prestazione nei luoghi e con gli strumenti predisposti dall'imprenditore, c) la soggezione a direttive puntuali e a controlli costanti sull'esecuzione della prestazione, d) la soggezione a vincoli di orario in entrata e in uscita, regole su riposi, ferie, regole disciplinari sanzionate, e) la previsione di un corrispettivo in misura determinata o determinabile pagato a cadenze fisse o settimanali (cfr. in AA.VV. (1996) *La disciplina del mercato del lavoro, proposte per un testo unico* (a cura di G.GHEZZI), 198.

Una ipotesi di presunzione legale relativa - non legata però a nessun indice e pertanto meno efficace in termini di qualificazione, era prevista anche nel progetto di riforma confluito nel d.l. n. 2225 presentato alle Camere nel 2003, a firma di Tiziano Treu ed altri, il cui art. 2 recitava: “quando il rapporto di lavoro presenti, nelle sue concrete modalità di svolgimento, le caratteristiche proprie del rapporto di lavoro subordinato, si converte automaticamente in rapporto di lavoro subordinato a decorrere dal momento in cui dette caratteristiche ricorrono, secondo quanto riscontrato in sede giudiziale”.

Le **presunzioni legali relative**, operanti nel sistema italiano secondo il meccanismo di cui all'art. 2727 c.c.¹⁰⁹ sono le conseguenze che la legge trae da un fatto noto per risalire, salvo prova contraria, a un fatto ignorato (nel caso del rapporto di lavoro consentono di trarre da un certo fatto noto la natura giuridica – ignota – del rapporto). In caso di presunzione legale relativa, l'interprete, salvo prova contraria, avrà l'obbligo di accertare la presenza della subordinazione, una volta che abbia verificato presenti certi determinati fatti qualificanti, configurati a priori dalla norma.

Viceversa, nel caso in cui sia allegata una prova contraria, l'indicazione legale cade, e il giudice riacquista la più ampia capacità di valutazione circa la natura del rapporto.

Le esperienze normative che legano il rinvenimento della subordinazione a determinati fatti non sono risolutive, quindi, in realtà, del problema dell'incertezza qualificatoria, ma rinviano a loro volta all'interpretazione dei fatti da parte degli organi giudicanti, sebbene la libertà di questi ultimi sia condizionata dal dover dare una priorità a certi elementi nell'iter dell'accertamento¹¹⁰.

In altre parole, esse contribuiscono a delimitare l'area di discrezionalità del giudice.

Nel caso in cui il Parlamento italiano introducesse una norma che preveda, come fatto presuntivo della subordinazione, uno o più degli indici già enucleati dalla giurisprudenza, come osservato dalla dottrina¹¹¹, il contributo “qualificatorio” della presunzione legale relativa contenuta in una norma definitoria non sarebbe che “la semplice trasposizione in norma di legge di un orientamento giurisprudenziale consolidato”.

¹⁰⁹ Sul tema delle “*Presunzioni nel processo civile*” si rinvia a S. PATTI (2007) in *Il Diritto Enciclopedia Giuridica*, Il Sole 24 Ore, 2007, Vol. 11, 413, che ricorda come l'art. 2727 c.c. contiene una definizione unitaria di presunzione al contempo indicandone due tipi: le presunzioni legali, tratte dal legislatore sono diverse dalle presunzioni tratte dai giudici (presunzioni di fatto o presunzioni semplici), dove le prime impongono una certa decisione da parte del giudice mentre le seconde sono configurate dal giudice sulla base delle regole di esperienza, rappresentano le premesse logiche della decisione, pertanto hanno valore solo per il caso deciso. Tra le presunzioni previste dalla legge si devono ulteriormente distinguere le presunzioni relative (*iuris tantum*), che considerano come provato un certo fatto in mancanza di prova contraria, e le presunzioni legali assolute (*iuris et de iure*), che invece non ammettono una prova contraria. L'art. 2728 c.c. contiene così un limite al libero convincimento del giudice ex art. 116 c.p.c.. L'A. giunge alla conclusione che “le presunzioni per le quali non può giungersi alla conclusione che non si tratti di presunzioni assolute devono considerarsi presunzioni relative”. Sul tema de *Le presunzioni giurisprudenziali* si veda G.VERDE, in *Foro it.* 1971, c 177.

¹¹⁰ Questo è il caso di esperienze normative come quella spagnola e quella francese, che pur avendo previsto ipotesi di presunzione legale relativa della subordinazione (o viceversa dell'autonomia) in presenza di determinati elementi quali l'iscrizione in un albo professionale, non possono poi che rinviare alla funzione giudiziaria per il relativo accertamento. Si rinvia per una più ampia disamina a L.NOGLER (1997) *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*, in RIDL, I,310, che muove la sua analisi dalla proposta di Massimo D'Antona, richiamata tra le note che precedono.

¹¹¹ L.NOGLER (1997) *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*, in RIDL, I,310. L'A. si sta riferendo espressamente alla proposta di M.D'ANTONA di cui si può leggere in G.GHEZZI (a cura di) *La disciplina del mercato del lavoro*, Roma, Ediesse, 1996, 197, e che richiama essenzialmente i maggiori tra i noti indici giurisprudenziali.

La norma così introdotta, pertanto, si tradurrebbe non direttamente in una maggiore certezza normativa, non in un diretto contributo in termini di efficacia della definizione, ma, appunto, in una delimitazione dei poteri valutativi del giudice.

Non di meno, in un sistema di diritto codificato di stampo parlamentare, questo modo di legiferare si tradurrebbe in un riconoscimento del potere legislativo che, diversamente dal potere giudiziario, potrebbe legittimamente conferire rilievo qualificatorio anche a fatti nuovi, come quello della dipendenza economica, quello del deficit democratico o della debolezza contrattuale.

Contestualmente, un simile intervento legislativo, potrebbe direttamente attribuire determinate tutele a fatti particolari e singolarmente rilevanti nel più complesso fenomeno della subordinazione (es. tutela risarcitoria graduale in caso di licenziamento ingiustificato del lavoratore economicamente dipendente, il cui reddito sia cioè completamente derivato dall'attività del datore di lavoro), in una ottica di definizione del rapporto non finalizzata alla descrizione di una o più categorie di lavoratori, ma appunto alla diretta redistribuzione delle tutele in rapporto ad elementi specifici di bisogno, ovvero a specifiche esigenze di protezione, di natura risarcitoria, di natura previdenziale, di natura assistenziale.

Una tecnica normativa profondamente diversa è quella della **presunzione legale assoluta**. In caso di presunzione legale assoluta può essere, in effetti, aperta la strada alla risoluzione del problema qualificatorio, perché, in termini pratici, essa consente di saltare nettamente la fase della valutazione del rapporto come fenomeno complesso.

Le presunzioni legali assolute sono infatti tali da obbligare l'interprete a figurarsi una equivalenza tra fatti, così da precludere la prova contraria, e ritenere presente il fatto presunto in virtù della presenza del fatto presuntivo: accertato un determinato fatto presuntivo, il giudice ha l'obbligo di ritenere presente il fatto ignorato – natura del rapporto – e non è ammessa prova contraria.

Alcuni autori e parte della giurisprudenza di merito hanno rinvenuto nella fattispecie del contratto a progetto introdotto dal D.lgs 276/2003, con il regime sanzionatorio ivi previsto in caso di mancanza di progetto, la natura di una

presunzione legale assoluta¹¹². La norma dell'art. 69, I° comma, di cui al decreto 276 del 2003 dovrebbe, cioè, essere letta nel senso di precludere l'accertamento della subordinazione in caso di riscontrata mancanza del progetto: dal fatto "mancanza di progetto" si farebbe derivare in termini presuntivi assoluti il fatto della natura subordinata del rapporto di lavoro¹¹³.

Questa interpretazione non è pacifica, e parte della giurisprudenza opta per una lettura morbida, ovvero considera la mancanza del progetto come un fatto "relativamente" presuntivo della subordinazione¹¹⁴.

Contraria alla lettura rigida dell'art. 69 è anche parte della dottrina, che richiama i principi di costituzionalità e di indisponibilità del tipo nell'affermare che la norma così concepita non consente ai privati di porre in essere dei liberi rapporti di autonomia pur contraddistinti dal carattere della personalità, continuità e della coordinazione¹¹⁵.

Nel considerare la legittimità e l'opportunità delle presunzioni assolute in materia di accertamento della subordinazione, prima che possibili censure in termini di scelta politica e sociale (vale a dire: il presupposto assolutamente indicativo è giustamente indicativo?), si deve muovere da un ostacolo di ordine logico-giuridico quale si frappone alla "definizione in via legale assolutamente presuntiva" dei fatti integranti la subordinazione.

Le presunzioni assolute possono infatti costituire un attentato al carattere inderogabile che contraddistingue la maggior parte delle leggi sul rapporto di lavoro (nonché, sebbene più discutibilmente, in Italia, anche delle norme del

¹¹² Tribunale di Milano 8 gennaio 2007 e 18 gennaio 2007 in DPL, 2006, 1263, con nota di G.FAVA, D.COLOMBO, *Presunzione di lavoro subordinato e lavoro occasionale*; nonché in GL 11, 9 marzo 2007 con nota di C.SANTORO: Tribunale di Milano, presunzione assoluta; Tribunale di Milano 2 febbraio 2007 e 5 febbraio 2007 in Giur. Lav, 2007, n. 22, 30 con nota di G.FALASCA, *Tribunale di Milano: presunzione assoluta in assenza di progetto*. Tribunale di Milano 23 marzo 2007, in RIDL, 4/2007 (con nota di F.CHIANTERA) ancora a testimoniare che "la sanzione per il difetto essenziale del riferimento al progetto opera automaticamente di diritto, non essendo fornita al committente la possibilità di prova contraria". Conformemente, anche Tribunale di Grosseto del 15 maggio 2007: "La mancanza di specificità del progetto contenuto dal contratto determina che il rapporto tra le parti deve ritenersi sorto come rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato fin dalla sottoscrizione del contratto, indipendentemente dalle concrete modalità con le quali si è di fatto svolto il rapporto di lavoro".

¹¹³ E' dell'opinione di dover leggere una presunzione assoluta nella nuova fattispecie del lavoro a progetto, per esempio G. SANTORO-PASSARELLI (2006) *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, Torino, 449, che invoca in questo senso la necessità di un'interpretazione che non sia contraddittoria della finalità proclamata del legislatore, ovvero quella di sanzionare l'abuso delle collaborazioni coordinate e continuative. In questo senso troviamo qui un esempio di lettura in senso "finalista" o di "*purposive interpretation*" come menzionata nel testo.

¹¹⁴ Sull'interpretazione morbida dell'art. 69 del 276/2003, la quale mira ad escludere la configurabilità *ex se* di un rapporto di lavoro subordinato in mancanza di progetto si veda Tribunale di Genova del 5 maggio 2006, in RIDL 2007, I, 40, con nota di S.BARLOTTA; Tribunale di Torino del 5 aprile 2005; Tribunale di Milano 10 novembre 2005; Tribunale di Ravenna del 21 novembre 2005 in RIDL 2006, II, 329 con nota di S. BRUN, *Primi orientamenti della giurisprudenza di merito sul lavoro a progetto: prevale la linea morbida*.

¹¹⁵ "Non consente di lavorare a tempo indeterminato a soggetti che intendano conservare la propria libertà personale e professionale proprio evitando rigidi vincoli di obbedienza, di orario e di luogo tipici della subordinazione e correlativamente non consente alle imprese e alle altre organizzazioni di avvalersi di tali lavoratori" – in violazione degli artt. 3, 4, 35 e 41 Cost., così A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Padova 2004, 22.

contratto collettivo¹¹⁶). E' in questo senso che deve essere ricordata la giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana sul punto della c.d. indisponibilità del tipo (sentenza n. 115 del 1994 già citata *supra* nel primo capitolo): con quella sentenza la Corte ha voluto dire che il legislatore non può sottrarre al giudice la sua funzione di accertamento di un fatto come quello della condizione di una subordinazione, poichè questo consentirebbe alle parti di aggirare, in concreto, la normativa e le tutele poste a protezione della parte tutelata ricorrendo ad espedienti di qualificazione che siano conformi al dato legale, ma contrastanti con la sostanza del rapporto che si vuole porre in essere¹¹⁷.

In questo senso la lettura del regime sanzionatorio previsto per il fatto (negativo) della mancanza di progetto, alla stregua di presunzioni assolute di subordinazione, sono condivisibili solo quando si consideri la *ratio* della normativa sul contratto a progetto in termini di norma anti-elusiva: se il fine della normativa è quello di evitare l'abuso del ricorso ai contratti autonomi quando celino realtà di una condizione di fatto subordinata, allora il meccanismo qualificatorio presuntivo non collude con la *ratio* dell'inderogabilità della normativa lavorista - cioè di non lasciare alle parti il potere di attribuire le tutele predisposte per il lavoratore subordinato a loro piacimento (*rectius*, a piacimento del datore di lavoro).

In questo senso si darebbe alla disciplina sul contratto a progetto una lettura conforme alle intenzioni del legislatore (si può quindi richiamare un esempio della c.d. *purposive interpretation* di cui si è parlato sopra).

Il potere interpretativo del giudice, quindi, a mezzo della presunzione legale assoluta, è praticamente circoscritto, ma la legittimità di un simile intervento normativo di fonte legale deve fare i conti con le finalità normative che sono poste alla base degli effetti legali (tutele) cui esso si riferisce nel definire la fattispecie.

Un limite alla introduzione delle presunzioni legali è, per l'appunto, stato messo in evidenza dalla Corte di Giustizia in rapporto alle norme aventi valore fondante del diritto comunitario, cioè le norme sulla libera circolazione dei lavoratori e dei servizi. La Corte ha cioè valutato che, l'introduzione di presunzioni legali nazionali relative alla qualificazione del rapporto di lavoro in termini di subordinazione, non è conforme al diritto comunitario, poichè implica un diverso trattamento dei soggetti che, nel fornire lo stesso tipo di

¹¹⁶ In questo senso anche S. ENGBLOM (2003) *Self Employment and the personal scope of labour law. Comparative lessons from France, Italy, Sweden, United Kingdom and United States*, European University Institute of Florence – Phd Thesis – 2003, 295.

¹¹⁷ Per esempio, il legislatore potrebbe statuire, in termini assolutamente presuntivi, che si abbia un rapporto subordinato ogniqualvolta sia riscontrato il presupposto dell'esclusività dell'obbligo del lavoratore verso il datore di lavoro. Davanti a una normativa del genere le parti (datoriali) si attiverebbero per usare formule e non di meno per rappresentare la realtà in maniera tale da negare il vincolo di esclusiva. Più difficile sarebbe negare il presupposto presuntivo se legato a condizioni sostanziali come l'essere il lavoratore completamente dipendente sotto il profilo economico da quel datore di lavoro.

prestazione, possono non sottostare alla stessa tecnica qualificatoria in quanto originari di un ordinamento legale che non la prevede.

Nella sentenza del 5 giugno 1997 C-398/95¹¹⁸ la Corte ha preso in osservazione la legge greca secondo cui: “le guide turistiche in possesso della prevista autorizzazione all’esercizio della professione di guida turistica e che hanno un contratto con agenzie turistiche o di viaggi (...) con agenzie turistiche estere direttamente, o con le loro filiali e succursali in Grecia, per l’esecuzione di programmi di attività turistiche, che tali soggetti organizzano, sono vincolate da un rapporto di lavoro subordinato, e sono soggette alle relative disposizioni della legislazione ellenica in materia di lavoro quanto ai loro rapporti con rispettivi datori di lavoro”. La Corte ha ritenuto che questa disposizione contrasti con l’art. 59 e seguenti del Trattato CE.

In particolare, i giudici hanno concluso affermando che la normativa di uno stato membro che, rendendo obbligatoria tra le parti la forma giuridica del contratto di lavoro subordinato, impedisca alle agenzie turistiche, indipendentemente dal luogo in cui siano stabilite, di concludere contratti di prestazione di lavoro autonomo con soggetti a ciò abilitati dalla rispettiva legge nazionale, è in contrasto con il principio della libera circolazione.

Analogamente, nella sentenza del 15 giugno 2006, C-255/04¹¹⁹, la Corte di Giustizia ha esaminato la presunzione legale (relativa) contenuta nel Code du travail (art. 762-1) secondo cui: “Ogni contratto ai sensi del quale una persona fisica o giuridica si garantisce, a fronte di una remunerazione, la partecipazione di un artista dello spettacolo in vista della sua esibizione, si presume essere un contratto di lavoro (subordinato) qualora detto artista non eserciti l’attività, oggetto del contratto in questione, in condizioni tali da implicare la sua iscrizione presso il registro delle imprese”.

A giudizio della Corte, la “presunzione di lavoro subordinato in questione è tale da dissuadere, da un lato, gli artisti di cui trattasi dal fornire i propri servizi in Francia e, dall’altro, gli organizzatori degli spettacoli francesi dall’ingaggiare siffatti artisti” (*cf.* punto 38).

Aggiunge la Corte che: “sarebbe sufficiente introdurre un controllo a posteriori presidiato da sanzioni dissuasive per evitare di identificare casi specifici di ricorsi a falsi status (...) al fine di lottare in modo efficace contro l’attività lavorativa dissimulata” (*cf.* punto 53).

Nel caso specifico la Repubblica francese è stata ritenuta inadempiente secondo gli obblighi derivanti dall’art. 49 del Trattato sulla libera circolazione dei servizi imponendo la presunzione di lavoro subordinato ad artisti

¹¹⁸ Sentenza Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion c. Ypourgos Ergasias

¹¹⁹ Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Francese

riconosciuti come prestatori di servizi stabilitisi nel loro stato membro di origine, nel quale forniscono abitualmente servizi analoghi.

Valutato l'ampio potere definitorio della subordinazione da parte dei giudici, e fatto cenno al possibile contributo definitorio dell'organo legislativo in termini di presunzioni legali, non resta che considerare il potere definitorio che, a priori, può essere esercitato dalle parti.

Un'altra maniera per circoscrivere il potere discrezionale dei giudici nell'esercizio del potere di valutazione sulla natura subordinata del rapporto a posteriori è, appunto, infine, quella dell'istituzione di procedure assistite di qualificazione preventiva del rapporto rimesse alla libera volontà delle parti (come nelle intenzioni della riforma di cui al D.lgs. 276/2003¹²⁰ sulla **certificazione dei contratti di lavoro**).

Simili procedure, non presenti a livello istituzionale nel sistema anglosassone, dove per altro il **sistema della consulenza preventiva** e del coinvolgimento degli esperti nella redazione dei contratti e degli atti legali in genere è culturalmente molto radicato nella società, oltre che suggerito dalla dottrina come il più efficace rimedio contro le incertezze sulla classificazione dei contratti di lavoro¹²¹, hanno il pregio di vedere preventivamente e attivamente coinvolte le parti del rapporto, le dirette interessate, che sono così chiamate a giocare un ruolo più consapevole e responsabile nella individuazione della forma contrattuale¹²².

La definizione del rapporto a priori attiene essenzialmente alla valutazione delle reciproche intenzioni e la misurazione dei reciproci impegni. Pertanto l'elemento volitivo non può che avere, in questo momento, una considerazione piena.

In questo momento la realtà che interessa è in prevalenza la realtà nella sua dimensione soggettiva, e in questo senso astratta, perché concerne le intenzioni più che i fatti.

Una volta che il rapporto sia stato qualificato dalle parti a priori, assistite in questo senso da personale qualificato e di fiducia, una volta quindi individuato il regime normativo, fiscale e contributivo che ne segue, il rapporto può non di meno, successivamente, anche fisiologicamente, ma più spesso come

¹²⁰ Art. 75 e ss. come modificati dal Dlgs 251/2004, nonché dalla Legge 266/2005 comma 256

¹²¹ T.R. BUNDY (2007) *Worker misclassification: the next big legal concern?* in *Employee Relations Law Journal*, Vo. 33 No. 3 Winter, 18

¹²² Tipico della tradizione italiana è l'essersi concentrato il dibattito a proposito della subordinazione sul punto dell'opportunità di rivalutare "la volontà delle parti". In questo senso si veda l'ampio lavoro di P. ICHINO (1989) *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Padova.

espressione di un abuso del potere contrattuale della parte forte, assumere modalità diverse in virtù della sua natura di rapporto dinamico ed esposto come tale ai cambiamenti, cambiamenti che possono involgere tanto la posizione e gli interessi del lavoratore, quanto l'opposta posizione e gli interessi della parte datrice di lavoro.

Contro una simile evenienza (che, per quanto qui più interessa, consiste nello svolgimento effettivo di un rapporto genuinamente subordinato a fronte di un accordo in termini di lavoro autonomo) si deve affermare il portato della non derogabilità della normativa lavorista intesa come non derogabilità del tipo, atta ad essere accertata in sede giurisdizionale, a posteriori.

Ne segue che la certificazione *ex ante* assume un significato "effimero" nella sua concreta forza stabilizzatrice dei rapporti, ogni volta che non sia sorretta da una reale volontà pattizia di trasparenza e di reciproca predisposizione alla fiducia e, ove ragionevole e sostenibile, alla stabilità del rapporto.

Ne segue anche che l'unica definizione del rapporto da cui possano derivare diritti e doveri "certi" per le parti coinvolte è quella che segue la sua interpretazione *ex post*.

Non di meno, la qualificazione a priori a mezzo di certificazione, determina degli effetti giuridici importanti sul fronte ermeneutico, oltre a quelli prodotto sotto il profilo pratico - essenzialmente il rappresentare una qualificazione vincolante nei confronti degli enti previdenziali ai sensi dell'art. 79 Dlgs 276/2003 - .

Ai fini del percorso ermeneutico che porterà alla interpretazione della fattispecie reale, infatti, la legge prevede che i giudici debbano tenere conto del contegno delle parti quale tenuto in sede di certificazione¹²³.

In secondo luogo, la legge prescrive la competenza della medesima Commissione certificante in sede di tentativo obbligatorio di conciliazione *ex art. 410 c.p.c.*, quindi rimette fiducia qualificatoria al medesimo ente qualificante *ex ante*. Anche questo determina un rilevante condizionamento sulla complessiva considerazione dei fatti da parte del giudice, tanto più quanto i fatti siano stati oggetto di specifica e chiara descrizione in sede di certificazione e magari anche in sede di tentata conciliazione.

Ma la certificazione, prima ancora che nei suoi più espliciti rilievi giuridici, dovrebbe essere apprezzata in primo luogo in termini culturali, poiché nel riconoscimento della sua utilità è implicita una adesione degli operatori a valori di legalità e trasparenza.

¹²³ Cfr. art. 80 Dlgs 276/2003, 3° e 4° comma.

Il contratto certificato, e la qualificazione *ex ante* che esso contiene¹²⁴ produce l'aspettativa nelle parti a che, *rebus sic stantibus*, quegli effetti siano gli effetti legittimi che derivano e che deriveranno dal rapporto di lavoro in questione, ed è questo tipo di certezza, relativa e fondata anche su elementi sociali come la buona fede professionale che le parti dimostrano di voler porre alla base del loro accordo, che più di ogni legge consente il sereno svolgimento del rapporto.

La certificazione è del resto uno strumento di qualificazione che assume rilevanza tanto nel momento in cui il rapporto è in procinto di cominciare, ma non è ancora cominciato, quanto in un momento successivo, quando cioè fosse necessaria e/o percepita come tale, la ri-definizione del rapporto di lavoro in occasione di fatti atti a configurarlo in maniera diversa da quella originariamente pattuita (come in occasione di eventi particolari che riguardino un aspetto specifico del rapporto, una modifica suscettibile di non essere coerente con l'impianto normativo inderogabile, mansioni, trasferimento, e così via).

La certificazione dei rapporti di lavoro, che non costituisce quindi in nessun modo una forma di sostituzione dell'esercizio della funzione giurisdizionale, cui in ultima analisi si deve conferire il potere di accertamento sul reale svolgimento del rapporto di lavoro (cioè sull'effettivo "voluto negoziale") e sulle responsabilità ivi coinvolte in accordo alla normativa vigente, a partire dalle responsabilità che derivano dalla natura più o meno subordinata del rapporto, è uno strumento che tende a porre nelle mani delle parti interessate, coadiuvate da soggetti esperti ed autorevoli nonché *super partes*, il potere di ridurre l'incertezza normativa che si lega alla scelta contrattuale, e, nei limiti della derogabilità consentita dai rispettivi ordinamenti e contesti contrattuali, a determinare preventivamente gli effetti giuridici di quella scelta contrattuale¹²⁵. In questa ottica, che si propone essenzialmente un obiettivo di riforma sociale a medio lungo termine, coincidente con un superamento della visione "aprioristicamente conflittuale" dei rapporti tra lavoratori e imprese, sono

¹²⁴ Sulla collocazione sistematica dell'istituto della certificazione nell'ordinamento, per non appesantire la nota si rinvia a B. GRANDI (2008) *La certificazione dei contratti di lavoro tra le categorie generali del diritto*, DRI, 2

¹²⁵ I costi aziendali derivanti dagli errori di qualificazione del rapporto, per certi versi intuibili, per altri versi dimostrabili dalle cifre sui contenziosi giudiziali, emergono soprattutto in termini di evasione fiscale e contributiva, il che si traduce in un costo gravante sul sistema collettivo che notoriamente si riversa ciclicamente sugli operatori singoli e sulle imprese che lo compongono, sia che queste ultime abbiano avuto una gestione improntata alla legalità, sia che non ce l'abbiano avuta. Si vedano sul punto le riflessioni di T.R. BUNDY (2007) *Worker misclassification: the next big legal concern?* in *Employee Relations Law Journal*, Vo. 33 No. 3 Winter, p. 18.

comprensibili gli interventi normativi anche di fonte ministeriale¹²⁶ atti a incentivare l'uso delle procedure di certificazione che gli operatori dei mercati stentano a ritenere convenienti dal punto di vista aziendale¹²⁷.

Qualora, del resto, fossero conferiti effetti giuridicamente vincolanti *in termini di "interpretazione della fattispecie"* ai processi di "qualificazione" della stessa fattispecie il risultato non sarebbe diverso da quello derivante dalla presenza di una presunzione legale.

Sia che la qualificazione preventiva derivi da una procedura operata da enti amministrativi, sia che derivi da una norma operante termini di presunzione legale, il risultato netto sarebbe un condizionamento preliminare sul potere istruttorio e accertativo del potere giudiziario. Pertanto, possono qui ripetersi le considerazioni già svolte in rapporto al portato del principio di inderogabilità del tipo legale.

La conseguenza di quanto appena detto è che tanto le presunzioni legali, quanto le certificazioni, quanto anche l'imposizione di **obblighi legali di informazione** muniti di un efficace apparato sanzionatorio o in altro modo sollecitati¹²⁸, sono strumenti di qualificazione del rapporto che legittimamente possono solo "influenzare" il processo di interpretazione della fattispecie *ex post*, il quale in ultima analisi spetta al giudice.

¹²⁶ In questo senso si veda il disegno di legge n. 1441 *quarter* A, attualmente in discussione in Parlamento, art. 65 (su clausole generali e certificazione) secondo cui "nella qualificazione del contratto e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276 e successive modificazioni, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione". Si veda nella direzione degli incentivi all'uso della certificazione la Direttiva del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, Servizi ispettivi e attività di vigilanza del 18 settembre 2008 (ex art. 2, comma 2, decreto legislativo n. 124 del 2004), in particolare dove precisa che i contratti certificati non dovranno costituire oggetto diretto dell'attività ispettiva salvo che la difformità del contratto rispetto alle modalità esecutive non emergano in maniera "palese e incontrovertibile" o che il lavoratore non faccia espressamente richiesta di intervento (a patto che sia fallita la fase di conciliazione monocratica).

¹²⁷ Si possono, a titolo indicativo, individuare le tendenze nel dare credito all'istituto della certificazione: secondo un rilevamento aggiornato al giugno 2009 le istanze di certificazione pervenute alla Commissione istituita presso l'Università di Modena e Reggio Emilia, con competenza sull'intero territorio nazionale, sono n. 5469; secondo una rilevazione del 20 maggio 2009, presso la Direzione Provinciale del Lavoro di Modena sono state presentate n. 25 istanze, tutte andate a buon fine. Presso la Direzione Provinciale di Roma sono state presentate, con rilevazione dell'8 giugno 2009, n. 174 istanze, di cui 76 andate a buon fine.

¹²⁸ Sul punto dei diritti di informazione si rimanda all'articolata e propositiva opera di C.FALERI (2007) *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, che sottolinea come "Ad assumere rilievo non è la mera trasmissione di documenti. Ciò di cui si avverte l'esigenza non è un gioco di carta, ma piuttosto una circolazione di notizie; circolazione che si deve osservare, nei rapporti di lavoro tende ad acquisire un valore sempre più rilevante a seguito del fenomeno di divaricazione fra i lavoratori, determinato dai nuovi scenari di flessibilità temporale e di dispersione territoriale che stanno investendo il mondo del lavoro. L'interesse è dunque rivolto verso l'informazione come occasione di inserimento e di partecipazione attiva dell'individuo, come opportunità, se si vuole, per una revisione dello sviluppo individuale" e che conclude osservando come "perché possa risultare vincente la formula della variabilità (contrattuale), non si può limitarsi a decantare la libertà di scelta del lavoratore; a tale libertà si devono affiancare strumenti idonei a sostenerla, quale l'informazione sulla reale portata delle diverse opportunità (313).

Nessuno di questi strumenti, quindi, preso singolarmente, può dirsi risolutivo del problema qualificatorio, ma il rinforzamento di tutti questi strumenti che agiscono a priori può contribuire notevolmente a ridurre l'incertezza che aleggia intorno alla definizione della natura del rapporto di lavoro.

Tanto più la qualificazione preventiva sia efficace, quanto più essa avrà potere di influenza sull'interprete deputato alla attribuzione effettiva delle tutele.

La qualificazione legale, derivante dalla norma di legge, sarà tanto più efficace quanto più sarà capace di specificare gli elementi caratterizzanti del rapporto alla stregua dei reali scenari economici e sociali.

Mentre la qualificazione effettuata in via consultiva, derivante dall'attivazione degli stessi attori del rapporto di lavoro, sarà tanto più efficace quanto più siano autorevoli le argomentazioni tecnico-giuridiche che la strutturano.

Nel sistema italiano, se consideriamo l'ordine gerarchico esistente tra norme diverse, che deriva dalla gerarchia delle fonti¹²⁹, possiamo rilevare come le presunzioni legali abbiano un effetto, in termini di efficacia vincolante sul processo interpretativo del giudice, di tipo prioritario. Seguono gli accertamenti effettuati dalle commissioni amministrative (sindacali o comunque a struttura tripartita), che hanno contenuti contrattuali, ma che la legge può rivestire di una efficacia "aggiuntiva", come visto per il caso delle certificazioni che costringono anche gli enti previdenziali.

Avranno infine rilievo le informazioni oggetto di scambio tra i privati, effettuati anche sulla scorta degli obblighi informativi, le quali si manifestano come elementi probatori riguardanti le intenzioni sul voluto negoziale.

In ultima analisi, residua il ruolo decisivo del giudice.

A questo punto può essere aggiunto che l'orientamento ermeneutico in termini di *purposive interpretation*, ovvero di interpretazione orientata alla *ratio* della specifica tutela che sia oggetto di giudizio, come descritto sopra e magari disposto dall'ordinamento in termini positivi, coadiuvato da una più esplicita formulazione della *ratio* perseguita dal legislatore¹³⁰ potrebbe contribuire a incanalare il potere discrezionale del corpo giudiziario, soprattutto negli ordinamenti di civil law, in una lettura della fattispecie concreta che sia obbligatoriamente attenta alla funzionalizzazione del diritto - inteso come effetto legale - verso il suo scopo più specifico e dichiarato.

¹²⁹ Mentre, nel sistema inglese, si deve piuttosto parlare di una struttura normativa "a rete", i cui rapporti interni sono "ammorbiditi e resi flessibili dalla struttura casistica del sistema", e dove le precedenze sono determinate più su di una base valoriale sostanziale invece che categorica.

¹³⁰ La tendenza ad esplicitare la *ratio* dell'intervento legislativo è spesso presente nelle normative e specialmente nelle direttive europee; tanto più la *ratio* è esplicitata, quanto più il giudice potrebbe essere tenuto a seguirla nell'interpretare la natura del rapporto di lavoro.

