1. Il lavoro subordinato. L'identificazione della fattispecie

---

di Giuseppe Santoro Passarelli

1. Il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa e l'origine contrattuale del rapporto di lavoro

Nella sistematica del codice non è menzionato il contratto di lavoro, ma, in omaggio all'ideologia corporativa, nel titolo II del libro V dedicato al lavoro nell'impresa (v. artt. 2082 ss.), la sezione seconda richiama i collaboratori dell'imprenditore, tra i quali campeggia il prestatore di lavoro subordinato, definito dall'art. 2094 c.c.

Con questa definizione, il codice sembra, a prima vista, superare la naturale **contrapposizione degli interessi delle parti** che **risiede in ogni contratto di scambio**, e sembra invece accreditare la tesi secondo la quale **il lavoratore collabora con l'imprenditore per realizzare l'interesse dell'impresa che secondo quell'ideologia supera e trascende gli interessi delle parti**.

In realtà, secondo **l'interpretazione della dottrina** e della giurisprudenza di gran lunga prevalenti, **successive** alla caduta dell'ordinamento corporativo, l'art. 2094 c.c., al di là dell'omaggio formale all'ideologia corporativa, **non ha riconosciuto alla collaborazione del lavoratore la comunanza di scopo con il datore di lavoro**. Il contratto di lavoro, infatti **non** si configura come **un contratto associativo**, bensì come **contratto a prestazioni corrispettive**. Questa qualificazione si desume dallo stesso dettato della norma quando precisa che **è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione**.

2. La collaborazione

Tuttavia la disciplina del lavoro subordinato nell'impresa supera la prospettiva essenzialmente commutativa del contratto di locazione, secondo la quale l'area del contratto coincide con l'area dello scambio, e ne sottolinea il profilo organizzativo, rimanendo impregiudicato se l'organizzazione dell'impresa sia un dato presupposto dal contratto di lavoro ¹ o l'effetto di quest'ultimo ².

È chiaro che **secondo la prima tesi taluni poteri e obblighi delle parti non hanno origine contrattuale**, mentre accogliendo **la seconda tesi, il profilo organizzativo del rapporto è interamente riconducibile al contratto di lavoro, il quale, di conseguenza, diventa la fonte di tutti i poteri del datore di lavoro e degli obblighi del lavoratore**.

Ma adesso interessa mettere in evidenza come l'art. 2094 c.c., e come si è già rile-

---

Note

¹ In questo senso v. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957.

² In questo senso Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966.

vato, la legge sull'impiego privato del 1924 abbiano collegato inscindibilmente la collaborazione del prestatore di lavoro con l'organizzazione dell'imprenditore.

3. Organizzazione e subordinazione nel contratto di lavoro

Come si è già sottolineato l'obbligo di collaborazione che incombe sul lavoratore **non** va interpretato come obbligo di una comunione di scopo del lavoratore con l'imprenditore datore di lavoro.

La dottrina più autorevole ha chiarito che l'obbligo di collaborare nell'impresa di cui è capo l'imprenditore, viene ricollegato a un **contratto di scambio** inidoneo a dar vita a una comunione di scopo giuridicamente qualificata e tanto meno ad un gruppo organizzato per il conseguimento di un interesse collettivo superiore.

Pertanto l'obbligo di collaborazione nascente dal contratto individuale di lavoro non accomuna il lavoratore allo scopo e al rischio corrispondente perseguito dal datore di lavoro.

Tuttavia il suddetto obbligo distingue il contratto di lavoro dagli altri contratti di scambio per la funzione organizzativa evidenziata dalla collaborazione cui è tenuto il prestatore di lavoro³.

In altri termini l'obbligo di collaborazione del lavoratore soddisfa l'interesse del datore di lavoro al coordinamento e quindi all'organizzazione dell'attività lavorativa del lavoratore⁴. Esso pertanto non si risolve soltanto nello svolgimento delle mansioni pattuite, ma nello svolgimento di tali mansioni in vista del risultato perseguito dall'impresa.

Va precisato, a questo proposito, che **il risultato produttivo dell'impresa**, pur rimanendo estraneo all'oggetto dell'obbligazione assunta dal lavoratore, **diviene punto di riferimento per la determinazione del contenuto e del modo di essere della prestazione dovuta**⁵.

Efficacemente **l'obbligo di collaborazione è stato denominato integrativo** dell'obbligo di svolgere le mansioni pattuite⁶.

Cosicché, esemplificativamente, il lavoratore non può rifiutarsi di svolgere occasionalmente o per ragioni urgenti, prestazioni estranee alle mansioni normali, o rifiutarsi, in caso di necessità, di svolgere lo straordinario, il lavoro notturno e festivo, nei limiti previsti dalla legge e dal contratto collettivo.

4. La nozione di subordinazione tecnico-funzionale

L'art. 2094 c.c. diversamente dalla legge sull'impiego privato ha introdotto la nozione di **subordinazione** identificandola nella **collaborazione del prestatore di lavoro alle dipendenze e sotto direzione dell'imprenditore**.

Note

³ Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, *passim*.

⁴ Ghera, *Diritto del lavoro, Compendio*, Bari, 2003, 65.

⁵ Mengoni, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano, 1971, 28.

⁶ Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Napoli, 2000, 462.

Non si tratta ovviamente di un'endiadi ma di una formula che esprime **due concetti diversi** anche se **collegati**.

Così l'espressione "**sotto la direzione**" indica che **l'imprenditore ha il potere di determinare** al momento di costituzione del rapporto, e di modificare unilateralmente in corso di rapporto, **le modalità di esecuzione della prestazione di lavoro (subordinazione tecnica)** affinché la collaborazione del prestatore di lavoro "**alle dipendenze dello stesso imprenditore, sia idonea a soddisfare l'interesse di quest'ultimo (subordinazione funzionale)**".

Si comprende allora più chiaramente perché l'art. 2094 c.c. collegando il contratto di lavoro all'impresa **riconosca** al medesimo **non soltanto la ordinaria funzione di scambio ma anche una funzione organizzativa**.

Più precisamente il contratto di lavoro subordinato consente all'imprenditore di pianificare e coordinare, attraverso l'esercizio del potere direttivo, la prestazione di lavoro dedotta in contratto con le prestazioni rese da altri lavoratori in altrettanti contratti di lavoro.

E infatti il coordinamento di uno o più contratti di lavoro con gli altri fattori della produzione consente all'imprenditore di realizzare il risultato produttivo.

D'altra parte l'individuazione del contenuto tipico della subordinazione non elimina sempre ed in ogni caso le difficoltà che la giurisprudenza ha incontrato e incontra nell'accertamento della natura subordinata del rapporto quando la fattispecie concreta si collochi nell'area di confine del lavoro subordinato.

In questi casi la dottrina ha talvolta tentato di individuare un criterio che fosse da solo sufficiente a identificare il vincolo di subordinazione (così ad esempio la soggezione alle direttive, il rischio, la distinzione obbligazione di attività/obbligazioni di risultato, la inerenza del rapporto di lavoro all'organizzazione dell'impresa, ecc.) e, conseguentemente, a distinguere la fattispecie del lavoro subordinato da quella del contratto d'opera: infatti l'art. 2222 c.c. individua il contenuto dell'obbligazione di lavoro del prestatore nel compimento di un'opera o un servizio senza vincolo di subordinazione.

Tuttavia la tipologia della realtà ha messo in evidenza come ciascuno dei criteri proposti dalla dottrina presi singolarmente in considerazione sia inadeguato a distinguere con nettezza e certezza il rapporto di lavoro subordinato da quello autonomo.

Conseguentemente la giurisprudenza, ormai prevalente, ha preferito utilizzare i suddetti criteri in modo variamente combinato fra loro come sintomi o indici di un assetto di interessi, non solo dichiarato, ma anche concretamente posto in essere dalle parti ⁷.

Secondo l'art. 1362, comma 2, c.c. in tema di interpretazione del contratto, per determinare la comune intenzione delle parti si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto.

E perciò in caso di contrasto tra la dichiarazione delle parti e il loro comportamento successivo, secondo la giurisprudenza prevalente, **dovrebbe prevalere** quest'ulti-

---

Note

⁷ Cass. 24 gennaio 1987, n. 685, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1; Cass. 11 agosto 1995, n. 7374, in *Riv. it. dir. lav.* 1995, II, 480; Cass. 18 dicembre 1996, n. 11329 in *Rep. Foro. it.* 1996, voce *Lavoro (Rapporto)* n. 450; Cass. 2 settembre 2000, n. 11502, in *Or. giur. lav.*, 2000, I, 638; Cass. 14 giugno 2006, n. 13714.

mo ai fini della qualificazione giuridica del rapporto come subordinato o autonomo⁸, anche se la Cassazione ha talvolta rivaluto la volontà delle parti, ossia il cd. *nomen juris*, ai fini della qualificazione giuridica della fattispecie concreta⁹.

5. Prestazioni professionali al confine tra autonomia e subordinazione: le prestazioni sanitarie, le prestazioni artistiche, le prestazioni giornalistiche, le prestazioni didattiche, i messaggeri metropolitani, i propagandisti scientifici

Talvolta la genericità delle direttive impartite dall'impresa non esclude la subordinazione del medico esterno che presta servizio di guardia medica presso una casa di cura¹⁰.

Parimenti la subordinazione non è stata esclusa, quando l'artista restando soggetto alle direttive dell'imprenditore sul piano organizzativo, si sia riservato un potere di controllo sulla sceneggiatura oppure partecipi agli utili¹¹.

Parimenti la subordinazione è esclusa quando non sia garantita una disponibilità continua del giornalista in redazione¹², mentre è stato considerato di lavoro autonomo il rapporto di un redattore, che sulla base di una serie di incarichi fiduciari, procurava notizie, senza obbligo di presenza, ma con una certa continuità¹³. Particolari caratteristiche presenta la subordinazione del direttore di un giornale¹⁴.

Quando il lavoratore sia a disposizione dell'impresa, anche se la prestazione sia richiesta al bisogno, il rapporto di lavoro è subordinato¹⁵.

La giurisprudenza è molto oscillante sulla qualificazione autonoma o subordinata dell'attività di insegnamento nella scuola privata. Infatti è stata considerata autonoma la prestazione del docente che si sia obbligato a tenere un numero minimo di lezioni¹⁶, mentre è subordinato il rapporto che si svolga con modalità tali da comportare l'inoperosità dell'insegnante per alcune ore presso la scuola e l'osservanza di un orario di lavoro predisposto dalla stessa direzione scolastica¹⁷.

Note

⁸ Cass. 7 aprile 1998, n. 3606; Cass. s.u. 13 febbraio 1999, n. 61; Cass. 15 giugno 1999, n. 5960 in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 657; Cass. 1° marzo 2002, n. 3001, in *Inf. prev.*, 2002, 408.

⁹ Cass. 4 aprile 1987, n. 3282 in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 338; Cass. 29 maggio 1996, n. 4948 in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Lavoro (Rapporto)* n. 338; Cass. 14 giugno 2006, n. 13714; Cass. 18 aprile 2007, n. 9264, in *Not. giur. lav.*, 2007, 390.

¹⁰ Cass. 20 settembre 1989, n. 3890 in *Dir. lav.*, 1990 II, 242 Cass. 26 ottobre 1994, n. 8804 in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 496 nella specie era stata ravvisata la subordinazione del medico nel dovere di rispettare un orario di lavoro e turni di servizio), mentre altre volte gli stessi medici esterni sono qualificati come lavoratori autonomi.

¹¹ Cass. 22 luglio 1983, n. 5050, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 446.

¹² Cass. 10 marzo 1994, n. 2352, in *Dir. lav.*, 1994, II, 117; Cass. 29 novembre 2002, n. 16997, *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Lavoro (Rapporto)* [3890], n. 581.

¹³ Cass. 20 febbraio 1995, n. 1827, in *Foro it.*, 1995, I, 1152.

¹⁴ V. Cass. 6 maggio 1999, n. 4558, in *Lav. e prev. oggi*, 1999, 1874.

¹⁵ Cass. 27 marzo 2000, n. 3674, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 627; Cass. 7 settembre 2006, n. 19231; Cass. 12 febbraio 2008, n. 3320.

¹⁶ Cass. 13 settembre 1986, n. 5573, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 367; Cass. 21 maggio 2003, n. 8028, in *Foro it.*, 2003, I, c. 3321.

¹⁷ Cass. 10 febbraio 1992, n. 1506, che, con riferimento all'attività di insegnamento, considera elemento rivelatore de-

Il rapporto di lavoro dei c.d. messaggeri metropolitani è stato oggetto di una contrastante giurisprudenza di merito e di legittimità, anche se, a mio avviso esattamente, la Cassazione civile, diversamente da quella penale, ha considerato autonomo il suddetto rapporto quando il messaggero metropolitano decida autonomamente se lavorare, e comunque sia libero di accettare l'incarico di recapito trasmesso via radio dalla sede aziendale¹⁸.

Ancora, una sentenza della Cassazione¹⁹ ha svalutato, a mio avviso eccessivamente, il requisito delle direttive come dato di identificazione della fattispecie, quando ha qualificato come subordinato il rapporto di lavoro di un propagandista farmaceutico, ritenendo sufficiente l'esistenza di direttive di ordine generale impartite dal datore di lavoro.

Con questo tipo di argomentazioni si dilata a dismisura l'area della subordinazione che finisce per coprire ogni forma di lavoro autonomo continuativo e si favorisce quel fenomeno di rigetto dell'uso del contratto di lavoro subordinato.

Come si può constatare, le direttive come criterio discrezionale tra lavoro subordinato e autonomo lascia al giudice un notevole margine di discrezionalità nell'individuazione della disciplina applicabile alla fattispecie concreta.

5.1. Rapporto di lavoro subordinato, agenzia e mandato

Non c'è dubbio che in talune ipotesi di lavoro autonomo continuativo come l'agenzia o il mandato è agevole riscontrare lo stesso margine di autonomia non solo nell'esecuzione, ma anche nell'organizzazione della prestazione lavorativa tra la prestazione dell'agente e del mandatario e quella del lavoratore subordinato²⁰.

Anzi talune prestazioni di dirigenti o di lavoratori altamente specializzati sono contrassegnate da un grado di autonomia probabilmente più ampio di quello riconosciuto alla prestazione di certi agenti e di certi mandatari. Sicché spesso si dice che la distinzione tra le direttive impartite al lavoratore subordinato e le istruzioni impartite all'agente sia soltanto di ordine quantitativo.

A questa tesi se ne può contrapporre un'altra che dà corpo e spazio alla coordinazione e alla continuità della prestazione. Sia la prima che la seconda rileverebbero diversamente nel lavoro autonomo continuativo e nel lavoro subordinato²¹.

Quanto alla continuità, se è vero che in entrambi i casi questa riguarda l'adempimento dell'obbligazione e perciò soddisfa un interesse durevole del datore di lavoro e del committente, si deve osservare che solo nel lavoro subordinato la continuità concerne la disponibilità del comportamento del lavoratore²². In altre parole il lavo-

---

Note

cisivo della subordinazione la circostanza che le prestazioni del docente siano soggette, nel loro concreto svolgimento, a poteri datoriali di direzione e di controllo momento per momento, pur compatibilmente con le peculiari caratteristiche della detta attività intellettuale, e che la violazione degli obblighi del docente esponga il medesimo a responsabilità disciplinari, avendo invece carattere meramente sussidiario altri elementi (come l'inserimento del docente in un'organizzazione imprenditoriale, la mancanza di rischio economico, la continuità del rapporto, il vincolo di orario e la predeterminazione di un programma).

¹⁸ Cass. 10 luglio 1991, n. 7068; Cass. 25 gennaio 1993, n. 811, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 425.

¹⁹ Cass. 6 luglio 2001, n. 9167, in *Foro it.*, 2002, I, 134.

²⁰ G. Santoro-Passarelli, *Introduzione alle tipologie contrattuali a progetto e occasionali*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di G. Santoro-Passarelli e R. De Luca Tamajo, Padova, 2007, 799.

²¹ G. Santoro-Passarelli, *Diritto dei lavori*, Torino, 2009, 337.

²² Ghera, *Diritto del lavoro*, *Compendio*, 2003, 65.

ratore subordinato diversamente dall'agente è continuativamente a disposizione del datore di lavoro.

Quanto alla coordinazione che contraddistingue la prestazione dell'agente e le prestazioni dei c.d. collaboratori continuativi e coordinati si deve osservare che essa realizza il collegamento funzionale tra attività dell'agente e quella del committente in modo diverso dalla subordinazione.

Infatti nel lavoro subordinato tale collegamento si realizza attraverso l'esercizio del potere direttivo che si configura sia come potere di conformazione della prestazione dovuta, sia come potere di determinare unilateralmente le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, mentre nell'agenzia e nel lavoro coordinato in genere il collegamento funzionale tra agente e committente si realizza soltanto attraverso l'esercizio del potere di conformazione della prestazione dovuta, restando alla volontà delle parti di determinare di comune accordo le modalità di tempo e di luogo di esecuzione della prestazione di lavoro.

6. Il tipo legale e il tipo normativo: metodo sussuntivo e metodo tipologico

A questo proposito va sottolineato che **il metodo più rigoroso di qualificazione del rapporto** per l'applicazione della disciplina della subordinazione, contrassegnata da un elevatissimo tasso d'inderogabilità, è quello della sussunzione della fattispecie concreta nel tipo legale disegnato dall'art. 2094 c.c.

In altre parole la fattispecie concreta deve presentare tutti i connotati della fattispecie astratta e coincidere con essa.

Ma è altrettanto opportuno ricordare come a questo metodo se ne contrapponga un altro, ossia quello tipologico, che fa leva sulla distinzione tra tipo legale e normativo.

Il tipo normativo non individua un tipo legale determinato, ma soltanto talune e non tutte le caratteristiche di un tipo legale, sicché l'applicazione del metodo tipologico consente al giudice di non sussumere la fattispecie concreta in quella astratta, ma di ricondurre la prima al tipo normativo.

Il riferimento al tipo normativo consente quindi al giudice, che debba procedere alla qualificazione di una fattispecie concreta come lavoro subordinato o meno, di considerare come subordinati anche rapporti di lavoro che non presentano tutti i tratti del tipo legale e quindi finisce per ampliare di fatto la sua discrezionalità, sia nella qualificazione della fattispecie concreta, sia nella conseguente determinazione del campo di applicazione della normativa.

7. La cosiddetta disponibilità legislativa del tipo

Il discorso finora condotto sui metodi adottati dall'interprete per individuare la disciplina applicabile alla fattispecie concreta consente di chiarire un problema divenuto complesso per gli equivoci che si sono accumulati a seguito degli interventi della Corte costituzionale, e cioè quello della c.d. disponibilità del tipo da parte del legisla-

tore. Espressione di uso ormai corrente, ma erronea e fuorviante perché compete al legislatore definire e regolare i tipi che per l'appunto sono denominati legali.

Più precisamente si tratta di accertare se il legislatore, quando disciplina un rapporto di lavoro qualificabile come di lavoro subordinato, possa escludere una parte del trattamento normativo previsto dallo stesso tipo legale²³.

La Corte costituzionale ha negato ripetutamente²⁴ che il legislatore possa disporre del tipo lavoro subordinato, e cioè possa separare la fattispecie dal corrispondente trattamento normativo o da una parte di esso.

E per fondare questo assunto postula “una nozione effettuale di subordinazione come nozione presupposta dal sistema dei diritti costituzionali”²⁵.

La Corte, infatti, in entrambe le sentenze ha cura di precisare che “non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principii, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato”²⁶.

Sulla base di questo postulato il giudice delle leggi salda in modo indissolubile la

Note

²³ V. Montuschi, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *Lav. dir.*, 1993, 21 ss.

²⁴ Corte cost. 31 marzo 1994 n. 115, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 298; 29 marzo 1993, n. 121 in *Foro it.*, 1993, I, c. 2432 ss. È opportuno precisare che la Corte costituzionale nella prima sentenza (29 marzo 1993, n. 121) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, legge 23 giugno 1961, n. 520, che non riconosceva alcun trattamento di previdenza e di quiescenza né l'indennità di licenziamento al personale a prestazione saltuaria estraneo all'Amministrazione dello Stato per il servizio del turismo e dello spettacolo nella parte in cui la stessa norma fosse applicabile “a incarichi destinati a dar luogo a rapporti che presentano i caratteri oggettivi propri del lavoro subordinato”. L'esclusione del trattamento di previdenza e quiescenza e dell'indennità di licenziamento costituisce una violazione dell'art. 36 Cost. per questo genere di rapporti.

Viceversa con la seconda sentenza (31 marzo 1994, n. 115) la Corte costituzionale ha esattamente dichiarato, ai sensi del diritto vigente, inammissibile la questione di legittimità costituzionale riferita all'art. 13, commi 2 e 3, legge 23 dicembre 1992, n. 498, come sostituita dall'art. 6-bis, d.l. 18 gennaio 1993, n. 9 convertito nella legge 18 marzo 1993, n. 67 perché le unità sanitarie locali alla pari degli enti locali non sono soggetti all'adempimento degli obblighi previdenziali per i contratti d'opera o per prestazioni professionali.

Le motivazioni contenute nella prima sentenza non sono condivisibili perché collegano due piani di ragionamento diversi, ossia quello riguardante il rapporto tra autonomia delle parti e tipo legale e quello concernente il rapporto tra fattispecie e trattamento normativo applicabile dal legislatore.

Si afferma, infatti, a sostegno della ritenuta indisponibilità della natura del rapporto di lavoro, che la qualificazione voluta dalle parti non può prevalere sulle modalità effettive del suo svolgimento. E questa affermazione è esatta. In questo caso il giudice nell'interpretare il contratto ai sensi dell'art. 1362 c.c. può qualificare la fattispecie concreta come subordinata, e applicare ad essa il trattamento normativo previsto dal tipo legale, anche contro la diversa qualificazione del rapporto operata dalle parti. Non solo perché deve essere valutato il comportamento delle parti anche successivo alla conclusione del contratto, ma perché le norme che regolano il rapporto di lavoro sono inderogabili. E questo discorso, come è facile intendere, concerne il fatto che l'autonomia delle parti non può disporre validamente del tipo legale, ma non rileva o rileva pochissimo ai fini della cd. disponibilità del tipo da parte del legislatore.

La Corte (29 marzo 1993, n. 121), per fondare la pronuncia di incostituzionalità dell'art. 11, legge 23 giugno 1961, n. 520 deve necessariamente qualificare il rapporto del personale saltuario di cui all'art. 10 legge cit., come subordinato. E in secondo luogo, rendendosi conto che questa conclusione non è sufficiente per raggiungere il risultato dell'incostituzionalità della suddetta norma, deve postulare “una nozione effettuale di subordinazione come nozione presupposta dal sistema dei diritti costituzionali”. Solo dopo questo lungo e opinabile percorso argomentativo, la Corte può arrivare alla conclusione che al legislatore non è consentito escludere i diritti di natura retributiva (art. 11, legge cit.) perché gli stessi sono garantiti dall'art. 36, comma 1, Cost., se il rapporto di lavoro del personale saltuario è configurabile come rapporto di lavoro subordinato.

²⁵ V. con intento parzialmente diverso D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 63 e 67.

²⁶ In senso adesivo anche Cass. 25 maggio 1998, n. 5214, in *Giur. it.*, 1999, 1406.

fattispecie al trattamento normativo nel quale ricomprende il principio della retribuzione sufficiente.

Ma questa operazione interpretativa è arbitraria e riduttiva. La Costituzione infatti non ha recepito alcuna nozione di subordinazione né legislativa né effettuale perché i principi e i diritti sanciti negli artt. 35-40 Cost. non sono riferibili esclusivamente al lavoro subordinato, ma al lavoro in tutte le sue forme e applicazioni.

Né vale sostenere in contrario che storicamente, almeno con riferimento all'art. 36 Cost., il principio della retribuzione sufficiente è stato riconosciuto solo al lavoro subordinato.

Questa circostanza è dipesa dal fatto che il contratto collettivo o il giudice *ex art.* 2099 c.c., sono abilitati a quantificare i minimi di trattamento economico nel rapporto di lavoro subordinato, e conseguentemente hanno inventato e applicato, ovviamente, solo nel lavoro subordinato, il principio della retribuzione sufficiente previsto dall'art. 36, comma 1, Cost.

Tuttavia l'art. 36, comma 1, Cost. non impedisce al legislatore ordinario o anche ad un atto amministrativo, o ad un accordo economico collettivo, come avviene per gli agenti, di determinare i minimi di trattamento economico ovvero di individuare criteri e procedure per garantire la retribuzione sufficiente anche ad altre forme di lavoro autonomo, come per esempio potrebbero essere le collaborazioni continuative e coordinate.

E d'altra parte anche le altre disposizioni costituzionali dedicate al lavoro non sono riferibili solo al lavoro subordinato.

In primo luogo l'art. 35 Cost., che è la norma di apertura del titolo III, prevede l'impegno della Repubblica a tutelare il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni, e quindi smentisce la interpretazione limitativa. L'art. 37 Cost. stabilisce la parità di trattamento tra uomo e donna e il diritto dei minori, a parità di lavoro, alla parità di retribuzione, e perciò prevede e regola diritti che possono essere fatti valere anche al di fuori del lavoro subordinato, per non parlare dell'art. 38 Cost, che addirittura esplicitamente riconosce ad ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale.

Gli art. 39 e 40 Cost. sono le norme riferite alla rappresentanza sindacale dei lavoratori e al diritto di sciopero tradizionalmente riconosciuti ai lavoratori subordinati.

Ma è noto che recenti interventi legislativi (artt. 4-*quater* e 8, legge 12 giugno 1990 n. 146 come modificata dalla legge 11 aprile 2000, n. 83) hanno riconosciuto l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali anche ai lavoratori autonomi richiamando le organizzazioni sindacali di rappresentanza degli interessi di questi ultimi. E la stessa commissione di garanzia di recente ha riconosciuto l'applicazione delle disposizioni della legge sullo sciopero nei servizi essenziali alle collaborazioni coordinate e continuative.

Se le summenzionate norme costituzionali non sono riferibili solo al lavoro subordinato ne consegue che nella Costituzione non vi è il riconoscimento di una nozione oggettiva di subordinazione come presupposto per l'applicazione dei diritti costituzionali in materia di lavoro.

Questa conclusione non consente di affermare che il legislatore, nell'ambito della sua discrezionalità, possa regolare due fattispecie identiche con un trattamento nor-

mativo diverso, e per contro, due fattispecie diverse con una medesima disciplina perché violerebbe il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.

Invece dal combinato disposto degli art. 3, 35 Cost. discende il vincolo per il legislatore ordinario ad una ragionevole distribuzione delle tutele tra i diversi rapporti di lavoro.

Ma accettata questa seconda conclusione piuttosto semplice, rimane da chiarire una questione ulteriore e diversa anche se connessa con la prima, e cioè se sia consentito al legislatore di individuare per due fattispecie di diversa natura una disciplina parzialmente analoga senza per questo cadere nella censura di avere violato l'art. 3 Cost.

A titolo di esempio, se il legislatore ordinario possa riconoscere le ferie e i riposi, la tutela della maternità e malattia anche al prestatore di lavoro titolare di un rapporto di lavoro autonomo continuativo (vale la pena ricordare che garanzie di questo tenore sono state introdotte da ultimo dall'art. 66, d.lgs. n. 276/2003).

La risposta all'interrogativo è positiva con l'avvertenza di avere presente che spetterà alla Corte costituzionale stabilire il limite oltre il quale il legislatore, nella definizione dei tipi e nella dislocazione delle relative tutele e, quindi nella individuazione di una disciplina parzialmente analoga a rapporti di lavoro di natura diversa, abbia violato il principio stabilito dall'art. 3 Cost.²⁷

Ciò significa che il rispetto della ragionevolezza impone al legislatore di apportare deroghe a disposizioni di contenuto generale, in forza di requisiti di diversità della fattispecie rispetto al tipo lavoro subordinato²⁸.

La legislazione recente ha spesso negato la qualificazione di lavoro subordinato a diversi rapporti di lavoro: basti pensare al lavoro del volontario (art. 2, comma 3, legge 11 agosto 1991, n. 266), ai lavori socialmente utili (art. 8, d.lgs. 1° dicembre 1997, n. 468), ai tirocinii formativi (art. 18, legge 24 giugno 1997, n. 196), alle borse di lavoro e ai lavori di pubblica utilità (art. 1, d.lgs. 7 agosto 1997, n. 280).

In questi casi l'esclusione della disciplina del lavoro subordinato non dipende dalla separazione tra fattispecie e trattamento normativo applicabile, ma dalla diversità, almeno parziale, della fattispecie regolata rispetto a quella disegnata dall'art. 2094 c.c. e dalle finalità che assolvono questi rapporti.

Il discorso sulla cosiddetta disponibilità legislativa del tipo ritorna di attualità con l'art. 69, d.lgs. n. 276/2003 che ha stabilito la conversione delle collaborazioni continuative e coordinate senza l'individuazione di uno specifico progetto in rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dall'origine del rapporto.

La norma così interpretata, secondo qualche autore²⁹, sarebbe incostituzionale perché il legislatore avrebbe disposto del tipo legale. In realtà il rilievo, almeno in questi termini, non è corretto. Infatti è vero che in questo caso la norma impedisce alle parti di regolare contrattualmente un rapporto di collaborazione continuativa e coordinata senza progetto, ma è altrettanto vero che tali rapporti non sono tipici e quindi il legislatore nel caso di specie non dispone di alcun tipo legale.

Note

²⁷ V. sul punto G. Santoro-Passarelli, *La flexisecurity in Italia*, in *Dir. lav. merc.*, 2008, 234.

²⁸ V. in questo senso R. Scognamiglio, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 119.

²⁹ V. in questo senso Vallebona, *La riforma dei lavori*, Padova, 2004.

Ed è dubbio che l'art. 69, comma 1, possa essere censurato per violazione dell'art. 41, comma 1, Cost. e cioè per una irragionevole limitazione dell'autonomia privata, perché l'art. 1322, comma 2, c.c. consente alle parti di concludere contratti che non appartengono ai tipi legali purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. E non si può escludere che il giudizio di meritevolezza possa competere oltre che al giudice allo stesso legislatore.

Beninteso questa conclusione non deve essere fraintesa: infatti non autorizza a ritenere che le collaborazioni continuative e coordinate non a progetto rientrino in una nozione allargata di subordinazione perché l'art. 2094 c.c. non può accogliere prestazioni di lavoro eseguite espressamente senza vincolo di subordinazione.

Questo rilievo consente invece di prospettare una censura nei confronti dell'art. 69, comma 1, anche per violazione dell'art. 3 e 35 Cost. perché le collaborazioni effettivamente coordinate e quindi diverse dal lavoro subordinato finirebbero per essere assoggettate alla disciplina del lavoro subordinato.

8. Il contratto di lavoro: le parti

Il rapporto di lavoro si costituisce, come si vedrà, con la conclusione del contratto di lavoro, qualificato dalla prevalente dottrina come **contratto a prestazioni corrispettive** e come contratto **bilaterale**.

Il **prestatore di lavoro subordinato è una persona fisica**.

Il **datore di lavoro può essere una persona fisica o giuridica** o comunque un'organizzazione dotata di soggettività giuridica. La natura pubblica o privata del datore di lavoro e l'oggetto dell'attività svolta mentre non incidono sulla capacità giuridica e di agire del datore di lavoro possono essere rilevanti ai fini della disciplina legale e collettiva applicabile.

9. Capacità giuridica e capacità di agire del lavoratore

L'età minima per l'ammissione al lavoro coincide con la cessazione del periodo di istruzione obbligatoria e comunque con il compimento del quindicesimo anno di età (art. 2, comma 3, Convenzione Oil 26 giugno 1973, n. 138, nonché Convenzione Oil 17 giugno 1999, n. 182; art. 5, d.lgs. 4 agosto 1999, n. 345 emanato in attuazione della direttiva n. 94/33 relativa alla protezione dei giovani sul lavoro che ha modificato la legge 17 ottobre 1967, n. 977 che prevedeva la tutela del lavoro dei fanciulli). Il minore è attualmente considerato adolescente tra il quindicesimo e il diciottesimo anno di età e non è più soggetto all'obbligo scolastico, mentre è considerato bambino (art. 1) il minore che non ha ancora compiuto 15 anni di età o che è ancora soggetto all'obbligo scolastico. È ammessa, previa autorizzazione della direzione provinciale del lavoro e assenso scritto della potestà genitoriale l'impiego dei minori in attività lavorative di carattere culturale, sportivo o pubblicitario e nel settore dello spettacolo (art. 6). È previsto un trattamento particolare per l'orario di lavoro con divieto di lavoro notturno (art. 10), i riposi, le ferie. Sono previste le prestazioni previdenziali per i

bambini di qualsiasi età, anche se adibiti al lavoro in violazione delle norme sull'età minima (art. 24).

Di norma il lavoratore acquista con il compimento del diciottesimo anno la capacità di stipulare il contratto di lavoro (art. 2 c.c.), salva l'emancipazione del minore con il matrimonio. Sono comunque fatte salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore al diciottesimo anno che consente al minore di stipulare il contratto di lavoro riconoscendogli l'abilitazione "all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro" (art. 2, comma 2)³⁰.

È appena il caso di precisare che alla violazione dei divieti di adibizione al lavoro o di esclusione dal lavoro del minore, penalmente sanzionata, è applicabile l'art. 2126, comma 2.

10. I requisiti del contratto di lavoro

10.1. L'accordo delle parti

È uno dei requisiti del contratto di lavoro. Con la sottoscrizione delle parti si conclude il contratto di lavoro. Spesso la conclusione del contratto di lavoro si realizza con la sottoscrizione da parte del lavoratore della lettera di assunzione predisposta dal datore di lavoro.

Nella lettera di assunzione viene normalmente indicato il contratto collettivo applicabile, il livello retributivo e le mansioni e talvolta sono contenuti patti individuali che prevedono trattamenti di miglior favore costituiti spesso da incrementi retributivi corrisposti *ad personam* rispetto ai minimi previsti dal contratto collettivo.

E la proposta contrattuale contenuta nella lettera di assunzione, di norma, può essere soltanto accettata o respinta in blocco, ma difficilmente modificata dal lavoratore.

La lettera di assunzione, infatti, è preceduta solo in casi particolari da trattative tra le parti (per es. alti dirigenti e professionalità altamente qualificate) e in questi casi la mancata assunzione integra gli estremi della responsabilità precontrattuale del datore di lavoro.

Come si è già accennato il tramonto del nulla osta preventivo all'assunzione comporta la chiusura del capitolo, largamente dibattuto in dottrina - ma assestatosi progressivamente in giurisprudenza - sul rapporto tra atto amministrativo di avviamento e conclusione del contratto di lavoro.

La giurisprudenza della Cassazione aveva ormai un orientamento consolidato secondo il quale l'atto amministrativo di avviamento al lavoro non determinava automaticamente la costituzione del rapporto, ma faceva sorgere in capo al datore di lavoro l'obbligo di stipulare il relativo contratto, obbligo che non era suscettibile di esecuzione forzata. L'inadempimento di tale obbligo imponeva perciò al datore di lavoro l'obbligo di risarcire il danno al lavoratore avviato e non assunto, danno che secondo il disposto dell'art. 1223 deve comprendere sia il lucro cessante che il danno emergente³¹.

Note

³⁰ F. Santoro-Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995, 142 ss.

³¹ Da ultimo Cass. 24 ottobre 1991, n. 11294 in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Lavoro (Collocamento)*, n. 21; Cass 2 marzo 1998, n. 2295, in *Not. giur. lav.*, 1998, 130.

La restituzione al datore di lavoro della facoltà di scelta del contraente, rimanendo, comunque, fermi i divieti di discriminazione operanti anche nell'accesso al lavoro, ripropone sul piano civilistico, in merito alla conclusione del contratto di lavoro, la problematica della responsabilità contrattuale del datore di lavoro³² in caso di mancata assunzione.

Con la conclusione del contratto si instaura il rapporto di lavoro che, come è stato autorevolmente affermato³³, ha una struttura complessa perché “accanto alle due obbligazioni fondamentali gravitano una serie di oneri e obblighi strumentali od accessori e corrispondenti pretese, potestà di preposizioni e corrispondenti soggezioni che, rimanendo distinti dal debito e dal credito di lavoro e di retribuzione, concorrono a formare la posizione del prestatore e datore di lavoro”.

10.2. La causa

Dall'art. 2094 c.c., che pure definisce il prestatore di lavoro subordinato, si evince con chiarezza che la causa del contratto di lavoro consiste ancora nello scambio di lavoro subordinato contro retribuzione. Si tratta quindi di un contratto a prestazioni corrispettive che mette in evidenza gli interessi contrapposti delle parti e non un interesse comune delle stesse.

Tuttavia la corrispettività non è piena ma subisce notevoli deviazioni nel contratto di lavoro non solo perché la retribuzione deve essere comunque sufficiente (art. 36 Cost), ma perché il lavoratore ha comunque diritto ad un trattamento economico durante la malattia e le ferie (art. 2110 c.c.) in assenza della prestazione lavorativa, o al trattamento della cassa integrazione anche in caso d'impossibilità totale o temporanea della prestazione per le cause integrabili.

10.3. La forma

Per il contratto di lavoro a tempo indeterminato e a tempo pieno non è richiesta alcun requisito di forma. E quindi la volontà delle parti può essere dichiarata anche tacitamente e per comportamento concludente.

Tuttavia il datore di lavoro è obbligato a informare gli uffici preposti al collocamento dell'avvenuta stipulazione del contratto e del suo contenuto³⁴.

In particolare il d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 prevede che il datore di lavoro debba fornire al lavoratore, entro trenta giorni dall'assunzione, un documento contenente le condizioni applicabili al rapporto di lavoro (sulla base di un elenco di informazioni predisposto dallo stesso provvedimento legislativo che attua in Italia la direttiva europea 91/533/Ce del 14 ottobre 1991).

Una forma scritta *ad substantiam* è richiesta per il contratto di lavoro sportivo (art. 4, comma 1, legge n. 91/1981), come pure per l'apposizione del termine nel contratto

---

Note

³² Cfr. già Montuschi, *Il giudice, il collocamento e il mercato del lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1987, n. 2, 187 ss. 193; da ultimo Basenghi, *L'assunzione ordinaria del lavoratore alla luce del nuovo regime legale: profili civilistici*, in *Dir. lav.*, 1993, I, 569 ss.

³³ F. Santoro-Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995, 89.

³⁴ E deve rilasciare al lavoratore una dichiarazione contenente i dati della registrazione effettuata nel libro matricola in uso e, ove non applichi il contratto collettivo, la durata delle ferie, la periodicità della retribuzione la durata normale giornaliera o settimanale di lavoro (art. 9-bis commi 2 e 3, legge n. 510/1996).

a tempo determinato, per il contratto di formazione e lavoro, per il contratto di inserimento, per il contratto di somministrazione, per il patto di prova, per il patto di non concorrenza e per il contratto di reinserimento dei lavoratori disoccupati (art. 20, comma 5, legge n. 223/1991).

La forma scritta è richiesta, ai fini della prova, per il lavoro a tempo parziale, per il lavoro a prestazioni ripartite, per il lavoro intermittente, per il lavoro a progetto.

10.4. L'oggetto

L'oggetto del contratto di lavoro è costituito dalle mansioni e dalla retribuzione.

Normalmente le mansioni sono indicate nel contratto indirettamente attraverso il rinvio alle qualifiche o livelli, previsti dai contratti collettivi, che raggruppano una serie di mansioni professionalmente equivalenti alle quali corrispondono le rispettive retribuzioni indicate al minimo nei diversi livelli retributivi previsti dal contratto collettivo. È tuttavia previsto che il giudice determini la retribuzione in caso di mancato accordo tra le parti (art. 2099, comma 2, c.c.) o in caso di violazione dei criteri stabiliti dall'art. 36 Cost.

10.5. L'onerosità e il lavoro gratuito

Il contratto di lavoro subordinato è un contratto a prestazioni corrispettive **oneroso** perché la controprestazione del datore di lavoro è costituita dalla retribuzione.

L'onerosità del contratto di lavoro subordinato induceva, in passato, la dottrina a presumere la illiceità del contratto di lavoro subordinato gratuito per contrasto con l'art. 36 Cost.³⁵

La dottrina più recente³⁶ invece **considera il lavoro gratuito come oggetto possibile di contratti innominati ex art. 1322 c.c. i quali sono ammessi a condizione che siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.**

In tali contratti la meritevolezza degli interessi perseguiti viene fatta coincidere, indipendentemente dalle concrete modalità di svolgimento del rapporto, con la sussistenza di una finalità ideale non lucrativa e pertanto riconducibile a scopi altruistici di solidarietà sociale e politica o anche religiosa³⁷.

In questi rapporti la prestazione è resa *affectionis vel benevolentiae causa* o in esecuzione di doveri morali o sociali (art. 2034 c.c.).

Ad esempio l'attività, non di culto, svolta dal religioso per l'ente di appartenenza³⁸.

Diversa qualificazione può avere il lavoro dei religiosi a favore di terzi. E in particolare l'attività sacerdotale a favore di terzi è stata considerata dalla Cassazione addi-

---

Note

³⁵ Scognamiglio, *Lezioni di diritto del lavoro*, Bari, 1972, 146.

³⁶ Ghera, *Diritto del lavoro*, cit. 84 ss.

³⁷ Cass. 6 aprile 1999, n. 3304, in *Rep. Foro it.* 1999, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 1383; Cass. 20 febbraio 2006, n. 3602, in *Dir. lav.*, 2006, II, 666 ss.

³⁸ La Cassazione ha avuto modo di affermare, Cass. 7 novembre 2003, n. 16774, in *Or. giur. lav.*, 2003, I, 874, che non può essere considerata di lavoro subordinato l'attività di cura e assistenza dei malati da parte di una suora presso l'istituto religioso di appartenenza. In questo caso, infatti, anche la gratuità della prestazione lavorativa si presume in considerazione degli obblighi di obbedienza derivanti dai voti pronunciati.

ruttura di lavoro dipendente non nel suo contenuto quanto nelle sue modalità esteriori³⁹.

In genere le organizzazioni benefiche o anche solidaristiche e ideologiche si avvalgono di collaborazioni gratuite. Ovviamente in questi casi la presunzione di gratuità può essere vinta dalla corresponsione continuativa e non dalla dazione in via occasionale di somme, che può essere giustificata da un intento di liberalità.

In conclusione il lavoro gratuito è lecito a condizione che realizzi un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. In forza dell'art. 1322, comma 2, le parti possono stipulare un contratto di lavoro atipico e il giudice è chiamato a valutare la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti e dichiara la nullità del contratto se esso costituisce il mezzo per eludere la normativa inderogabile del lavoro subordinato (art. 1344 c.c.) o se le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe (art. 1345 c.c.).

Rispetto alla collocazione tuttora marginale di questa figura contrattuale atipica va riscontrata una crescente attenzione legislativa, durante l'ultimo decennio, nei confronti delle prestazioni lavorative gratuite svolte a titolo volontario dagli appartenenti alle organizzazioni del c.d. terzo settore: termine riassuntivo utilizzato per descrivere le attività distinte sia da quelle amministrative svolte dalle istituzioni pubbliche sia da quelle di impresa condotte dai soggetti privati.

11. Il patto di prova

Deve risultare da atto scritto *ad substantiam* che deve essere precedente o contestuale all'assunzione. Il lavoratore in prova ha diritto di eseguire la prestazione dovuta per dimostrare le sue capacità⁴⁰. In ogni caso durante il periodo di prova che non può superare sei mesi, le parti possono recedere liberamente, senza obbligo di preavviso, a meno che non sia convenuta una durata minima della prova (art. 2096, comma 3).

Va comunque precisato che l'obbligo delle parti di consentire e fare l'esperimento comporta l'illegittimità del recesso nel caso in cui il lavoratore provi che l'esiguità della durata e lo scarso valore dei compiti assegnati abbiano reso di fatto irrealizzabile ogni valutazione delle capacità e del comportamento professionale del lavoratore⁴¹, con il conseguente diritto, secondo l'orientamento che appare più convincente, al risarcimento del danno⁴².

L'assunzione diviene definitiva se nessuna delle parti esercita il recesso entro il termine della prova, ed in tal caso il periodo di lavoro già prestato è computato a tutti gli effetti nell'anzianità di servizio⁴³.

Note

³⁹ Cass. s.u. 5 aprile 1986, n. 2366, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2366; Cass. 13 settembre 2006, n. 19558, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 1233.

⁴⁰ Cass. 25 marzo 1996, n. 2631, in *Foro it.*, 1996, I, 1633, Cass. 26 luglio 2002, n. 11122, in *Rep. Foro it.*, 2002 voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 1014; Cass. 17 febbraio 2003, n. 2357, in *Dir. lav.*, 2003, II, 182, Russo.

⁴¹ Corte cost. 22 dicembre 1980, n. 189; Cass. 4 agosto 1998, n. 7644, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 1164; Cass. 17 febbraio 2003, n. 2357, cit. Cass. 13 settembre 2006, n. 19558.

⁴² Cass. 12 marzo 1999, n. 2228, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 802.

⁴³ Del Punta, *Lavoro in prova*, *Enc. giur. Treccani*, XVIII, 1990.

12. La prestazione di fatto

L'origine contrattuale del rapporto di lavoro non è messa in discussione neppure dalla rilevanza giuridica attribuita dal codice alla prestazione di fatto (art. 2126)⁴⁴, in quanto la norma presuppone pur sempre un contratto invalido. Si vuole cioè garantire al lavoratore la tutela dei diritti maturati durante il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione e che invece sarebbe pregiudicata dalla nullità o annullamento del contratto, salvo che non derivi dall'illiceità dell'oggetto e della causa, e salvi in tali casi, la residua azione per ingiustificato arricchimento (cfr. art. 2041 c.c.). Spetta in ogni caso, il diritto alla retribuzione quando il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del lavoratore (art. 2126, comma 2, c.c.).

13. I poteri del datore di lavoro

Con la sottoscrizione del contratto di lavoro il datore di lavoro è legittimato a esercitare i poteri nei confronti del lavoratore assunto. Tali poteri hanno la loro fonte nel contratto ma l'esercizio è spesso regolato dalla legge. Come si avrà modo di esaminare nei prossimi paragrafi, il legislatore ha progressivamente introdotto limiti al loro esercizio (es. **potere di licenziamento**) e in, qualche caso ne ha anche procedimentalizzato l'esercizio, (es. **potere disciplinare**), ma è bene subito sottolineare che i limiti ai poteri dell'imprenditore (datore di lavoro) previsti dal nostro legislatore sono esterni e mai funzionali, del resto in conformità allo spirito dell'art. 41, comma 2, Cost.

La norma costituzionale infatti ha sancito che l'iniziativa economica privata è libera. E non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e in modo da recare danno alla sicurezza alla libertà e alla dignità umana. Secondo l'interpretazione che qui si condivide⁴⁵ l'utilità sociale non costituisce un limite funzionale, ma un limite esterno rispetto all'iniziativa economica. Un limite funzionale risulterebbe in palese contrasto con il primo comma dell'art. 41 Cost.

D'altra parte l'utilità sociale è un contenitore vuoto non applicabile immediatamente dal giudice anche perché per la sua indeterminatezza si presterebbe ad interpretazioni giudiziarie assolutamente soggettive, non certo funzionali a garantire il principio fondamentale in ogni consorzio civile della certezza del diritto.

In realtà l'utilità sociale, la sicurezza, la dignità e la libertà umana sono contenitori che vanno riempiti di contenuto normativo dal legislatore, espressione del principio democratico della maggioranza, come puntualmente si è verificato con una serie di leggi in materia di lavoro, e in particolare con lo Statuto dei lavoratori, che non a caso si intitola alla libertà e dignità del lavoratore.

Si vuole dire in altri termini che la legge e la contrattazione collettiva possono limitare progressivamente l'esercizio dei poteri dell'imprenditore, (come si è verificato

---

Note

⁴⁴ Dell'Olio, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Padova, 1970.

⁴⁵ Mancini, *Il diritto al lavoro rivisitato*, in *Pol. dir.* 1974 e già Minervini, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 618.

per es. in materia di licenziamento, prima con la legge del 1966 e poi con l'art. 18, Stat. lav.), ma mai funzionalizzare il loro esercizio all'utilità sociale.

L'imprenditore ha diritto di costituire l'impresa per perseguire un profitto e la legge ordinaria non può imporgli di perseguire l'interesse pubblico o interessi alieni.

Discorso diverso è quello degli incentivi o degli sgravi fiscali o contributivi concessi all'imprenditore per indurlo e non costringerlo a intraprendere iniziative economiche o ad assumere nuovo personale in aree geografiche particolarmente depresse del Paese, indicate in concreto dalla legge o dal contratto collettivo.

E tanto meno la funzionalizzazione dei poteri dell'imprenditore può fondarsi sulle clausole generali di buona fede e correttezza che sono norme di condotta, non idonee a creare obbligazioni autonome in capo alle parti del contratto di lavoro.

In materia di lavoro, il giudice non è abilitato, come talvolta è invece avvenuto, a introdurre surrettiziamente, attraverso l'uso disinvolto delle clausole di buona fede e correttezza, limiti all'esercizio dei poteri dell'imprenditore che la legge o il contratto collettivo non hanno previsto.

Né le clausole di buona fede e correttezza generano obblighi di motivazione salvo che tali obblighi siano previsti dalla legge o dal contratto collettivo perché, come si è detto, i poteri del datore di lavoro non sono funzionali e perciò non sono assimilabili ai poteri della pubblica amministrazione contrassegnati dalla discrezionalità amministrativa.

D'altra parte il motivo nell'area del contratto è rilevante solo se illecito e comune ad entrambe le parti (art. 1345 c.c.).

13.1. Il potere direttivo

Il primo dei poteri che compete al datore di lavoro è il **potere direttivo** (art. 2103, c.c. e art. 2104, comma 2, c.c.)⁴⁶.

Il datore di lavoro attraverso l'esercizio del potere direttivo determina le disposizioni per l'esecuzione (e la disciplina) del lavoro (art. 2104, comma 2, c.c.) e non solo è legittimato a stabilire i termini e i modi in cui la prestazione lavorativa deve essere svolta affinché la medesima risulti utile per la realizzazione del programma produttivo, ma è legittimato altresì a modificare unilateralmente, in corso di rapporto, le suddette modalità di esecuzione della prestazione lavorativa.

Viceversa nei contratti di lavoro autonomo anche continuativo, tutte le modalità e le condizioni di svolgimento del rapporto sono determinate e stabilite nel contratto, e non possono essere modificate unilateralmente dal committente ma solo consensualmente.

In secondo luogo il datore di lavoro deve adibire il lavoratore alle mansioni pattuite. Ma tale adibizione pur essendo dovuta in forza del contratto, costituisce pur sempre l'esercizio del potere direttivo, come l'individuazione di volta in volta, nello svolgimento del rapporto, delle mansioni, tra quelle previste al momento dell'assunzione e ricomprese nella qualifica o livello o area professionale indicate dai contratti collettivi.

Note

⁴⁶ Cfr. G. Santoro-Passarelli, *Diritto dei lavori*, Torino, 2009, 85 e R. De Luca Tamajo, *Profili di rilevanza del potere direttivo*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 467 ss.

L'assegnazione delle mansioni al lavoratore comporta l'inquadramento dello stesso nelle categorie legali o nelle categorie contrattuali o livelli o aree professionali previste dalla contrattazione collettiva.

Il lavoratore può essere inquadrato in una delle quattro categorie di lavoratori subordinati previste dall'art. 2095 c.c.: gli operai, gli impiegati, i quadri e i dirigenti.

Le categorie legali dei lavoratori vanno distinte da quelle contrattuali, da quelle cioè create dalla contrattazione collettiva. Basti pensare alla categoria dei funzionari istituita, in passato, dai contratti del settore assicurativo e del credito.

Nel nostro sistema, i criteri per stabilire l'appartenenza del lavoratore a ciascuna delle categorie legali sono stabiliti dalla contrattazione collettiva. D'altra parte questa, provvedendo a quantificare il trattamento economico e a specificare quello normativo applicabile ai lavoratori delle diverse categorie, ne delimita i confini e ne determina l'identità e la rilevanza.

13.2. *Jus variandi*

È noto che l'oggetto del contratto, in base ai principi generali, può essere modificato consensualmente.

In deroga a questo principio, sia il vecchio che il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. riconoscono al datore di lavoro il potere di modificare unilateralmente le mansioni concordate inizialmente ⁴⁷ attraverso l'assegnazione di mansioni superiori o l'assegnazioni di mansioni professionalmente equivalenti ⁴⁸.

13.3. **Il potere di trasferimento e la trasferta**

In deroga ai principi generali, l'art. 2103, comma 1, secondo periodo, riconosce al datore di lavoro il potere di modificare unilateralmente il luogo di esecuzione della prestazione lavorativa, ancorché questo sia stato determinato consensualmente nel contratto di lavoro al momento dell'assunzione, per comprovate ragioni tecniche organizzative e produttive.

In questo caso, il sindacato del giudice ha come oggetto il nesso di causalità tra la ragione tecnica, come tale insindacabile, e il trasferimento del lavoratore. Si tratta quindi di un controllo di legittimità e non di merito e l'onere della prova spetta al datore di lavoro.

Il trasferimento comporta un mutamento definitivo del luogo di lavoro ⁴⁹. Si deve trattare di una dislocazione topografica nell'ambito del territorio nazionale, e non di un semplice trasferimento nell'ambito di una stessa unità produttiva nell'ambito di una stessa zona.

Per il trasferimento all'estero la dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono necessario il consenso del lavoratore perché l'obbligo di collaborazione non copre un mutamento così radicale delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa.

Note

⁴⁷ Cfr. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore*, Milano, 1997; per ulteriori approfondimenti vedi G. Santoro-Passarelli, *Diritto dei lavori*, Torino, 2009, 105 e ss.

⁴⁸ Sulla legittimità di meccanismi convenzionali di mobilità orizzontale previsti dalla contrattazione collettiva vedi, da ultimo, Cass., s.u. 24 novembre 2006, n. 25033, in *Foro it.*, 2007, I, c. 786 ss.

⁴⁹ Cass., 25 ottobre 2001, n. 13193 in *Foro it.*, 2002, I, 399; Cass. 15 maggio 2006, n. 11103, in *Foro it.*, 2007, I, c. 531.

Di norma è pattuita la corresponsione di un'indennità estero aggiuntiva rispetto alla retribuzione tabellare e la previsione di rimborsi spese di viaggio e eventualmente di alloggio per sé e la famiglia.

Dal trasferimento si distingue la trasferta perché determina un mutamento temporaneo del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa e per la quale è dovuta un'indennità e/o il rimborso spese⁵⁰.

La trasferta a sua volta si distingue dal contratto che ha come oggetto la prestazione di lavoro del trasfertista. Questo rapporto si concreta nello spostamento continuo del lavoratore da un luogo ad un altro e quindi nello svolgimento del lavoro attraverso una serie continua di trasferte.

13.4. Il potere di controllo

Lo Statuto dei lavoratori contiene diverse norme che riconoscono al datore di lavoro il potere di **controllare**:

1) il **patrimonio aziendale attraverso le guardie giurate** (art. 2), e le **visite personali** controllo (art. 6) alle condizioni previste dalla legge;

2) lo svolgimento della prestazione lavorativa attraverso il **personale di vigilanza** (art. 3) e l'uso delle **apparecchiature che consentono il controllo a distanza** quando siano richieste da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro (art. 4);

3) il **personale in caso di assenza per malattia attraverso i medici** dei servizi ispettivi del sistema sanitario nazionale (art. 5);

4) **fatti rilevanti ai fini dell'attitudine professionale** ex art. 8, Stat. lav.

Secondo una parte della dottrina⁵¹, il potere di controllo è un'espressione del, o comunque rientra nel, potere direttivo.

A mio avviso è un potere distinto dal potere direttivo, perché è diretto a verificare l'esatto adempimento dell'obbligazione lavorativa, ed è limitato da norme dello Statuto diverse da quelle che regolano l'esercizio del potere direttivo⁵². Infatti, diversamente da queste ultime, sono poste essenzialmente a garanzia della dignità e della riservatezza del lavoratore.

13.5. Il potere **disciplinare**

Con la conclusione del contratto di lavoro subordinato il datore di lavoro è legittimato ad esercitare il potere disciplinare, già previsto dal codice (art. 2106 c.c.) e proceduralizzato dall'art. 7, Stat. lav.

Si tratta di un potere tipico del contratto di lavoro subordinato che consente al datore di lavoro di punire la violazione degli obblighi di osservanza, di diligenza e di fedeltà che incombono al lavoratore senza compromettere la conservazione e la continuità del rapporto di lavoro.

E non c'è dubbio che la conservazione, in determinati casi, soddisfa più efficacemente della interruzione del rapporto le esigenze dell'organizzazione imprenditoriale.

Note

⁵⁰ Cass. 8 gennaio 2003, n. 94, in *Foro it.*, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 1177.

⁵¹ V. Persiani, Proia, *Contratto e rapporto di lavoro*, cit., 77, 90.

⁵² G. Santoro-Passarelli, *Diritto dei lavori*, Torino, 2009, 89.

Bisogna comunque precisare che l'esercizio del potere disciplinare, a fronte di un inadempimento del prestatore di lavoro, evita di ricorrere ai rimedi previsti dal diritto comune non solo nell'interesse del datore di lavoro, ma anche nell'interesse del lavoratore.

Anche per questa ragione la dottrina classica riteneva che le sanzioni disciplinari avessero soltanto una funzione conservativa e non estintiva del rapporto di lavoro ed escludeva il licenziamento disciplinare dal novero delle sanzioni disciplinari.

14. L'obbligo del lavoratore di eseguire la prestazione di lavoro e il diritto a svolgere le mansioni pattuite

Più volte si è detto che il contratto di lavoro è un contratto di **scambio** costituito dall'obbligazione del datore di lavoro di corrispondere la retribuzione a fronte dell'obbligazione del lavoratore di eseguire la prestazione lavorativa pattuita, e cioè di svolgere le **mansioni per le quali è stato assunto**, fermo restando il potere del datore di lavoro di spostarlo unilateralmente a mansioni equivalenti o superiori.

Secondo la giurisprudenza al lavoratore non possono essere richiesti compiti che esorbitano dalle mansioni assegnate, tanto che lo stesso potrebbe rifiutarsi di eseguirle avvalendosi dell'eccezione contrattuale di inadempimento *ex art. 1460 c.c.*⁵³.

In realtà il rimedio prospettato non è agevolmente attivabile perché il prestatore di lavoro, diversamente da altri contraenti, è pur sempre assoggettato al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro⁵⁴.

Talvolta può verificarsi l'ipotesi che il datore di lavoro "emargini" il lavoratore non mettendolo in condizione di svolgere le mansioni assegnate. In questo caso si discute se: a) il lavoratore abbia diritto ad eseguire la prestazione e se b) abbia diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione del diritto allo svolgimento delle mansioni assegnate⁵⁵.

La dottrina classica riconosceva questo diritto soltanto rispetto a determinati rapporti, come il tirocinio e il contratto di formazione lavoro, in ragione della causa di questi contratti, o in altri rapporti in cui l'interesse è oggettivamente giustificato dalla natura del lavoro.

In questi casi deve considerarsi tutelato anche l'interesse del prestatore di lavoro all'utilizzazione da parte dell'imprenditore del lavoro eseguito nella forma prevista.

Un interesse oggettivamente giustificato del prestatore di lavoro e quindi "un diritto all'esecuzione e all'utilizzazione della prestazione può essere riconosciuto all'interprete di opere drammatiche e musicali, al giornalista, allo sportivo⁵⁶.

Tuttavia, anche nei rapporti in cui non sussista un interesse del prestatore di lavoro oggettivamente giustificato dalla natura del lavoro, si potrebbe sostenere che il mancato svolgimento della prestazione lavorativa protratto per un certo periodo determini

---

Note

⁵³ Cass. 26 giugno 1999, n. 6663, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 927.

⁵⁴ Cfr. Cass. 12 luglio 2002, n. 10187, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 53.

⁵⁵ In questo senso Cass. 3 giugno 1995, n. 6265 in *Foro it.*, 1996, I, 1000.

⁵⁶ F. Santoro-Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., 194.

una perdita o riduzione di professionalità e comunque una lesione della dignità personale.

Gli artt. 4 e 41, comma 2, Cost. attraverso la mediazione dell'art. 2103 c.c. che tutela la professionalità del lavoratore, costituirebbero la base normativa del diritto del prestatore di lavoro a eseguire la prestazione.

In realtà è discutibile individuare nella norma del codice civile il supporto normativo di questa tesi interpretativa.

Bisogna infatti essere avvertiti che il riconoscimento del diritto all'esecuzione della prestazione di lavoro influirebbe sulla causa del contratto di lavoro e metterebbe in discussione la qualificazione del contratto di lavoro come contratto di scambio.

Sembra perciò preferibile la tesi che considera in *mora credendi ex art. 1206 e 1217 c.c.* il datore di lavoro che non coopera all'adempimento dell'obbligazione del lavoratore senza un motivo legittimo.

Come si è già accennato l'esecuzione della prestazione è contrassegnata dall'*intuitus personae* non solo nello svolgimento della prestazione di lavoro, ma ora anche nella costituzione del rapporto da quando è venuta meno la chiamata numerica.

Il riconoscimento dell'*intuitus personae* pone al centro del rapporto di lavoro la persona del lavoratore e la conseguente personalità della prestazione di lavoro che non consente al lavoratore di farsi sostituire nell'esecuzione del lavoro senza il consenso del datore di lavoro a meno che norme legali e contrattuali consentano la sostituzione, come avviene per il lavoro di semplice attesa o custodia come quello dei portieri o nell'ipotesi di sostituzione del lavorante a domicilio (art. 1, comma 1, legge n. 877/1973).

La **personalità della prestazione di lavoro esclude che il prestatore possa avvalersi nello svolgimento della prestazione di sostituti o ausiliari.** Tuttavia in certi casi, come per esempio nello svolgimento di attività professionali o di direzione, è opportuno distinguere l'ipotesi dell'adempimento a mezzo terzi, che è pur sempre una forma di adempimento personale del dipendente, dall'adempimento del terzo estraneo non consentita senza il consenso del datore di lavoro.

15. La diligenza e l'osservanza nell'esecuzione della prestazione lavorativa

L'art. 2104, comma 1, c.c. individua i criteri di valutazione della diligenza del prestatore di lavoro nello svolgimento della prestazione lavorativa: la natura della prestazione e l'interesse dell'impresa.

Il riferimento alla natura della prestazione e non alla diligenza del buon padre di famiglia, richiamato invece dall'art. 1176 c.c., mette in evidenza che, in questo caso, il legislatore assegna precipua importanza alle esperienze e competenze tecniche che il lavoratore deve possedere e impiegare per lo svolgimento della prestazione lavorativa.

Il riferimento all'interesse dell'impresa inteso non in senso istituzionale, ma come interesse obbiettivato dell'organizzazione predisposta per il perseguimento di un risultato liberamente scelto dal datore di lavoro conferma la funzione organizzativa del contratto di lavoro.

Autorevolmente si è detto che la diligenza è misura della qualità e quantità della prestazione dovuta ⁵⁷.

16. Diligenza e scarso rendimento

L'obbligo di diligenza pone un problema delicato: e cioè se la **diligenza** comporti per il dipendente l'obbligo di garantire durante lo svolgimento della prestazione un **rendimento minimo** e di conseguenza se sia qualificabile come inadempimento o inesatto adempimento lo scarso rendimento del dipendente.

Secondo la giurisprudenza della Cassazione, che accoglie la distinzione autorevolmente sostenuta tra obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato e i conseguenti e diversi regimi di responsabilità, **lo scarso rendimento del lavoratore subordinato, tenuto ad un'obbligazione di attività, integra gli estremi dell'inadempimento solo se è imputabile alla negligenza dello stesso prestatore di lavoro** ⁵⁸.

Secondo questa impostazione lo scarso rendimento in sé non rileva perché dà soddisfazione ad un interesse del datore di lavoro che rimane fuori del rapporto obbligatorio. Pertanto lo scarso rendimento può rilevare al più come un sintomo della negligenza del lavoratore, con la conseguenza che in caso di licenziamento per scarso rendimento il datore di lavoro deve provare la colpa del lavoratore ⁵⁹. Quanto all'inadempimento per scarso rendimento collegato al cottimo, secondo una parte della giurisprudenza ⁶⁰, sottrarsi ai ritmi di cottimo costituisce scarso rendimento configurabile come inesatto adempimento dell'obbligazione lavorativa.

Talvolta sono inserite nel contratto di lavoro subordinato le clausole **di rendimento minimo**. Ma la giurisprudenza ha sempre escluso che il rendimento del lavoratore inferiore a quello pattuito costituisca un giustificato motivo soggettivo di licenziamento ⁶¹.

Accanto all'obbligo di diligenza vi è quello di osservanza indicato dall'art. 2104, comma 2, c.c. che impone al lavoratore il dovere di osservare le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro, e cioè le modalità di esecuzione del lavoro e le disposizioni organizzative predisposte dal datore di lavoro per la proficua utilizzazione della prestazione lavorativa.

17. L'obbligo di fedeltà e il divieto di concorrenza del lavoratore

Infine l'art. 2105 c.c. impone al prestatore di lavoro l'obbligo di fedeltà. Si tratta di vedere se il contenuto di questo obbligo sia solo a contenuto negativo, come pure

---

Note

⁵⁷ Mengoni, *op. cit.*, 26.

⁵⁸ Cfr. Cass. 3 maggio 2003, n. 6747, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 1591.

⁵⁹ Cass. 9 settembre 2003, n. 13194, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 368 ss.; Cass. 22 febbraio 2006, n. 3876, in *Not. giur. lav.*, 2006, 497 ss.; V. in senso critico Marazza, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2001, 322 ss.

⁶⁰ Cass. 30 ottobre 1984, n. 5558, in *Mass. giur. lav.*, 1984, 566; Cass. 8 luglio 1988, n. 4524, in *Giust. civ.*, 1988, I, c. 2554.

⁶¹ Cfr. Cass. 10 novembre 2000, n. 14605 in *Not. giur. lav.*, 2001, 207; Cass. 24 maggio 1999, n. 5048, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, 921.

sembra desumersi dalla lettera della norma: non trattare affari per conto di terzi in concorrenza con l'imprenditore né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa. O invece abbia anche un contenuto positivo o meglio attivo.

Anche in questo caso, come nel caso prima esaminato dello scarso rendimento, la risposta può essere affermativa solo se il risultato voluto dall'imprenditore entra nel rapporto obbligatorio.

Solo accogliendo questa premessa si può ammettere il contenuto attivo dell'obbligo di fedeltà che si traduce nella partecipazione attiva del lavoratore alla realizzazione del risultato voluto dall'imprenditore, e quindi rileva giuridicamente come integrazione dell'obbligo di collaborazione⁶².

Il divieto di concorrenza che deriva dall'obbligo di fedeltà dura fino all'estinzione del rapporto di lavoro, mentre gli altri divieti contenuti nell'art. 2105 c.c. operano anche per il periodo successivo alla cessazione del rapporto (per il lavoro a domicilio v. art. 11, legge n. 877/1973 e per la tutela penale dei segreti professionali e industriali v. artt. 622 e 623 c.p.).

18. Il patto di non concorrenza

È consentita comunque la stipula di un patto di non concorrenza (art. 2125 c.c.) che inibisca al lavoratore, ormai non più dipendente di svolgere un'attività in concorrenza con l'ex datore di lavoro, purché risulti da atto scritto e preveda un corrispettivo, secondo la giurisprudenza, congruo, e precisi altresì il contenimento del vincolo "entro determinati limiti di tempo, di oggetto e di luogo" al fine di evitare che al lavoratore sia impedito completamente di continuare a svolgere la sua attività lavorativa.

Note

⁶² V. Persiani, Proia, *Contratto e rapporto di lavoro*, Padova 2001, 68.

2. Gli indici giurisprudenziali di identificazione della fattispecie lavoro subordinato

---

di Alberto Lepore

1. La qualificazione del rapporto di lavoro attraverso gli indici sintomatici della subordinazione

La **qualificazione** del rapporto di lavoro è spesso oggetto di controversia.

Questo accade perché non sempre risulta facile capire, con certezza, se il rapporto che si svolge in concreto tra le parti possa essere ricondotto alla fattispecie dettata dall'art. 2094 c.c. La questione si pone, in particolare, nella qualificazione di quei rapporti di lavoro (per varie ragioni sempre più numerosi) che si pongono al confine tra autonomia e subordinazione.

Di conseguenza, nel corso degli anni, si è sviluppata una cospicua giurisprudenza in tema di qualificazione del rapporto di lavoro¹. L'enorme numero di controversie sorte in materia di qualificazione del rapporto di lavoro è in ragione del fatto che la riconduzione della fattispecie concreta al lavoro subordinato o al lavoro autonomo comporta conseguenze di grosso rilievo. Qualora infatti il giudice riconosca la ricorrenza della subordinazione sono applicabili le tutele previste dall'ordinamento per la subordinazione, tutele che comportano costi notevolmente elevati per il datore di lavoro². Basti pensare al diritto del lavoratore alla retribuzione sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost.³, all'obbligo di versamento dei contributi previdenziali per il lavoro subordinato, al diritto alle ferie, alla diritto al trattamento economico in caso di malattia, all'applicazione della disciplina dei licenziamenti (etc.) Le rilevanti conseguenze giuridiche e economiche della qualificazione della fattispecie in atto tra le parti quale rapporto di lavoro subordinato ha indotto la giurisprudenza a superare le incertezze che presentano, spesso, le singole fattispecie concrete formulando gli indici sintomatici della subordinazione.

Il canone che legittima l'utilizzo di tali indici nel delicato compito del giudice di qualificazione del rapporto di lavoro è rinvenibile nelle norme che regolano l'interpretazione del contratto e, in particolare, nell'art. 1362, comma 2, c.c.

Com'è noto, secondo questa norma, ai fini dell'interpretazione del contratto non è sufficiente l'analisi del testo contrattuale ma è necessario anche valutare il comportamento complessivo successivo alla conclusione del contratto.

In applicazione di questa disposizione, pertanto, nel diritto del lavoro prevale sulla

---

Note

¹ Menghini, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 143 ss.

² D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995; Giugni, *La giungla e il deserto*, in *Pol. dir.*, 1977, 351.

³ Su cui vedi Cass. 23 gennaio 2006, n. 1261, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 31, con nota di Bellumat.

dichiarazione contrattuale delle parti l'assetto di interessi emergente dal comportamento da esse tenuto nello svolgimento del rapporto⁴.

I criteri individuati dalla giurisprudenza servono a rivelare le concrete modalità di svolgimento del rapporto. Tali modalità di svolgimento possono confermare o contraddire il *nomen iuris* o, detto in altri termini, la denominazione data dalle parti al contratto di lavoro⁵. **Nel caso in cui l'analisi della fattispecie concreta compiuta attraverso gli indici sintomatici riveli che il contegno tenuto dalle parti nell'esecuzione del contratto è in contrasto con la dichiarazione delle parti nel contratto, su quest'ultima prevale il tipo contrattuale che emerge dalle effettive modalità di svolgimento del rapporto di lavoro**⁶.

La scelta operata dai giudici di far prevalere il comportamento delle parti sulla volontà espressa nel contratto deriva dalla notevole diffusione dei fenomeni elusivi della subordinazione⁷.

La qualificazione del rapporto di lavoro attraverso gli indici sintomatici rende irrilevante il tipo di attività che il lavoratore svolge. È stato infatti messo in evidenza che ogni attività umana può integrare una prestazione di lavoro autonomo o subordinato e ciò che conta ai fini della qualificazione del rapporto sono sempre e comunque le modalità di svolgimento di tale attività⁸.

Ugualmente non decisivi ai fini della qualificazione del rapporto sono le **documentazioni o le attestazioni rilasciate dagli organi pubblici che potrebbero far propendere il magistrato per la qualificazione del rapporto quale rapporto di lavoro autonomo come il possesso di partita Iva, o l'iscrizione ad una cassa di previdenza dei lavoratori autonomi**⁹. La qualificazione del rapporto effettuata attraverso le effettive modalità di svolgimento prevale, inoltre, anche sulla certificazione del contratto effettuata dalle parti presso gli uffici a ciò preposti.

Comunque occorre rilevare, fin da subito, che la giurisprudenza, benché sporadi-

---

Note

⁴ Ichino, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, Milano, 1992, 19.

⁵ Cass. 9 maggio 2008, n. 11589, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2008, 762; Cass. 8 marzo 1995, n. 2690, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 439; Cass. 10 agosto 1994, n. 7374, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 480; Cass. 10 marzo 1994, n. 1352, in *Dir. lav.*, 1994, II, 117; Cass. 15 dicembre 1990, n. 11925, in *Riv. giur. lav.*, 1991, II, 195; Cass. 25 febbraio 1987, n. 1714, in *Foro it.*, 1989, I, 2913.

⁶ Cass. 11 febbraio 2004, n. 2622, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 65; Cass. 27 novembre 2002 n. 16805, in *Foro it.*, 2003, I, 1148; Cass. 6 febbraio 2001, n. 1666, in *Riv. infortuni*, 2002, II, 24; nella giurisprudenza di merito vedi Trib. Roma 21 settembre, in *Arch. civ.*, 2003, 418 e Trib. Roma 27 marzo 2003, *ivi*, 945; Trib. Milano 12 gennaio 2002, in *Or. giur. lav.*, 2002, I, 57.

⁷ Montuschi, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *Law. e dir.*, 1993, 32; Ichino, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, cit., 167.

⁸ Cass. 11 febbraio 2004, n. 2622, cit.; Cass. 10 luglio 1991, n. 7608, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 370; Cass. 13 luglio 1988, n. 4150, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2904; Cass. 10 dicembre 1986, n. 7347, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 409; Pret. Milano 7 settembre 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2904; in senso contrario Pret. Torino 28 marzo 1990, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, 342; Mengoni, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano, 1971, 36; Tiraboschi, *Autonomia e subordinazione nelle tecniche di interpretazione dei precedenti giudiziari*, in *Riv. giur. lav.*, 1994, II, 365, che esprime la stessa opinione con riguardo alla figura del propagandista scientifico di specialità medico-farmaceutiche.

⁹ Il divieto imposto da una convenzione di svolgere il rapporto di lavoro con la struttura sanitaria pubblica non può fare escludere la natura subordinata del rapporto di lavoro del medico quando le concrete modalità di svolgimento del rapporto di lavoro lo dimostrino (Cass. 23 aprile 2007, n. 9548, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 737; recente giurisprudenza ha, ad esempio, affermato che l'iscrizione del prestatore di lavoro all'albo delle imprese artigiane ovvero l'emissione di fatture per il pagamento delle prestazioni eseguite non escludono, di per sé, la natura subordinata del rapporto di lavoro (Cass. 15 novembre 2004, 21594, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2643).

camente, ha rivalutato il *nomen iuris* quale indice di qualificazione del rapporto di lavoro. Vedremo, più avanti, in quali specifiche ipotesi (vedi par. 7).

2. L'esercizio del potere direttivo

Un gran numero di sentenze ritiene che il criterio fondamentale per distinguere il rapporto di lavoro autonomo da quello subordinato sia l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo (e disciplinare) del datore di lavoro¹⁰. In forza del contratto di lavoro subordinato il datore di lavoro indica al lavoratore, di volta in volta, le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, al fine di conformare quest'ultima alle esigenze organizzative del datore di lavoro¹¹. L'esercizio del potere direttivo differenzia il contratto di lavoro dagli altri contratti disciplinati dal codice civile nei quali il contenuto della prestazione è determinato al momento della conclusione del contratto. Di conseguenza se le effettive modalità di svolgimento del rapporto rilevano l'esercizio del potere direttivo da parte del datore di lavoro ciò consente, secondo tale giurisprudenza, la riconduzione della singola fattispecie al tipo lavoro subordinato. Certamente l'effettivo esercizio del potere direttivo o eterodirezione, come è spesso denominato¹², rappresenta un elemento fondamentale del tipo lavoro subordinato ma se è criterio necessario al fine di configurare il rapporto di lavoro subordinato non è di per sé sufficiente. Ci sono infatti numerosi casi in cui il potere direttivo è esercitato nell'ambito di rapporti di lavoro che non sono subordinati. Si pensi all'associazione in partecipazione. In questo contratto anche la giurisprudenza più recente ammette la possibilità dell'associante di impartire direttive all'associato, senza ritenere che il rapporto sia di lavoro subordinato¹³.

Inoltre il potere direttivo può essere esercitato dal datore di lavoro con diversa intensità in ragione della posizione ricoperta dal lavoratore o dal contenuto della prestazione professionale¹⁴. Sicché sarà molto più stringente e puntuale nel caso di prestazioni di lavoro di basso contenuto professionale, mentre sarà di larga massima,

Note

¹⁰ Tra le tante Cass. 27 gennaio 2005, n. 1682, in *Guida lav.*, 2005, n. 16, 31 ss.; Cass. 21 maggio 2004, n. 9764, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 298; Cass. 21 aprile 2004, n. 6983, in *Rep. cit.*, voce *cit.*, n. 216; Cass. 19 marzo 2004, n. 5574, in *Rep. cit.*, voce *cit.*, n. 162; Cass. 9 marzo 2004, n. 4797, in *Rep. cit.*, voce *cit.*, n. 130; Cass. 19 febbraio 2004, n. 3277, in *Rep. cit.*, voce *cit.*, n. 86; Cass. 13 febbraio 2004, n. 2842, in *Rep. cit.*, voce *cit.*, n. 73; Cass. 11 febbraio 2004, n. 2622, *cit.*; Cass. 19 novembre 2003, n. 17549, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 661; Cass. 11 settembre 2003, n. 13380, in *Rep. cit.*, 2003, voce *cit.*, 665; Cass. 7 aprile 2003, n. 5426, *ivi*, voce *cit.*, n. 692; Cass. 22 agosto 2003, n. 12348, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 638; Cass. 29 aprile 2003, n. 6673, in *Rep. Foro it.*, voce *Intervento in causa e litisconsorzio*, n. 7; Cass. 26 marzo 2002, n. 4338, in *Riv. giur. lav.*, 2002, 715; Cass. 13 aprile 2002, n. 5366, *ivi*; Cass. 4 marzo 1998, n. 2370, in *Mass. Foro it.* 1998; Cass. 29 marzo 1995, n. 3745, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 56; Cass. 9 giugno 1994, n. 5590, in *Arch. civ.*, 1995, 1096; e in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1576; Cass. 11 agosto 1994, n. 7374, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 480; Cass. 10 luglio 1991, n. 7608, in *Giust. civ.*, 1992, I, 103 e in *Mass. giur. lav.*, 1992, con nota di Pessi; Cass. 27 gennaio 1989, n. 524, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 524; Cass. 15 luglio 1987, n. 6194, in *Rep. Foro it.*, 1987; Cass. 7 marzo 1986, n. 1532, *Rep. Foro it.*, 1986, voce *cit.*, n. 2491; Cass. 22 gennaio 1985, n. 3771, *Rep. Foro it.*, voce *cit.*, 1985, n. 370.

¹¹ Cass. 27 febbraio 2007, n. 4500, in *Impresa*, 2007, 793; Cass. 22 agosto 2003, n. 12348, *cit.*

¹² Menghini, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, cit., Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, volume II, *Il rapporto di lavoro*, Torino, 1999, 1.

¹³ Cass. 18 aprile 2007, n. 9264, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2726 e in *Mass. giur. lav.*, 2007, 777; Cass. 17 dicembre 2003, n. 19352 in *Rep. Foro it.*, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 925.

¹⁴ Cass. 9 giugno 1994, n. 5590, in *Not. giur. lav.*, 1994, 568 e ss.

quando la prestazione è altamente specialistica. Un'attenta dottrina ha, peraltro, rilevato l'esistenza di ipotesi nelle quali il datore di lavoro non esercita affatto il potere direttivo sul lavoratore subordinato. Quando il lavoratore conosce esattamente i suoi compiti e li svolge esaurientemente l'esercizio del potere direttivo non si rende sempre necessario. In questi casi il giudice potrà rilevare la ricorrenza del potere direttivo solo allo stato meramente potenziale¹⁵.

Così come nel caso del dirigente "alter ego" dell'imprenditore. In questo caso egli prende decisioni relative alla gestione dell'impresa insieme all'imprenditore.

Quanto detto dimostra, in primo luogo, che il diverso atteggiarsi di questo criterio, talvolta, non consente di qualificare il tipo contrattuale come subordinato con sicuri margini di certezza. Sicché, in alcuni casi, la Corte di Cassazione ha ricondotto all'art. 2094 c.c. rapporti che, con probabilità, non erano subordinati¹⁶.

In secondo luogo, e soprattutto, aiuta a comprendere che la differenza tra potere direttivo e potere esercitato dal committente sul collaboratore può, in certi casi, essere solo di tipo quantitativo e non qualitativo. Basti pensare alle istruzioni impartite all'agente dal preponente: quest'ultime possono essere non facilmente distinguibili dalle direttive.

Di qui la riflessione che il potere direttivo rimane un criterio essenziale ai fini della qualificazione del contratto quale subordinato, ma non è da solo criterio sempre decisivo. Si rende, pertanto necessaria la ricorrenza di altri criteri che in combinazione all'esercizio del potere direttivo possano dimostrare che il rapporto di lavoro è subordinato.

3. Il criterio dell'oggetto della prestazione di lavoro: obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato

Altro criterio ai fini della qualificazione del rapporto attiene alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato o tra *locatio operarum* e *locatio operis*. Secondo questo criterio il lavoro subordinato è distinguibile dal lavoro autonomo in quanto il primo ha come oggetto lo svolgimento di un'attività, mentre il secondo il raggiungimento di un risultato (art. 2222 c.c.)¹⁷.

Questo criterio, risalente alla tradizione pandettistica¹⁸, era forse più utile in passato, poiché, il più delle volte, la prestazione del lavoratore subordinato si risolveva in operazioni elementari e ripetitive¹⁹, mentre ha perso progressivamente la sua validità

Note

¹⁵ Ichino, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, cit., 23.

¹⁶ Cass. 6 luglio 2001, n. 9167, in *Foro it.*, 2002, I, 134 e ss. e in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 272 ss.

¹⁷ Su cui vedi lo scritto, ancora oggi fondamentale, di Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1954, 185, 280, 366 e, in giurisprudenza, Cass. 13 novembre 1978, n. 5210, in *Mass. giur. lav.*, 1980, 80 e ss.; Cass. 22 febbraio 1978, n. 881, *ivi*, 1979, 269 ss.; Cass. 24 ottobre 1974, n. 2729, *ivi*, 1973, 413 ss.; Cass. 12 ottobre 1971, n. 2866, *ivi*, 1972, 424 ss.; Cass. 3 aprile 1970, n. 889, *ivi*, 314 ss.; Cass. 4 agosto 1967, n. 2075, *ivi*, 1968, 231 ss.; Cass. 4 luglio 1963, n. 1796, *ivi*, 1963, 332 ss.

¹⁸ Mazzotta (*Diritto del lavoro*, Milano, 2002, 42) ricorda che già Barassi nella sua ricostruzione del contratto di lavoro subordinato aveva riconosciuto nell'eterodirezione l'elemento caratterizzante della subordinazione e, di conseguenza, aveva determinato il superamento della suddetta distinzione.

¹⁹ Si esprime in questi termini lo stesso Mengoni nelle *Lezioni sul contratto di lavoro*, cit., 34.

ai fini dell'operazione di qualificazione del rapporto con l'affermarsi di figure di lavoratori sempre più specializzate, la cui attività è dotata già di per sé di una sua individualità e può risultare difficilmente distinguibile dal risultato raggiunto dal lavoratore autonomo²⁰.

Nel contempo esistono nel nostro ordinamento figure di lavoro autonomo, il cui oggetto è un'obbligazione di mezzi (basti pensare alle professioni intellettuali).

Peraltro la stessa dottrina che aveva approfondito la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato ha successivamente affermato non sufficiente questo criterio ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro, dovendo invece ritenersi necessaria, in aggiunta, la ricorrenza degli ulteriori elementi caratteristici della subordinazione²¹ tra cui, soprattutto, l'eterodirezione²².

Di conseguenza se l'obbligazione di mezzi può inerire sia ad una prestazione di lavoro autonomo sia ad una di lavoro subordinato, il criterio distintivo che si concreta nell'oggetto della prestazione può avere una sua utilità solo nel senso di escludere la natura subordinata del rapporto quando l'obbligazione sia sicuramente di risultato. In altre parole più che servire a individuare la subordinazione può essere utile ad escluderla con sufficiente margine di certezza²³.

In particolare, potrebbe essere utile nel distinguere il rapporto di lavoro subordinato dal lavoro a progetto qualora si ritenga che il progetto è l'oggetto del contratto e si concreta in uno specifico risultato²⁴.

4. L'assunzione del rischio

Di diretta derivazione della distinzione basata sull'oggetto della prestazione è l'indice dell'assunzione del rischio²⁵.

Nel lavoro subordinato il rischio è generalmente assunto dal datore di lavoro. Nel lavoro autonomo, invece, grava sul lavoratore stesso. Il lavoratore subordinato riceve la retribuzione a prescindere dai costi di gestione dell'attività economica sopportati dall'imprenditore. Al contrario il compenso che il lavoratore autonomo riceve può anche non compensare la qualità e quantità della prestazione eseguita. Peraltro il lavoratore subordinato, a differenza del lavoratore autonomo, è generalmente immune ad alcuni eventi che sopravvengono nel corso del rapporto e che rendono impossibile lo svolgimento della prestazione lavorativa. Si pensi alla malattia, all'infortunio sul lavoro.

Il lavoratore subordinato non è, inoltre, responsabile per il danno causato a terzi nello svolgimento della prestazione lavorativa, ricadendo tale responsabilità sul datore di lavoro (art. 2049 c.c.).

Note

²⁰ Ancora Mengoni, *op. ult. cit.*, 35, fa l'esempio del tornitore operaio la cui prestazione è difficilmente distinguibile da quella offerta da un artigiano tornitore.

²¹ Mengoni, *Lezioni sul contratto di lavoro*, cit., 42.

²² Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, volume II, *Il rapporto di lavoro*, Torino, 1999, 6.

²³ Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, volume II, *Il rapporto di lavoro*, cit.

²⁴ G. Santoro Passarelli, *Prime chiose sulla disciplina del lavoro a progetto*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 27.

²⁵ Sul punto Mazzotta, *Diritto del lavoro*, cit.

La differente incidenza del rischio sul lavoratore subordinato rispetto al lavoratore autonomo ha condotto la giurisprudenza a ritenere quest'ultimo uno dei criteri per valutare la ricorrenza della subordinazione ²⁶.

Né contraddice tale assunto la possibilità concessa dalla legge di retribuire il lavoratore con la partecipazione agli utili, perché in questa ipotesi il lavoratore ha diritto al minimo garantito dall'art. 36 Cost. ²⁷.

D'altro canto non è incompatibile con la natura autonoma del rapporto la corresponsione di un compenso fisso giornaliero ²⁸ e, pertanto, l'esclusione, quanto meno parziale, dell'incidenza del rischio non deve far propendere *sic et simpliciter* per la natura subordinata del rapporto non ricorrendo gli altri indici della subordinazione.

5. Il criterio dell'inserimento nell'organizzazione produttiva del datore di lavoro

Un'autorevole dottrina ha rilevato l'essenzialità del requisito dell'inserimento nell'organizzazione dell'imprenditore al fine di integrare la subordinazione ²⁹. Benché la dottrina successiva abbia messo in evidenza alcuni limiti di questa ricostruzione essa ha avuto una notevole eco in giurisprudenza ³⁰.

Se il lavoratore subordinato collabora nell'impresa essenziale è il suo coordinamento spazio-temporale con l'imprenditore nello svolgimento della prestazione lavorativa. Di norma infatti il lavoratore subordinato svolge la sua prestazione all'interno dell'organizzazione produttiva dell'imprenditore. Lo stesso potere direttivo, peraltro, nella maggior parte dei casi non potrebbe essere esercitato se il lavoratore non fosse inserito nell'organizzazione del datore di lavoro. Di qui, la giurisprudenza ha ritenuto che il coordinamento spazio-temporale del lavoratore o, detto in altri termini, l'inerenza del rapporto di lavoro all'impresa sia uno degli indici, fondamentali, rivelatori della subordinazione ³¹.

Senonché la presenza di rapporti di lavoro che non si svolgono all'interno dell'impresa, cui non si può negare la natura subordinata ³² (art. 2239 c.c.), per le loro concrete modalità di svolgimento, nonché l'affermarsi di forme di lavoro autonomo continuativo che possono inerire all'organizzazione dell'imprenditore (vedi, per tutte

---

Note

²⁶ Cass. 13 maggio 2004, n. 9151, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 286; Cass. 12 maggio 2004, n. 9060, in *Rep. cit.*, voce *Agenzia*, n. 7; Cass. 11 febbraio 2004, n. 2622, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 65; Cass. 23 gennaio 2004, n. 1218, in *Rep. cit.*, 2004, voce *cit.*, n. 29; Cass. 20 gennaio 2004, n. 849, in *Rep. cit.*, 2004, voce *cit.*, n. 22.

²⁷ Cass. 4 settembre 2003, n. 12926, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 670.

²⁸ Cfr. Cass. 11 settembre 2000, n. 11936, in *Or. giur. lav.*, 2000, I, 642; G. Santoro Passarelli, *Diritto dei lavori*, Torino, 2004, 35.

²⁹ Persiani, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie del lavoro subordinato*, in *Scritti in onore di F. Santoro Passarelli*, vol. V, Napoli, 1972, spec. 879.

³⁰ Menghini, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, cit., 157.

³¹ Vedi, tra le tante, Cass. 6 settembre 2007, n. 18692; Cass. 9 settembre 2003, n. 13185, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 668; Cass. 9 maggio 2003, n. 7139, in *Rep. cit.*, voce *cit.*, n. 7139, n. 687; Cass. 15 marzo 2003, n. 3831, in *Rep. cit.*, voce *cit.*, n. 694.

³² Cfr. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, 18.

il rapporto di agenzia e di rappresentanza commerciale) hanno messo in crisi questo criterio come possibile indice della subordinazione.

Di conseguenza la giurisprudenza, in certi casi, ha confinato il criterio dell'inserimento nell'organizzazione produttiva del datore di lavoro tra gli indici sussidiari (vedi par. 6).

In altre ipotesi è stata indotta, invece, ad una sua necessaria rivisitazione per adeguare maggiormente tale criterio al particolare atteggiarsi della prestazione lavorativa.

Talvolta la giurisprudenza ha ritenuto che il lavoratore fosse inserito nell'organizzazione dell'imprenditore esclusivamente in base alla permanenza della sua disponibilità allo svolgimento della prestazione³³. In altri casi, ai fini dell'inserimento del lavoratore nell'impresa del datore di lavoro, non è stata ritenuta decisiva la continuità della prestazione: è stato riconosciuto l'inserimento nell'organizzazione del datore di lavoro anche se la prestazione è eseguita saltuariamente o discontinuamente, purché il lavoratore discontinuo assicuri la propria prestazione in caso di chiamata³⁴. Infine l'inerenza della prestazione all'organizzazione datoriale è stata intesa come vincolo funzionale³⁵, nel senso che è sufficiente al fine di configurare la subordinazione l'inserimento nel ciclo produttivo del datore di lavoro³⁶.

Insomma anche la giurisprudenza ha preso atto della nuova realtà dell'organizzazione produttiva nella quale all'inserimento spazio-temporale si sostituiscono altre modalità di coordinamento (funzionale o solo temporale)³⁷ della prestazione, arrivando, infine, a far coincidere l'inserimento con la continuità della prestazione offerta.

In conclusione, anche con riguardo a tale indice vale quanto è stato detto per tutti altri. Di per sé stesso non è decisivo ai fini della qualificazione del rapporto come subordinato ma lo può divenire solo in combinazione con gli altri indici.

6. La subordinazione socio-economica

Secondo un'autorevole dottrina la dipendenza socioeconomica del lavoratore può essere considerata un indice della subordinazione. Tale convincimento prende le mosse dalla convinzione che il lavoratore subordinato si trova in una condizione di inferiorità rispetto al datore di lavoro. L'uomo infatti che ha bisogno di lavorare per vivere è costretto a mettere la sua persona al servizio dell'organizzazione aziendale di un altro soggetto che è titolare dei mezzi di produzione. La forza economica di quest'ultimo costringe il lavoratore ad accettare le condizioni contrattuali a lui imposte³⁸. Di qui l'assoggettamento del prestatore di lavoro al potere direttivo, disciplina-

Note

³³ Cass. 9 aprile 2004, n. 6983, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 216; Cass. 9 marzo 2004, n. 4797, in *Rep. cit.*, voce cit., n. 130; Cass. 20 agosto 2003, n. 12252, in *Rep. cit.*, 2003, voce cit., n. 673. Cass. 27 marzo 2000, n. 3674, in *Rep. cit.*, 2000, voce cit., n. 627; Cass. 25 gennaio 1993, n. 811, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 425 e ss., attinente alla prestazione del motofattorino metropolitano.

³⁴ Cass. 4 settembre 2003, n. 12926, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 670.

³⁵ Cass. 4 aprile 1989, n. 1635, in *Dir. e prat. lav.*, 1989, 2108 e ss.

³⁶ Cass. 14 marzo 2007, n. 5913, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2109.

³⁷ Cass. 4 aprile 1989, n. 1635, in *Dir. e prat. lav.*, 1989, 2108 e ss.

³⁸ Scognamiglio, *Lavoro subordinato*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, 1990, e ora in *Scritti giuridici*, 1996, Padova, 984; Id., *Manuale di diritto del lavoro*, 2003, Napoli, 67.

re e di controllo del datore di lavoro. Tale ricostruzione ha l'intento di adeguare il dato giuridico alla realtà effettuale. Nella constatazione che la nozione di subordinazione è molto elastica e "fluttuante", a detta di tale opinione, quest'ultima va adeguata alle "esperienze socioeconomiche in divenire" che possono mostrare, in aggiunta alla definizione giuridica contenuta nell'art. 2094 c.c. l'ambito di applicazione della nozione di lavoro subordinato³⁹.

Senonché, per diverse ragioni, il criterio della subordinazione socioeconomica non può essere ritenuto un valido indice sintomatico della subordinazione.

In primo luogo non è un criterio giuridico. Non è infatti rinvenibile né nella stessa nozione di subordinazione, né in altra norma giuridica il dato della debolezza contrattuale del prestatore di lavoro. Di conseguenza, allo stato, il dato della dipendenza socioeconomica resta un elemento extragiuridico.

Nulla toglie che il legislatore possa dare rilevanza giuridica al dato socioeconomico introducendo la nozione di lavoratore contrattualmente debole. Ma ciò non sposta le conclusioni fin qui raggiunte.

In secondo luogo esistono rapporti di lavoro non subordinati che si caratterizzano per la dipendenza socioeconomica del prestatore nei confronti del datore di lavoro. Basti pensare ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa ai sensi dell'art. 409, n. 3, c.p.c. Benché il rapporto di lavoro non sia un rapporto di lavoro subordinato il collaboratore può essere in una condizione di inferiorità socioeconomica rispetto al committente, perché ad esempio, non ha alternative lavorative soddisfacenti ma lavora, per soddisfare le sue esigenze di vita, presso un solo committente. Anche la cd. pluricomittenza non sempre esclude la debolezza contrattuale del collaboratore⁴⁰. Peraltro neppure la dipendenza socioeconomica del prestatore d'opera nel contratto di lavoro autonomo ai sensi dell'art. 2222 c.c. può condurre ad affermare in ogni caso la ricorrenza della subordinazione⁴¹.

In terzo luogo la subordinazione in senso socioeconomico, a ben vedere, valorizza, ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro il tipo normativo anziché la fattispecie legale. Di conseguenza non si basa sul metodo sussuntivo, senz'altro più rigoroso, ma sul metodo tipologico, con la conseguenza di un allargamento eccessivo della nozione di subordinazione che nel medio-lungo periodo può andare anche a scapito del lavoratore (vedi par. 9).

7. I c.d. indici sussidiari della subordinazione

La giurisprudenza ha individuato accanto agli indici fondamentali della subordinazione alcuni indici cd sussidiari o accessori. In realtà più che di veri e propri indici si tratta di indizi che ai sensi dell'art. 2729 c.c. possono far presumere la ricorrenza della subordinazione quando non siano riscontrabili gli indici fondamentali.

Invero la giurisprudenza si esprime in modo contrastante sulla utilizzabilità di tali

---

Note

³⁹ Scognamiglio, *Lavoro subordinato*, e ora in *Scritti giuridici*, cit.; Id., *Manuale di diritto del lavoro*, cit.

⁴⁰ Vedi, a tal proposito, Cass. 5 dicembre 1997, n. 12376, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 649 e ss.

⁴¹ G. Santoro Passarelli, *Diritto dei lavori*, Torino, 2004, 35.

indici ai fini della qualificazione del rapporto. Secondo un primo indirizzo gli elementi sussidiari non assumono una rilevanza decisiva⁴². Secondo altro orientamento, da considerarsi maggioritario, possono avere una loro utilità ai fini della prova della subordinazione qualora nelle effettive modalità di svolgimento del rapporto non siano presenti gli elementi fondamentali⁴³, nel senso che possono essere utili ai fini della qualificazione del rapporto quando sia difficilmente individuabile l'elemento dell'eterodirezione⁴⁴.

In ogni caso essi possono essere utili ai fini dell'indagine giudiziale sulla qualificazione del rapporto di lavoro non singolarmente bensì in una loro valutazione globale quali indici gravi, precisi e concordanti dell'effettiva ricorrenza della subordinazione⁴⁵.

L'opportuno chiarimento operato dalla Corte di Cassazione sull'utilizzo congiunto degli indici sussidiari e sull'attribuzione ad essi di un valore meramente indiziario, cioè a dire che non possono avere un valore di *piena probatio*, ha l'effetto di ridurre la discrezionalità dei giudici di merito nella qualificazione del rapporto di lavoro e di restringere le ipotesi nelle quali il rapporto possa essere qualificato come subordinato. La produzione in giudizio da parte del lavoratore o dell'istituto previdenziale⁴⁶ interessato alla riconduzione del rapporto all'art. 2094 c.c. di uno o più elementi indiziari non può essere infatti di per sé sufficiente se questi non sono gravi, precisi e concordanti⁴⁷.

Gli indici sussidiari individuati dalla giurisprudenza sono: l'assenza di rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario di lavoro, la cadenza e la misura fissa della retribuzione, la localizzazione della prestazione, l'utilizzo dei mezzi produttivi del datore di lavoro⁴⁸, l'obbligo di giustificare le assenze, solo se la mancata giustificazione comporta sanzioni disciplinari per il lavoratore⁴⁹, il lavoro a turni. Ma

Note

⁴² Cass. 28 settembre 2006, n. 21028, in *Not. giur. lav.*, 2006, 737; Cass. 17 luglio 2003, n. 11203 in *Rep. Mass. giur. lav.*, 2003, 3; Cass. 9 maggio 2003, n. 7139, *ivi*, 2; Cass. 16 giugno 2003, n. 9652, *ivi*, 2; Cass. 20 settembre 2003, n. 13956, *ivi*, 4; Cass. 11 agosto 1994, n. 7374, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 447; Cass. 8 gennaio 1993, n. 84, in *Riv. giur. lav.*, 1993, II, 552 ss.; Cass. 2 luglio 1992, n. 8120, in *Not. giur. lav.*, 1992, 614 e ss.; Cass. 20 marzo 1987, n. 2788, in *Or. giur. lav.*, 1987, 346 ss.; Cass. 21 gennaio 1987, n. 547, in *Mass. Foro it.*, 1987, 102 ss.; Cass. 3 giugno 1985, n. 3310, in *Or. giur. lav.*, 1985, 771 ss.; Cass. 30 luglio 1984, n. 4566, in *Mass. Foro it.*, 1984, 924; Cass. 10 luglio 1984, n. 4036, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 395.

⁴³ Trib. Milano 26 aprile 2007, n. 1427, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2008, 766.

⁴⁴ Cass. 30 gennaio 2007, n. 1893, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 443: secondo la quale la prestazione svolta dalle hostess nell'ambito di manifestazioni fieristiche è subordinata non sulla base dell'esercizio del potere direttivo, pressoché inesistente, ma sulla base degli indici sussidiari della subordinazione.

⁴⁵ Cass. 13 giugno 2003, n. 9492, in *Rep. Mass. giur. lav.*, 2003, 2; Cass. 18 dicembre 1996, n. 11329, in *Foro it. Rep.*, 1996, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 450; Cass. 11 agosto 1995, n. 7374, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 480 ss.; Cass. 4 agosto 1995, n. 8565, in *Giur. it.*, 1996, I, 1402 ss.; Cass. 29 marzo 1995, 3745, cit.; Cass. 17 dicembre 1994, n. 10829, in *Mass. giur. lav.*, 1995, 29 ss.; Cass. 24 gennaio 1987, n. 685, in *Foro it.*, 1988, I, 1 ss.; occorre segnalare, comunque, l'esistenza di un orientamento, da ritenersi minoritario, che nega che gli indici sussidiari possono essere validi strumenti per la qualificazione del rapporto: Cass. 18 febbraio 1993, n. 1971, in *Riv. giur. lav.*, 1994, II, I, 552 ss.; Cass. 8 gennaio 1993, n. 84, *ibidem*, 55 ss.; Cass. 10 luglio 1991, in *Mass. giur. lav.*, 1992, con nota di Pessi; Cass. 21 marzo 1989, n. 1413, in *Foro it.*, 1989, II, 462 ss.; Cass. 13 luglio 1988, n. 4150, in *Foro it.*, 1989, 2913 ss.

⁴⁶ L'istituto previdenziale è interessato a che il rapporto di lavoro sia qualificato come subordinato per ottenere da parte del datore di lavoro soccombente il versamento dei contributi previdenziali.

⁴⁷ Menghini, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, cit., 176.

⁴⁸ Cass. 30 gennaio 2007, n. 1893, cit.; Cass. 9 ottobre 2006, n. 21646, in *Riv. giur. lav.*, 2006, II, 144.

⁴⁹ Cass. 7 agosto 2008, n. 21380, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 904.

questo indizio non può essere un valido criterio per qualificare il rapporto di lavoro come subordinato quando il lavoratore abbia la libertà di scegliere il turno e non vi sia possibilità di intervento sulla scelta da parte del datore di lavoro⁵⁰.

Si può notare che alcuni di questi criteri quali l'assenza di rischio, la localizzazione della prestazione (su cui vedi, rispettivamente, par. 3 e 4), da intendersi quale inserimento nell'organizzazione produttiva del datore di lavoro, sono stati già analizzati nell'ambito degli indici sintomatici fondamentali. Questa non è una contraddizione rispetto a quanto detto sopra. Quando la giurisprudenza ritiene di basarsi sul solo criterio dell'eterodirezione ai fini della qualificazione del rapporto confina tali indici tra gli elementi sussidiari. Diversamente invece accade quando i giudici operano attraverso una valutazione complessiva degli indici sintomatici. Allora anche tali elementi possono assurgere ad indici fondamentali.

La continuità della prestazione, di per sé, ha un valore qualificatorio molto scarso: la continuità è sempre più spesso riscontrabile nell'ambito di una prestazione di lavoro autonomo. Si pensi alla figura delle collaborazioni coordinate e continuative oppure, alla figura del lavoro a progetto quando il risultato si concretizza nella realizzazione del programma (art. 61, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276). Inoltre spesso anche nell'ambito del lavoro subordinato non è riscontrabile una continuità nell'esecuzione della prestazione⁵¹. Comunque dall'analisi della giurisprudenza emerge che ai fini della ricorrenza della continuità della prestazione non è necessariamente richiesta la quotidianità della prestazione⁵² o la presenza ininterrotta sul luogo di lavoro⁵³, ma la continuità si traduce, nella gran parte dei casi nella "messa a disposizione" del lavoratore nei confronti del datore di lavoro, nel senso che è quest'ultimo a stabilire il se e il quando della prestazione⁵⁴.

In altri termini, nelle pronunce dei giudici, la continuità si traduce, generalmente, nella dedizione funzionale del lavoratore al datore di lavoro⁵⁵. Talché se il lavoratore non sta a disposizione del datore di lavoro ma può scegliere se offrire o meno la prestazione non si può ritenere che sussista la subordinazione⁵⁶.

In connessione ma distinto dalla continuità è l'indizio della presenza di un orario di lavoro⁵⁷. Quello dell'orario è un indizio rilevante ma, di per sé, non è sufficiente a provare la ricorrenza della subordinazione. La circostanza che il lavoratore rispetti un orario di lavoro non è infatti sufficiente a provare che le effettive modalità di svolgimento del rapporto siano quelle del lavoro subordinato.

Stesso discorso deve essere fatto per il pagamento a cadenze fisse del compenso

---

Note

⁵⁰ Cass. 29 maggio 2008, n. 14371, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 851.

⁵¹ Cfr. Cass. 21 maggio 2004, n. 9764, cit. che porta l'esempio del lavoro a tempo parziale nel quale la prestazione del lavoratore è caratterizzata proprio dalla discontinuità.

⁵² Cass. 9 aprile 2004, n. 6983 cit., relativa alla prestazione di lavoro giornalistico.

⁵³ Cass. 13 maggio 2004, n. 9151, secondo cui è compatibile con la prestazione di lavoro subordinato la possibilità di allontanarsi dai locali dell'impresa.

⁵⁴ Vedi Cass. 5 maggio 2004, n. 8569, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 258; Cass. 9 marzo 2004, n. 4799, in *Rep. cit.*, voce *cit.*, 2004, n. 132; Cass. 11 febbraio 2004, n. 2622, cit.; Cass. 23 gennaio 2004, n. 1218, in *Rep. cit.*, voce *cit.*, 2004, n. 29; nella giurisprudenza di merito Pret. Cagliari 28 febbraio 1985, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 514.

⁵⁵ Lunardon, *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 417.

⁵⁶ Cass. 4 settembre 2003, n. 12926, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 670.

⁵⁷ Cass. 9 novembre 1992, n. 12063, in *Not. giur. lav.*, 1993, 37 e ss.; Cass. 4 dicembre 1986, n. 7203, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 366.

dovuto. Anche in alcune forme di lavoro autonomo è consentito pagare attraverso acconti periodici o rate a cadenze prefissate. Si pensi, rispettivamente, all'associazione in partecipazione o al lavoro a progetto⁵⁸.

Mentre la localizzazione della prestazione in un preciso luogo può anche contrassegnare una prestazione di lavoro autonomo, come, peraltro, abbiamo già avuto modo di vedere (vedi par. 4).

Parimenti non decisivo è l'utilizzo dei mezzi produttivi del datore di lavoro soprattutto se la prestazione di lavoro autonomo è svolta in coordinazione con il proprio committente.

Pertanto, ancora una volta, la regola da seguire è quella di una valutazione complessiva degli indizi, da cui si possa presumere la ricorrenza o meno di un rapporto di lavoro subordinato.

8. La progressiva rivalutazione del "nomen iuris"

Abbiamo detto che il *nomen iuris* cioè la dichiarazione contrattuale delle parti da cui risulta la denominazione del contratto di lavoro non prevale sulle effettive modalità di svolgimento. Quando il contegno complessivo delle parti successivo alla conclusione del contratto è difforme dalla denominazione contrattuale quest'ultima è travolta e prevale la qualificazione derivante dalle effettive modalità di svolgimento del rapporto.

Senonché, sempre più spesso, le effettive modalità di svolgimento non consentono al giudice di arrivare ad una qualificazione certa del rapporto di lavoro. Questo accade a causa della maggior diffusione di rapporti di lavoro che si trovano al confine tra subordinazione e autonomia. Di qui la giurisprudenza ha iniziato a rivalutare il *nomen iuris*, quale criterio di qualificazione del rapporto di lavoro. Ha affermato infatti che la denominazione data dalle parti al contratto di lavoro può essere un elemento determinante ai fini della qualificazione del rapporto quando gli indici sintomatici non rilevino, in modo decisivo, la natura subordinata o autonoma del rapporto di lavoro⁵⁹. In altri termini, secondo la giurisprudenza, il *nomen iuris* rappresenta l'*extrema ratio* ai fini della qualificazione del rapporto quando gli altri criteri non sono, di per sé, decisivi.

Le conclusioni raggiunte nelle pronunce dei giudici consentono di allargare il discorso anche al valore probatorio della certificazione del contratto di lavoro. L'attestazione richiesta dalle parti agli Uffici preposti può essere travolta dalle effettive modalità di svolgimento del rapporto quando queste risultino difformi. Ne deriva che la certificazione del contratto di lavoro può avere un suo valore solo quando al giudice rimane il testo dell'accordo contrattuale come unico elemento certo ai fini della qualificazione del rapporto. La certificazione del contratto può, pertanto, essere un elemento utile ad avallare ulteriormente l'assetto contrattuale stabilito dalle parti⁶⁰.

Note

⁵⁸ G. Santoro Passarelli, *La nuova figura del lavoro a progetto*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 108.

⁵⁹ Cass. 18 aprile 2007, n. 9264, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2726; Cass. 29 aprile 2003, n. 6673, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 695; vedi anche Trib. Bolzano 1° giugno 2007, in *Boll. Adapt*, 2008, n. 12.

⁶⁰ Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona*, n. 23, 2003, 20.

In conclusione la dichiarazione *in contractu*, in combinazione con la certificazione dello stesso, rappresentano, se così si può dire, un criterio residuale che può, però, diventare decisivo, quando gli altri criteri non soccorrono ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro.

9. L'utilizzo congiunto degli indici ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro

Abbiamo visto come nessuno dei criteri di per sé può rendere sicuro il giudice della ricorrenza della subordinazione. Nemmeno l'assoggettamento al potere direttivo che rappresenta l'elemento d'identificazione più caratteristico della subordinazione può essere risolutivo nella qualificazione del rapporto di lavoro.

Di qui l'orientamento giurisprudenziale secondo cui non è sufficiente uno solo degli indici per ritenere sussistente la subordinazione ma è invece necessaria la ricorrenza di più indici o criteri, variamente combinati tra di loro, che denuncino l'assetto di interessi concretamente voluto tra le parti⁶¹. Lo stesso criterio informa l'utilizzo dei c.d. elementi "sussidiari" o "accessori". Secondo l'indirizzo maggioritario della giurisprudenza della Corte di Cassazione infatti questi ultimi sono utili ai fini dell'indagine giudiziale sulla qualificazione del rapporto di lavoro non singolarmente ma in una loro valutazione globale "quali indizi gravi, precisi e concordanti dell'effettiva ricorrenza della subordinazione"⁶².

Ne deriva che solamente la ricorrenza di più indici può rendere sufficientemente certo il giudice della ricorrenza della subordinazione.

10. Il metodo di qualificazione del rapporto di lavoro: metodo sussuntivo e metodo tipologico

La dottrina e la giurisprudenza hanno individuato due metodi di qualificazione del

---

Note

⁶¹ Cass. 2 settembre 2000, n. 11502, in *Or. giur. lav.*, 2000, I, 638 ss.; Cass. 18 dicembre 1996, n. 11329, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 450; Cass. 11 agosto 1995, n. 7374, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 480 ss.; Cass. 24 gennaio 1987, n. 685, in *Foro it.*, 1988, I, 1 ss.

⁶² Cass. 18 luglio 2007, n. 15979, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 736 il rapporto di lavoro intrattenuto dal personale infermieristico con una casa di cura si può qualificare come subordinato ove riscontri la presenza dei seguenti indici di subordinazione: la predisposizione di turni lavorativi, la sussistenza dell'obbligo di presentare certificato medico in caso di malattia, la reperibilità, la modalità del compenso ragguagliato alle ore e non al risultato, l'identità delle modalità di espletamento di mansioni rispetto a lavoratori qualificati come subordinati, l'utilizzazione di attrezzature aziendali e del camice di lavoro, l'inserimento nell'organizzazione, nonché il carattere professionale dell'attività espletata che rende superflua una particolare specificazione delle direttive; Cass. 18 dicembre 1996, n. 11329, cit.; Cass. 4 agosto 1995, n. 8565, in *Giur. it.*, 1996, I, 1402; Cass. 29 marzo 1995, n. 3745, cit.; Cass. 17 dicembre 1994, n. 10829, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 445; Cass. 11 agosto 1994, n. 7374, cit., 480; Cass. 24 gennaio 1987, n. 685, in *Foro it.*, 1988, I, 1; occorre comunque segnalare l'orientamento che non ritiene che i criteri sussidiari possano essere strumenti per la qualificazione del rapporto di lavoro: Cass. 18 febbraio 1993, n. 1971, in *Riv. giur. lav.*, 1994, II, 552; Cass. 8 gennaio 1993, n. 84, *ivi*, 555; Cass. 21 marzo 1989, in *Foro it.*, 1989, c. 462; Cass. 13 luglio 1988, n. 4150, *ivi*, c. 2913.

rapporto. Il metodo sussuntivo (o, anche detto, metodo sillogistico) e il metodo tipologico.

Il metodo sussuntivo si basa sul confronto della fattispecie concreta con la fattispecie astratta prevista dalla legge. In base a questo metodo è possibile ritenere sussistente la subordinazione solo quando la fattispecie concreta presenti tutti i connotati del tipo legale contemplato dall'art. 2094 c.c.

Il metodo tipologico, invece, non prende come parametro ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro il tipo legale, quanto piuttosto il tipo normativo. Quest'ultimo, secondo gli studi più accreditati, consentirebbe un maggior adattamento della disciplina prevista dalla legge alla realtà sociale ed economica in cui si svolge il contratto di lavoro, poiché arricchirebbe il tipo legale di una serie di elementi tratti dall'esperienza pratica⁶³. Una variante è costituita dal tipo normativo utilizzato nel metodo tipologico funzionale, secondo il quale la vera natura del rapporto si ricava dall'analisi di uno o più indici della subordinazione correlata alle finalità del contratto di lavoro, nella specifica ipotesi concreta.

La ragione dell'affermarsi di questo metodo e dell'abbandono del metodo sussuntivo è stata individuata da una parte della dottrina nelle carenze della nozione della subordinazione. Secondo questa opinione la nozione codicistica di subordinazione si limiterebbe a descrivere il prototipo normativo del lavoro subordinato nell'impresa senza essere in grado di ricomprendere in sé tutte le ipotesi di subordinazione presenti nella realtà socioeconomica⁶⁴.

Senonché il metodo tipologico non pare essere sufficientemente rigoroso ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro. A ben vedere infatti questo metodo è utilizzato, in altri ordinamenti, al fine di una graduazione della disciplina legale del tipo, graduazione che nel nostro ordinamento non è possibile poiché la disciplina del contratto di lavoro subordinato costituisce un apparato unitario di tutele non suscettibile di applicazione parziale⁶⁵ o ammette tale applicazione parziale solo in presenza di esplicite disposizioni di legge (vedi, ad esempio, l'art. 2239 c.c.)⁶⁶.

Inoltre attraverso il metodo tipologico filtrano nella definizione della fattispecie del lavoro subordinato elementi extragiuridici e di tipo socioeconomico che nulla hanno a che vedere con la nozione giuridica contenuta nell'art. 2094 c.c. Di tal che è stato ritenuto subordinato il rapporto di lavoro solo perché il lavoratore era in una condizione di debolezza contrattuale (su cui vedi par. 6), oppure in base al tipo di attività

Note

⁶³ Nogler, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, I, 206.

⁶⁴ L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro: Problemi storico-critici*, Napoli, 1967, 61; cerca di individuare una soluzione di compromesso tra i due metodi qualificatori Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2002, 62.

⁶⁵ A meno che non vi sia una riforma legislativa che consenta la graduazione delle tutele, peraltro, proposta da alcuni settori della dottrina, ma mai realizzata, vedi Scognamiglio, *Il diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 307.

⁶⁶ Mengoni, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, 15; Proia, *Rapporti di lavoro e tipo*, Milano, 1997, spec. 27 ss.; e, più recentemente, dello stesso autore *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 95; Ichino, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, ne *Il codice civile - Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992, 32; contrario al metodo tipologico è anche Menghini, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, cit., 184, che registra le gravi controindicazioni dovute all'utilizzo di tale metodo; nello stesso senso Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, cit., 4.

svolta da quest'ultimo, senza ritenere necessaria un'indagine attenta sulla ricorrenza degli indici della subordinazione⁶⁷.

Peraltro l'utilizzo del metodo tipologico ha condotto ad un allargamento eccessivo del campo di applicazione della subordinazione e del complesso delle tutele previste per questa.

Risulta, pertanto, molto più rigoroso il metodo sussuntivo che richiede la perfetta corrispondenza tra fattispecie concreta e fattispecie astratta. Del resto abbiamo visto più volte che ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro non è sufficiente uno solo ma un insieme di indici sintomatici (o, per lo meno, di indizi) che rilevinano la subordinazione. Invece il metodo tipologico non richiede una pluralità di indici ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro.

In conclusione il rapporto di lavoro è subordinato solo nell'ipotesi in cui la fattispecie concreta corrisponda alla fattispecie astratta prevista dalla legge. Tale corrispondenza è verificabile attraverso il confronto degli elementi della fattispecie concreta a quelli della fattispecie astratta; ovvero sia attraverso la verifica della ricorrenza nella prima degli indici sintomatici della subordinazione ricavati dal tipo legale *ex art.* 2094 c.c.

11. La questione della disponibilità del tipo

Abbiamo potuto vedere che nella qualificazione del rapporto di lavoro le effettive modalità di svolgimento del rapporto prevalgono sulla dichiarazione contrattuale delle parti. Questo principio è stato ribadito anche dalla Corte costituzionale in due importanti pronunce. Secondo queste due sentenze la disciplina del lavoro subordinato deve essere applicata se il rapporto, in contrasto con il titolo contrattuale, abbia di fatto assunto contenuti e modalità di svolgimento propri del rapporto di lavoro subordinato.

Sennonché in questa occasione la Corte costituzionale compie un passo ulteriore. Ha modo di affermare che le effettive modalità di svolgimento del rapporto prevalgono anche sulla eventuale qualificazione del rapporto effettuata dalla legge. In altri termini secondo quanto affermato dal Giudice delle leggi⁶⁸, e ribadito anche dalla Corte di cassazione⁶⁹, il legislatore non può disporre del tipo, ovvero sia non può vincolare *a priori* il giudice ad un determinato tipo contrattuale⁷⁰ potendo egli sempre qualificare il rapporto in modo differente, basando il suo giudizio sull'assetto effettivamente realizzato tra le parti⁷¹.

Note

⁶⁷ Cass. 6 settembre 2007, n. 18692, secondo la quale la figura di commesso è una "figura tipo logicamente subordinata"; Cass. 20 marzo 2002, n. 4015, in *Riv. giur. lav.*, 2002, 437 con nota critica di G. Fontana, che ha ritenuto di natura subordinata il rapporto di lavoro di un pizzaiolo e di una cameriera senza un'attenta indagine degli indici della subordinazione e solo in considerazione del tipo di attività svolta dagli stessi.

⁶⁸ Corte cost. 31 marzo 1994, n. 115, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 227.

⁶⁹ Cass. 14 marzo 2007, n. 5913, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2109; Cass. 25 maggio 1998, n. 5214, in *Giur. it.*, 1999, I, 1406 e ss. con nota di A. Lepore; Cass. 7 ottobre 1997, n. 9722, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 659.

⁷⁰ Tosi, *La distinzione tra autonomia e subordinazione, in Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, cit., 39.

⁷¹ Ricci, *Autonomia o subordinazione: la qualificazione spetta al legislatore?*, in *Lav. giur.*, 1996, 1. Tale principio è stato affermato dalla Corte costituzionale in una nota pronuncia sulla costituzionalità dell'art. 6-bis, legge 18 marzo 1993, n. 67 che esenta dall'adempimento degli obblighi previdenziali e assistenziali i comuni, le province, le comunità

Sulle conclusioni della Corte costituzionale la dottrina si è espressa in modo non univoco ⁷².

Secondo una prima opinione il principio espresso dalla Corte costituzionale deve essere pienamente condiviso ⁷³. Secondo questa prima ricostruzione nella Costituzione sarebbe possibile rinvenire una nozione effettuale di subordinazione, nozione che deve orientare anche l'attività di produzione delle leggi e che prevale sulla stessa volontà del legislatore.

Senonché, a ben vedere, i principi e i diritti espressi dalla Costituzione, non sono riferibili esclusivamente al lavoro subordinato ma, più in generale, al lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (art. 35 Cost) ⁷⁴.

Ciò significa, secondo una diversa ricostruzione, che le garanzie previste dalla Costituzione, ritenute tradizionalmente applicabili al lavoro subordinato possono essere estese anche a forme di lavoro non subordinato. Peraltro questo è già avvenuto con l'estensione di alcune di queste tutele ai rapporti di lavoro autonomo continuativo (vedi artt. da 63 a 66 Cost. sul lavoro a progetto). Nel contempo a al legislatore non è proibito modulare diversamente le tutele ad esso applicabili. L'unico limite che il legislatore subisce è quello del rispetto del principio di ragionevolezza. Secondo questo principio (art. 3 Cost.) il legislatore non può regolare due fattispecie identiche con un trattamento normativo diverso, né due fattispecie diverse con la medesima disciplina. Di conseguenza, nel rispetto di questo limite il legislatore può apportare deroghe alla disciplina garantistica prevista per il lavoro subordinato e può anche escludere l'applicazione di parte o di tutta la disciplina garantistica prevista per quest'ultimo.

Peraltro, in più di un caso, la legge ha negato la qualificazione di lavoro subordinato ad alcuni rapporti sul presupposto della parziale diversità di questi dalla fattispecie regolata dall'art. 2094 c.c. e in base alle particolari finalità di questi rapporti dal lavoro subordinato.

Basti pensare all'art. 2, comma 3, legge 11 agosto 1991, n. 266 che disciplina il lavoro del volontario (su cui vedi Capitolo 7, par. 7); all'art. 8, d.lgs. 1° dicembre 1997, n. 468 sui lavori socialmente utili ⁷⁵; all'art. 18 della legge 24 giugno 1997, n. 196 sui tirocinii formativi; all'art. 1, d.lgs. 7 agosto 1997, n. 280 relativo alle borse di lavoro e ai lavori di pubblica utilità, all'art. 59, comma 15, legge n. 449/1997 che riconduce a fini previdenziali alcune tipologie di lavoro a domicilio al lavoro autonomo ⁷⁶.

Note

montane e i loro consorzi, le istituzioni pubbliche e gli enti non commerciali relativamente ai contratti d'opera o per prestazioni professionali da essi stipulati sul presupposto che tali contratti non pongono in essere rapporti di lavoro subordinato. In quell'occasione la Corte costituzionale ha salvato la disposizione dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale. E ciò perché quella norma, secondo la Corte, vuole solo dire che "non sono soggetti agli obblighi contributivi quei rapporti di collaborazione che non sono di lavoro subordinato" (Corte cost. 31 marzo 115, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 297 e ss. e, nello stesso senso, vedi Corte cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, 2432).

⁷² Corte cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, 2432.

⁷³ D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 65.

⁷⁴ Scognamiglio, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 118; G. Santoro Passarelli, *Diritto dei lavori*, cit., 40.

⁷⁵ Nel caso dei lavori socialmente utili la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha escluso la natura subordinata del rapporto di lavoro sulla base dell'argomento che si tratta di uno speciale rapporto di lavoro di natura assistenziale (Cass. 29 gennaio 2007, n. 1828, in *Dir. prat. lav.* n. 43, 2007, 2597).

⁷⁶ Quest'ultima legge prevede che gli scultori, i pantografisti, i tornitori a mano, i pittori, i decoratori e i rifinitori, aventi

In conclusione secondo questa diversa opinione il legislatore, nel rispetto del criterio di ragionevolezza può disporre del tipo anche impedendo una diversa qualificazione basata sulle effettive modalità di svolgimento del rapporto di lavoro.

12. Casistica

Non potendo esaurire tutte le ipotesi sottoposte all'esame dei giudici in materia di qualificazione del rapporto di lavoro la presente casistica prende in considerazione solo alcuni dei rapporti di lavoro "di confine" tra autonomia e subordinazione che hanno dato luogo ad una giurisprudenza non univoca.

12.1. Il giornalista

La prestazione di lavoro giornalistico si caratterizza per la natura intellettuale dell'attività svolta, e per la creatività della prestazione⁷⁷. Per questa ragione la subordinazione del giornalista si configura generalmente in termini attenuati⁷⁸.

Non essendo facilmente riscontrabile l'elemento dell'eterodirezione sono altri gli indici che consentono di verificare se la prestazione di lavoro del giornalista sia o meno subordinata. La giurisprudenza ha costantemente affermato che il rapporto di lavoro giornalistico può ritenersi subordinato quando il prestatore di lavoro svolga il suo incarico con continuità, quando, cioè, egli debba trattare continuativamente un argomento o un settore di informazione o sia permanentemente a disposizione della redazione, a prescindere dall'assoggettamento alle direttive del giornale⁷⁹. Mentre deve escludersi la subordinazione nel caso in cui le prestazioni siano singolarmente convenute in base ad una successione di incarichi con retribuzione commisurata alla singola prestazione⁸⁰.

Pertanto la disponibilità permanente del giornalista lavoratore subordinato, a detta dei giudici, si concretizza nella continua dedizione funzionale al risultato produttivo dell'imprenditore realizzabile attraverso lo stabile inserimento dello stesso nell'organizzazione aziendale⁸¹.

Comunque la permanente disponibilità del giornalista si configura diversamente a seconda della sua qualifica. La giurisprudenza ha, ad esempio, distinto la figura del collaboratore fisso da quella del redattore.

Il collaboratore fisso "mette a disposizione le proprie energie lavorative per fornire

---

Note

sede nelle zone di montagna, che esercitano la loro attività artistico-tradizionale individualmente, "sono considerati lavoratori autonomi ai fini della legge 18 dicembre 1973, n. 877 e, conseguentemente, sono sottoposti alla aliquota contributiva prevista per i lavoratori autonomi.

⁷⁷ Cass. 20 gennaio 2001, n. 833, in *Giur. it.*, 2001, c. 2044; Cass. 12 febbraio 2008, n. 3320; Trib. Milano 10 settembre 1997, in *Or. giur. lav.*, 1997, I, 680; Trib. Milano 8 settembre 1993, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 85.

⁷⁸ Cass. 9 aprile 1986, n. 2477, in *Rep. Foro it.* 1987, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 619; Cass. 10 gennaio 1987, n. 109, in *Or. giur. lav.*, 1987, 349.

⁷⁹ Cass. 12 giugno 1986, n. 3913, in *Mass. Foro it.*, 1986, 686; Cass. 12 febbraio 2008, n. 3320.

⁸⁰ Cass. 9 aprile 2004, n. 6983, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 216; Cass. 17 maggio 2003, n. 7740, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce cit., n. 684; Cass. 26 marzo 2002, n. 4338, in *Riv. giur. lav.* 2002, II, 715 e ss.; Cass. 16 maggio 2001 n. 6727, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 596.

⁸¹ Cass. 10 gennaio 1987, n. 109, in *Or. giur. lav.*, 1987, 349 e ss.; Cass. 9 settembre 1982, n. 4857, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 316; Cass. 2 aprile 1981, n. 1882, in *Lav. prev. oggi*, 1991, 2284 e ss.

con continuità ai lettori della testata un flusso di notizie in una specifica e predeterminata area dell'informazione, attraverso la redazione sistematica di articoli o con la tenuta di rubriche”⁸². Inoltre la piena disponibilità del collaboratore, a differenza del redattore, deve sussistere anche nell'intervallo tra una prestazione e l'altra⁸³.

La figura del redattore, invece, si contraddistingue per la quotidianità della prestazione senza che questo però comporti che la prestazione possa risolversi in specifici e distinti incarichi fiduciari per ciascuna opera eseguita (altrimenti il rapporto non si può qualificare di lavoro subordinato).

Benché si atteggi differentemente il vincolo di disponibilità nei confronti del giornale-datore di lavoro, sia il collaboratore fisso, sia il redattore sono lavoratori subordinati. La differenza tra i due è di inquadramento. Al redattore ordinario spetta infatti in base al contratto collettivo dei giornalisti una qualifica superiore rispetto a quella del collaboratore fisso⁸⁴.

12.2. L'insegnante di scuola privata

Anche in questa ipotesi non vale il tipo di attività che viene svolta (abbiamo avuto modo di vedere che ogni attività umana può essere dedotta in un'attività di lavoro subordinato o autonomo), ma le effettive modalità di svolgimento della stessa per qualificare il rapporto di lavoro come subordinato o autonomo.

Così la Suprema Corte di legittimità, in alcune recenti pronunce, ha ritenuto di lavoro subordinato il rapporto intercorso tra una insegnante di scuola privata e l'istituto ove insegnava, attraverso l'individuazione di alcuni dei più rilevanti degli indici sintomatici, quali l'assoggettamento del lavoratore al potere di coordinamento e disciplinare del datore di lavoro⁸⁵, il suo inserimento nell'organizzazione aziendale, la fissazione dell'orario di lavoro e degli orari delle attività ausiliarie da parte del datore di lavoro; le modalità di erogazione della retribuzione, commisurata alle ore di insegnamento effettivamente svolte⁸⁶, o alla circostanza che il rischio non grava sull'insegnante⁸⁷. Altre pronunce hanno invece ritenuto il rapporto dell'insegnante autonomo⁸⁸, ancorché di carattere continuativo e svolto in presenza di una serie di vincoli (obbligo di attenersi al programma ministeriale, esistenza di un orario contrattualmente predeterminato, commisurazione della retribuzione alle ore di lezione, apposizione delle firme di presenza, necessità di avvisare per eventuali assenze). In questa seconda ipotesi il rapporto di lavoro non è contraddistinto da un puntuale esercizio dei poteri direttivi e disciplinari datoriali o dall'inserimento del docente in un quadro organizzativo complessivo, analogo a quello delle scuole pubbliche, sotto il profilo degli obblighi di programmazione formativa e didattica, di valutazione degli studenti, di in-

Note

⁸² Cass. 9 marzo 2004, n. 4797, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 130.

⁸³ Cass. 9 giugno 2000, n. 7931, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 862.

⁸⁴ Cass. 9 giugno 2000, n. 7931, cit.

⁸⁵ Cass., 22 aprile 1986, in *Riv. pen.*, 1986, 965 ss.

⁸⁶ Cass., 29 marzo 2004, n. 6224, in *Rep. Foro it.*, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 194; vedi anche Trib. Novara, 9 gennaio 1995, in *Inf. prev.*, 1995, 136 ss.; Cass. 24 novembre 1984, n. 6104, in *Rep. cit.*, 1984, voce *cit.*, n. 356.

⁸⁷ Cass. 2 aprile 1986, n. 2257, in *Informazione prev.*, 1986, 1307; Cass., 14 febbraio 1985, n. 1287, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 377; Pret. Torino, 28 settembre 1981, in *Riv. giur. lav.*, 1982, II, 193.

⁸⁸ Cass., sez. lav., 21 maggio 2003, n. 8028, in *Rep. Foro it.*, voce *cit.*, n. 683; Pret. Lucca, 15 marzo 1988, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1615.

trattamento di rapporti con i genitori e gli stessi studenti, di partecipazione ai consigli di classe ⁸⁹.

12.3. I lettori ed esattori delle bollette dell'elettricità

La giurisprudenza oramai ritiene il rapporto di lavoro dei lettori e degli esattori delle bollette dell'elettricità di lavoro autonomo in base alla considerazione che il corrispettivo è commisurato alle bollette rimosse e che sono generalmente esercitate sul lavoratore semplici direttive programmatiche; che il controllo dell'attività è meramente estrinseco e attinente esclusivamente al risultato della medesima ⁹⁰.

Mentre pare in via di superamento quell'orientamento che riteneva tale rapporto di lavoro di natura subordinata sulla convinzione della indispensabilità della prestazione dei lettori-esattori per l'impresa elettrica, della necessità della collaborazione costante e dell'impegno sistematico di lavoro in favore dell'impresa ⁹¹.

12.4. Il medico di fabbrica

Sulla base della convinzione che l'eterodirezione è il principale indice della subordinazione la giurisprudenza ha ritenuto il rapporto di lavoro del medico di fabbrica autonomo ⁹². Non è stata considerata sufficiente ai fini della qualificazione quale lavoro subordinato né la continuità della prestazione, in quanto questa può essere propria anche del lavoro autonomo che implichi l'esecuzione continuata o ripetitiva di un'opera o di un servizio ⁹³, né l'inserimento nell'organizzazione aziendale ⁹⁴. La natura libero-professionale del rapporto di lavoro del medico di fabbrica, a detta della giurisprudenza di merito, è comprovata inequivocabilmente, nel concreto svolgimento del rapporto, dalla circostanza che i medici di fabbrica "non sono sottoposti a direttive di alcun genere, non hanno superiori gerarchici e sono sostanzialmente liberi nell'organizzazione e nell'esercizio dei loro compiti che coordinano con la restante attività professionale svolta" ⁹⁵.

In applicazione dello stesso principio la giurisprudenza di legittimità, invero non recentissima, ha definito lavoratore subordinato il medico di fabbrica quando la prestazione lavorativa, seppur quantitativamente ridotta, sia svolta con continuità e regolarità, nell'ambito delle direttive impartite all'imprenditore ⁹⁶.

12.5. Il messaggero metropolitano

Anche la figura del messaggero metropolitano (addetto alla consegna di plichi) è stata oggetto di una giurisprudenza in tema di qualificazione del rapporto di lavoro

---

Note

⁸⁹ Cass., 8 maggio 1981, n. 3042, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 219.

⁹⁰ Cass. 17 maggio 1993, n. 5585, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 445; Cass. 20 agosto 1987, n. 6967, in *Rep. cit.*, 1987, voce *cit.*, n. 383; vedi anche Cass., 19 maggio 1983, n. 3484, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 399.

⁹¹ Trib. Savona, 25 novembre 1983, in *Prev. soc.*, 1984, 1832 e ss.

⁹² Cass., 27 novembre 1986, n. 7015, in *Rep. cit.*, 1986, in voce *cit.*, n. 411.

⁹³ Pret. Torino 5 luglio 1998, in *Giur. piem.*, 1998, 429 ss.

⁹⁴ Pret. Catania, 29 febbraio 1988, in *Dir. prat. lav.*, 1988, 1654 ss.

⁹⁵ Pret. Torino, 26 luglio 1991, in *Giur. piem.*, 1992, 456 ss.

⁹⁶ Cass. 3 aprile 1987, n. 3245, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 393; vedi anche Cass. 9 aprile 1986, n. 2475 in *Rep. cit.* 1986, voce *cit.* n. 395.