

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
Graduate School in Social and Political Sciences
PhD program in Labour Studies,
XXV cycle

PhD Dissertation

**LA RIDEFINIZIONE DELLA NOZIONE DI
SUBORDINAZIONE NEL DIRITTO ITALIANO**

PhD candidate: Filippo Paolo Barberis

Supervisor: prof. Massimo Pallini

A.Y. 2013/14

LA RIDEFINIZIONE DELLA NOZIONE DI SUBORDINAZIONE NEL DIRITTO ITALIANO

Introduzione	6
--------------	---

CAPITOLO PRIMO

Dal codice del 1865 al “ventennio corporativo”

1. Premessa	11
2. Il codice civile del 1865 e l’antica distinzione tra <i>locatio operis</i> e <i>locatio operarum</i>	12
3. I socialisti della cattedra	15
4. La legislazione sociale	17
5. La giurisprudenza dei probiviri	17
6. La “Commissione Chimurri”	19
7. Il dibattito tra i civilisti e l’affermarsi della nozione barassiana di subordinazione	20
8. Dal “ventennio corporativo” al codice civile del 1942	24

CAPITOLO SECONDO

La nozione di subordinazione nell’Italia repubblicana

1. La Costituzione: il lavoro a fondamento della Repubblica italiana	29
2. Il dibattito dottrinale tra contrattualisti e istituzionalisti	35
3. Il “contrattualismo laburista” di Giugni e Mancini	38
4. Gli anni “ruggenti” del diritto del lavoro (1960-1973)	42
5. Gli anni del ripiegamento (1973-1989)	48

CAPITOLO TERZO

La ricostruzione del dibattito dottrinale sul finire degli anni '80

1. Premessa	54
2. La nozione tecnico-giuridica di subordinazione	55
3. La nozione socio-economica di subordinazione	57
4. Interpretazioni “espansive” e interpretazioni “contenitive” del concetto di subordinazione	61
5. Il metodo tipologico e il metodo sussuntivo	63
6. Il dualismo tra disciplina applicabile e schema causale quali elementi distintivi delle fattispecie di lavoro subordinato	67
7. Il dualismo tra sostenitori della crisi e sostenitori della tenuta del concetto di subordinazione	74
8. Il dualismo tra proposte pluraliste e proposte unitarie di ricostruzione della fattispecie	86

CAPITOLO QUARTO

Le nuove sfide del diritto del lavoro negli '90

1. Il mercato del lavoro e il mutato contesto economico	96
2. La ripresa del dibattito nei primi anni '90	102
2.1 Lo spazio riconosciuto all'autonomia delle parti nel contratto di lavoro	102
2.2. La rigidità del tipo contrattuale “lavoro subordinato” a seguito delle sentenze della Corte Costituzionale	105
2.3. “Ortodossi” e “riformisti” di fronte alla questione della subordinazione	109
3. Le proposte estensive dell'area di tutela del lavoro subordinato	111
3.1. La proposta di Giovanni Alleva	111
3.2. Il d.d.l. “Smuraglia”	114
3.3. La proposta di legge di iniziativa popolare promossa dalla Cgil	115
4. Le proposte orientate a rimodulare l'area di tutela del lavoro subordinato	117

4.1. Il progetto di Massimo D'Antona	118
4.2. Il "lavoro coordinato". La proposta di De Luca Tamajo, Flammia e Persiani	121
4.3. La prima proposta di "Statuto dei lavori" a cura di Marco Biagi	125
4.4. La "Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori" presentata da Giuliano Amato e Tiziano Treu	128
5. Voci critiche rispetto alle istanze propositive di riforma del mercato del lavoro	131
6. Dallo stallo del legislatore all'introduzione della fattispecie "lavoro a progetto"	133
6.1. Le ragioni dell' <i>impasse</i>	133
6.2. I lineamenti della nuova fattispecie "lavoro a progetto"	134

CAPITOLO QUINTO

Gli anni 2000 e i recenti progetti in tema di riforma del mercato del lavoro

1. Il contesto storico e politico	137
1.1. Il rilievo della dimensione europea e il Libro bianco sul mercato del lavoro.	137
1.2. Il secondo governo Prodi e il tentativo di contenere la precarietà del lavoro	140
1.3. Dall'avvio della sedicesima legislatura al governo Monti	141
2. Le recenti proposte in tema di riforma del mercato del lavoro	144
2.1. Una critica alla proposta di "Statuto dei lavori"	145
2.2. Pietro Ichino e la proposta di flexsecurity: la necessità di rimodulare la disciplina inderogabile del lavoro subordinato	148
2.3. Il contratto unico a tutele crescenti proposto da Tito Boeri e Pietro Garibaldi e il D.L. Nerozzi del 2010	161
2.4. Massimo Pallini e Marco Leonardi: una proposta ispirata al diritto tedesco	166
2.5. Il "contratto unico di inserimento formativo" previsto nel d.d.l. n.2630 del 2009	169

CAPITOLO SESTO

La rimodulazione dell'area del lavoro subordinato nella "Riforma Fornero"

1. "Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita"	174
1.1. Le tutele nel mercato	176
1.2. La flessibilità in uscita	179
1.3. La flessibilità in entrata	186
1.4. L'intervento sui rapporti di "confine" tra lavoro autonomo e subordinato	189
2. Riflessioni conclusive sulla Riforma in tema di ridefinizione dell'area del lavoro subordinato	193
3. Oltre la Riforma Fornero: dal Governo Letta alla proposta di "Jobs Act"	209

CAPITOLO SETTIMO

La nozione di subordinazione nel diritto del lavoro tedesco

1. La posizione prevalente nella dottrina tedesca: il criterio della dipendenza personale	212
2. Il lavoratore parasubordinato nel diritto del lavoro tedesco	215
3. La qualificazione del rapporto fondata sulla dipendenza economica. La posizione di Rolf Wank	217
3.1. I riscontri positivi della posizione di Wank in tema di qualificazione del rapporto subordinato nella giurisprudenza e nella riforma della previdenza sociale tedesca del 1999	223
3.2. Le critiche mosse dalla dottrina al concetto di dipendenza economica quale elemento qualificante il rapporto del lavoro subordinato	225
4. Un terzo orientamento dottrinale: la qualificazione del rapporto di lavoro fondata sulla interpretazione del contratto e la rivalutazione della distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi	228

4.1 Richardi: per una qualificazione del rapporto fondata sulla natura dell'obbligazione dedotta nel contratto	228
4.2 Preis: una proposta sul metodo di qualificazione del contratto di lavoro	232
5. Alcune osservazioni conclusive sul rapporto tra evoluzione del dibattito nel diritto del lavoro tedesco e italiano in tema di subordinazione	240
Conclusioni	
Alla ricerca di un difficile equilibrio	244

Introduzione

Attraverso la ricostruzione del dibattito italiano intorno al concetto di subordinazione nel diritto del lavoro, la presente tesi di ricerca si propone di enucleare i diversi problemi davanti ai quali sia il legislatore, sia l'interprete del diritto devono misurarsi nel tentativo di ridefinire l'area del lavoro dipendente nel nostro ordinamento. Questa esigenza di ridefinizione, richiamata da più voci almeno a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, oggi sembra stentare a trovare una forma stabile sulla quale il diritto del lavoro possa svilupparsi negli anni a venire. Nonostante i nodi da sciogliere siano chiari ormai da diversi decenni - il superamento del dualismo tra lavoratori stabili e precari, l'esigenza di una rimodulazione "sostenibile" delle tutele, la transizione verso un sistema di protezione baricentrato intorno alla figura del lavoratore nel mercato - purtroppo, anche l'ultimo ambizioso tentativo di riforma, la "Legge Fornero" sul lavoro del 2012, sembra oggi rappresentare non tanto un sicuro punto di approdo, quanto un nuovo punto di partenza in vista di soluzioni ancora più avanzate.

Il recente dibattito de *iure condendo* si trova stretto tra almeno due esigenze: quella di individuare soluzioni economicamente compatibili, ossia in grado di impedire una fuga dal lavoro regolare verso forme di lavoro autonomo o di "lavoro nero", e quella di raccogliere, intorno a queste soluzioni, un sufficiente consenso politico e sociale che ne consenta la concreta realizzazione. Tutto

questo nel contesto di un mercato del lavoro italiano che richiede una profonda opera di semplificazione e azioni volte, da un lato, a disincentivare il ricorso al contenzioso giudiziario e, dall'altro, a limitare il potere discrezionale del giudice rendendo meglio prevedibili i costi e i tempi di risoluzione delle controversie, anche nella prospettiva di una maggiore attrattività del nostro mercato del lavoro verso gli investimenti stranieri.

Lo scenario di crisi di questi anni non sembra aver contribuito a smussare le rigidità che contraddistinguono le posizioni dei diversi attori sociali e politici, sebbene proprio la crisi imponga soluzioni coraggiose capaci di accompagnare un'attesa fase di ripresa economica. Certo la risposta a questi complessi problemi non può essere individuata nella sola ridefinizione dell'area del lavoro subordinato anche se questo elemento rappresenterebbe nell'attuale dibattito un punto di chiarezza con potenziali ricadute positive sia dal punto di vista sociale che economico. Ridefinire l'area del lavoro subordinato, infatti, non è semplicemente una questione di natura tecnico-giuridica, ma permette di interrogarsi direttamente sul senso del diritto del lavoro nel presente contesto storico, sulla sua funzione protettiva e sul conflitto di interessi che è chiamato a comporre.

Nel presente studio si è voluto seguire con attenzione l'evoluzione che, a partire dal primo codice civile "unitario" del 1865 fino alle più recenti riforme e proposte di riforma, ha interessato il concetto di subordinazione in relazione ai grandi mutamenti, istituzionali, politici, sociali ed economici, che hanno segnato gli ultimi 150 anni di storia del nostro Paese. Attraverso questa prospettiva, è possibile giungere alla conclusione che l'area della subordinazione è profondamente legata alle peculiarità storiche che contraddistinguono il mercato del lavoro. Le maggiori tensioni tra norma e realtà sociale vengono a crearsi quando, a

fronte di un profondo mutamento del mercato del lavoro, il legislatore non riesce a fornire risposte conseguenti in termini di riforme . Certo queste tensioni possono essere temperate da elementi di elasticità contenuti nel dato normativo e impiegati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per dare una forma coerente ad impreviste fattispecie concrete di lavoro emergenti nel mercato, ma con l'andare del tempo l'assenza di un intervento di carattere generale rischia di tramutare questa fisiologica "elasticità" interpretativa in un elemento di patologica incertezza del diritto in danno tanto al lavoratore quanto all'imprenditore. Questa dinamica sembra quasi poter definire un ciclo nel quale, a partire dalle tensioni tra norma e realtà sociale, emergono, nel corso degli anni, diverse soluzioni, nel dibattito dottrinale e nella giurisprudenza, che il legislatore sarà chiamato poi a stabilizzare in riforme normative. Così, davanti al caso di un moltiplicarsi nel mercato di fattispecie di lavoro formalmente autonome, ma sostanzialmente assimilabili al lavoro dipendente, processo al quale si è assistito con particolare riferimento alla crisi del modello industriale *fordista* a partire dalla metà degli anni Settanta, la funzione "centripeta" della nozione codicistica di subordinazione d'ispirazione parnassiana, per quanto "elastica", viene messa sotto *stress* e chiamata ad "assorbire" fattispecie ben al di là di quelle previste dalla lettera della norma di riferimento del lavoro subordinato, l'articolo 2094 c.c. Davanti a questo fenomeno si sono cimentate sia la dottrina che la giurisprudenza interrogandosi sul ruolo del diritto del lavoro ed elaborando nuovi indici e tecniche di qualificazione del rapporto. In tutto questo, il legislatore tra grandi ritardi e orientamenti altalenanti è arrivato solo con la recente Riforma del 2012 ad intervenire, a differenza delle numerose leggi che tra gli anni Novanta e Duemila si sono concentrate sull'area dei rapporti cd. "flessibili", rimodulando direttamente la disciplina del lavoro subordinato ed

estendendo, *de facto*, l'area di applicazione delle tutele riservate al lavoro subordinato anche al lavoro cd. etero-organizzato non necessariamente segnato da etero-direzione.

Questo importante intervento tuttavia, a causa delle non sempre felici soluzioni tecniche individuate dal legislatore, è ad oggi sottoposto a forti critiche e a proposte di ulteriore riforma.

Infine, l'approfondimento sulla nozione di subordinazione nel diritto tedesco rappresenta un utile termine di confronto con un ordinamento nel quale giurisprudenza e dottrina prevalente partono da posizioni diverse da quelle che si sono affermate nel dibattito italiano. Diverse posizioni che però sono state chiamate, nel corso degli ultimi decenni, a confrontarsi con problemi simili a quelli del nostro mercato del lavoro: pensiamo in particolare alla necessità di conciliare una maggiore certezza e rigore qualificatorio con l'esigenza di non escludere dall'area del lavoro protetto i rapporti della cd. "area grigia" o, più di recente, alla valorizzazione proposta da una parte della dottrina tedesca rispetto alla distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato, una valorizzazione che sembra richiamarsi alle soluzioni individuate dalla Riforma Fornero in tema di distinzione tra lavoro parasubordinato e lavoro subordinato.

Osservare con attenzione l'evoluzione del concetto di subordinazione, l'intenso dibattito dottrinale che introno a questo concetto si è sviluppato nel tempo, gli orientamenti della giurisprudenza, le soluzioni legislative attuate e anche quelle solo proposte, può fornire elementi preziosi per leggere criticamente lo stato attuale del dibattito in materia con l'obiettivo di ricercare le soluzioni più efficaci ad enucleare un concetto di lavoro dipendente capace di rispondere in maniera adeguata alle esigenze qualificatorie e di tutela del presente.

Capitolo Primo

DAL CODICE DEL 1865 AL VENTENNIO CORPORATIVO

1.Premessa

A cavallo tra Ottocento e Novecento, l'Italia si incammina lentamente sulla strada dello sviluppo industriale. Questo processo avrebbe portato ad una graduale sostituzione delle tradizionali botteghe artigiane e mercantili con le più moderne e strutturate aziende industriali. E' in questa fase che muoverà i primi passi il dibattito intorno al diritto operaio dal quale si svilupperà il tema della subordinazione quale elemento centrale per il moderno diritto del lavoro.

A partire dagli anni '70, e con ancora più forza negli anni '80 dell'Ottocento, cominciano a formarsi i primi capitali industriali e finanziari che faranno da motore propulsivo alla tardiva rivoluzione industriale italiana.

Progressivamente, il nuovo fenomeno del proletariato industriale emerge nella sua dimensione sociale ponendo interrogativi anche sugli strumenti giuridici più adatti a regolarne le prime forti tensioni con i "padroni" dei mezzi di produzione.

2. Il codice civile del 1865 e l'antica distinzione tra *locatio operis* e *locatio operarum*

Nel codice civile del 1865 veniva definita all'art.1570 la "locazione delle opere" come "il contratto per cui una delle due parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede". Una definizione generica che non distingueva affatto il lavoro subordinato dal lavoro autonomo¹. Delle tre principali tipologie di locazione di opere, previste poi all'art. 1627, si trovava solo nella prima, avente per oggetto "la propria opera all'altrui servizio", una definizione generica di lavoro subordinato, mentre le due tipologie successive si riferivano esclusivamente a fattispecie di lavoro autonomo².

L'unica altra disposizione del codice dedicata al lavoro subordinato era l'art.1628 a norma del quale "nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo e per una determinata impresa". Una disposizione questa che, sebbene si giustificasse con l'intento nobile di impedire l'asservimento perpetuo del lavoratore all'altrui servizio, nei fatti consentiva al datore di lavoro la libera recedibilità dal rapporto.

Le scarse e scarnie disposizioni del codice del 1865 riferibili al lavoro subordinato rivelavano, da un lato, è questa la critica di una parte della dottrina dell'epoca³, un'ancora flebile attenzione per i nuovi rapporti di lavoro che portava con se la nascente dimensione industriale italiana, dall'altro come il legislatore fosse ancora sostanzialmente fermo alle

¹ Ghera, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, ed. 1996

² Per una ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali di inizio secolo si v. Gaeta, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione. I – La subordinazione*, Torino, Utet, 1993, p. 3, ss.

³ *Ibidem*, p. 4.

disposizioni sulla *locatio operarum* previste nel Codice Napoleonico del 1804. Queste disposizioni rappresentavano il punto di approdo di un'antica tradizione giuridica che risaliva agli insegnamenti romanistici e alla loro rielaborazione da parte dei pandettisti. Secondo questa tradizione, la determinazione del contenuto del contratto era lasciata alla più ampia autonomia dispositiva delle parti, considerate formalmente su un piano di parità.

Alla luce di queste norme è possibile considerare il lavoro subordinato, per come veniva delineato nel codice del 1865, come una sottospecie del contratto di locazione. Proprio in riferimento a quest'ultimo istituto, si svilupperà il dibattito dottrinale che inquadrerà la prestazione lavorativa subordinata nella figura della *locatio operarum*, contrapposta alla *locatio operis*. Il lavoratore subordinato era quindi considerato soggetto del rapporto contrattuale, a differenza della *locatio ominis*, mentre l'oggetto, secondo una distinzione sempre risalente alla tradizione pandettistica, veniva circoscritto alla sola prestazione, al lavoro, alle energie dell'uomo, definite quale capitale produttivo e di conseguenza passibili di locazione.

Requisiti distintivi della *locatio operarum* venivano individuati nella temporaneità, prevista dal codice all'art. 1628, e nella continuità, intesa quale godimento nel tempo da parte del datore/conduuttore delle opere prestate dal lavoratore/locatore. In questa ricostruzione, il tempo non rivestiva il ruolo di semplice modalità esecutiva, ma si compenetrava con "la causa stessa del contratto"⁴, in quanto godimento da parte del datore/prestatore delle opere continuativamente prestate dal locatore/lavoratore. La prestazione si caratterizzava quindi come una prestazione di durata in relazione alla disponibilità delle energie offerte dal lavoratore.

⁴ Ghera, *Diritto del lavoro*, cit., p. 41 ss.

Caratteristica della *locatio operis* era invece l'obbligarsi del lavoratore al compimento di un'opera pattuita (appalto), al conferimento di un risultato specifico, anche sotto forma di servizio (come trasporto, deposito, o altro).

Tale distinzione, poi coniugata dalla dottrina civilistica con il binomio obbligazioni di mezzi (*locatio operarum*) e obbligazioni di risultato (*locatio operis*), svolgeva un'importante funzione nella distribuzione del rischio tra i contraenti. Seguendo un ragionamento elaborato dalla dottrina tedesca di inizio Ottocento, al quale il diritto italiano si è ispirato, si assumeva che mentre *il rischio per l'impossibilità o la mancanza di lavoro* doveva ricadere sul locatore, che perdeva il diritto alla controprestazione, sia nel contratto di *locatio operarum* che nel contratto di *locatio operis*; *il rischio correlato alla produttività o utilità della prestazione* ricadeva sul conduttore in caso di *locatio operarum* e sul locatore in caso di *locatio operis*. Una soluzione questa coerente con la natura obbligazionaria riconosciuta al contratto e che vedeva nel caso della *locatio operis* la prestazione di un risultato specifico, di un *opus perfectum*, e non la semplice messa a disposizione di energie lavorative.

La distinzione tra le due forme di *locatio* si rivelò però fin da subito assai debole ai fini di fornire una qualificazione precisa del lavoro subordinato e autonomo.

Nè l'emergere della categoria del contratto di lavoro, che trova il proprio primo riferimento normativo all'articolo 8, legge 15 giugno 1893, n. 295, dove si definisce l'ambito giurisdizionale dei collegi probivirali; nè l'utilizzo del cottimo, modalità contrattuale e retributiva legata al risultato produttivo, quale ulteriore criterio distintivo ai fini dell'attribuzione del rischio sulla produttività della prestazione, riuscirono a sanare l'incertezza strutturale che caratterizzava distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

Sulla distinzione infatti pendeva un'ambiguità più profonda che investiva direttamente la *connotazione oggettivo-causale* delle due obbligazioni. Queste, invero, accomunate da un lato per quanto riguarda l'*oggetto*, vale a dire il bene economico della forza lavoro, dall'altro avrebbero dovuto distinguersi chiaramente per quanto riguarda la *causa* a seconda che si trattasse di un'obbligazione di *mezzi* o di *risultato*, con conseguenze sulla diversa imputazione del rischio della produttività della prestazione. Ma è proprio su quest'ultimo aspetto che la distinzione tradiva un'ambiguità difficilmente sanabile: non solo spesso nella realtà risulta difficile distinguere tra obbligazione di mezzi e di risultato, ma in generale, come è stato rilevato in dottrina⁵, in ogni obbligazione di mezzi “sarebbe comunque perseguito un *risultato* per il creditore, quello di fruire della diligente prestazione del lavoratore”⁶.

3. I socialisti della cattedra

Anche a partire da queste forti perplessità sull'ambiguità e l'adeguatezza delle categorie civilistiche utilizzate per distinguere lavoro autonomo e lavoro subordinato, si svilupperà un intenso dibattito dottrinale. Una parte minoritaria della dottrina, che vedeva tra le proprie file molti esponenti del socialismo giuridico, cominciò a sostenere l'esigenza di una normativa *ad hoc* che disciplinasse il contratto di lavoro. Sempre da questa corrente erano arrivate alcune delle accuse più severe al codice del 1865 considerato figlio di una logica classista e borghese⁷ e

⁵ Pallini M, *Il lavoro a progetto in Italia e in Europa*, Bologna 2006, Il Mulino, p.101.

⁶ Pallini, *ibidem*.

⁷ Cavagnari, *Studi sul contratto di lavoro col testo del progetto di legge sul contratto di lavoro presentato alla Camera dei Deputati, Roma, 1902*; Gianturco, *Sul contratto di lavoro, Napoli, 1902*.

assolutamente inadeguato a regolare la nascente realtà del lavoro industriale⁸.

Caratteristica comune agli autori di questo filone dottrinale era quella di voler superare l'atteggiamento della dottrina civilistica tradizionale, che ricostruiva il quadro normativo della materia sulla base dell'*oggetto* dedotto nell'obbligazione lavorativa, in favore di un'impostazione che vedeva applicare la nascente disciplina lavoristica intorno al *soggetto*, al lavoratore, alla parte considerata più meritevole di tutela nel rapporto di lavoro. Altro aspetto comune ai diversi autori di questa corrente era la forte critica alla impostazione tradizionale della cultura liberale "borghese" che metteva su un piano di uguaglianza formale le parti del contratto di lavoro. Per la prima volta, nella elaborazione dottrinale, cominciava invece a porsi come centrale non tanto la distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato, quanto la posizione di subordinazione del lavoratore alle direttive e alla sorveglianza del datore di lavoro.

La centralità della persona del lavoratore, secondo questi giuristi, andava tutelata attraverso l'elaborazione di un *diritto privato-sociale*⁹, corroborato da norme di ordine pubblico e penali, teso a riequilibrare la debolezza contrattuale del lavoratore subordinato. Una caratteristica questa, che andava assumendo sempre maggior rilievo nella connotazione della fattispecie e che non poteva più essere elusa dall'interessato rispetto del principio dell'autonomia privata tra le parti del contratto di lavoro. Va ricordato che le ispirate istanze protettive dei "socialisti della cattedra" non riuscirono però a concretizzarsi in maniera efficace intorno a una proposta solida sul piano tecnico-giuridico di riforma del contratto di lavoro, per la quale occorrerà aspettare l'intervento di Ludovico Barassi.

⁸ Mazzotta, *Diritto del lavoro*, in Trattato di diritto privato, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2012, p.41 ss.

⁹ Del Punta, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p.62 ss.

4. La legislazione sociale

Il legislatore, a cominciare dall'ultimo scorcio del XIX secolo, per fronteggiare i problemi più allarmanti nella gestione della crescente manodopera operaia, sembrava raccogliere gli stimoli, seppur in maniera frammentaria e asistemica, portati nel dibattito dal cd. "socialismo della cattedra". Vedeva così la luce un filone legislativo *speciale* caratterizzato da norme imperative, non derogabili con patti individuali tra le parti del contratto e spesso presidiate dalla previsione di sanzioni penali. Pensiamo in particolare alle leggi sul divieto di impiego dei fanciulli; sugli infortuni sul lavoro; sulle condizioni delle lavoratrici madri; sul lavoro nelle miniere, cave e torbiere; sulla cassa nazionale di previdenza.

Tutte queste normative, alle quali spesso ci si richiama con il nome di "legislazione sociale", non si ponevano il problema di una ricostruzione unitaria del lavoro subordinato e guardavano al lavoratore più in generale come al soggetto economicamente debole piuttosto che come ad una delle parti del contratto di lavoro. Questa prospettiva contribuì a far emergere un profilo empirico delle figure tutelate, accomunate tutte da una condizione di soggezione al potere del datore di lavoro che ne eterodeterminava la prestazione.

5. La giurisprudenza dei probiviri

Sempre in questi anni, segnati dall'assenza di norme ordinarie applicabili al contratto di lavoro, un contributo importante, con particolare riguardo al lavoro in fabbrica, veniva dato dalla giurisprudenza dei *probiviri*.

Istituiti con la legge n. 295 del 15 giugno 1893 e ispirati all'esperienza francese dei "*conseils des prudhommes*", questi collegi di magistrati erano chiamati a giudicare in materia di controversie di lavoro tra operai e

industriali non solo in base al diritto scritto, ma secondo equità. Una peculiarità quest'ultima frutto di una presa d'atto da parte del legislatore dell'insufficienza della normativa codicistica in materia di lavoro¹⁰ e che richiedeva a questi particolari magistrati di attingere, nelle loro decisioni secondo equità, alle regole ricavate dalla prassi. Veniva così aprendosi un processo di formazione extralegislativa del diritto del lavoro¹¹ che contribuirà all'elaborazione di regole importanti come il preavviso nel licenziamento "repentino", il diritto al risarcimento del danno in caso di licenziamento illegittimo, la misura dell'indennizzo, l'obbligo del datore di fornire le necessarie tutele per la sicurezza personale, le cause di legittimità dello sciopero e l'efficacia meramente sospensiva dello sciopero sul contratto di lavoro. Tutte norme queste che saranno poi nel tempo recepite formalmente dal legislatore.

Con più specifico riguardo alla nostra ricerca è importante ricordare come la giurisprudenza dei *probiviri* abbia contribuito al consolidarsi di una nozione empirica di subordinazione¹², individuandone i primi caratteri distintivi: pensiamo in particolare all'approccio di tipo sostanziale che portava in rilievo la posizione di *dipendenza* del lavoratore rispetto al datore; al criterio "topografico" basato sull'*inserimento* nella fabbrica del lavoratore; all'importanza dell'elemento della disponibilità da parte del datore del *tempo* del lavoratore, rispetto al quale dipendenza e inserimento venivano considerati quali semplici modalità esecutive della prestazione¹³.

¹⁰ Pino, *Il contesto di inizio secolo e la discussione sul contratto di lavoro*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, a cura di Pedrazzoli, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 28 ss.

¹¹ Ghera, *Diritto del lavoro*, cit., p.12 ss.

¹² Gaeta, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*. I – La subordinazione, Torino, Utet, 1993, p.9.

¹³ Cendon, *Lavoro I*, Le fonti, Utet, Torino, 2009, p.304.

Veniva così avviata, da questi particolari collegi, quella che sarebbe stata per i decenni successivi la ricerca da parte della giurisprudenza ordinaria degli “indici” della fattispecie lavoro subordinato.

6. La commissione Chimurri

I contributi dottrinali del socialismo giuridico, la produzione costante di normative speciali da parte del legislatore e l'intensa attività giurisdizionale dei probiviri avevano posto, con ancora più evidenza, il tema di una regolazione specifica per il contratto di lavoro che superasse il “laconismo”¹⁴ del codice civile del 1865 e smussasse le rigidità della tradizionale impostazione civilistica.

Fu così che con decreto ministeriale nel 1901¹⁵ venne istituita una Commissione presieduta dall'onorevole Chimurri e composta da autorevoli giuristi e uomini politici, come Ludovico Barassi e Filippo Turati, con l'obiettivo di progettare un possibile disegno di legge sul contratto di lavoro.

L'idea di una legge specifica sul contratto di lavoro poteva rispondere a diverse esigenze sociali e dottrinali. Da una parte fornendo una normativa autonoma come richiesto dalla nuova dottrina più progressista del diritto operaio; dall'altra arginando la disciplina lavoristica, che stava prendendo spazio attraverso il nascente diritto “collettivo” del lavoro e la giurisprudenza probivirale di equità, riconducendola ad una legge *ad hoc* ma fedele ai principi generali del codice civile, come richiesto dalla dottrina più attenta alle istanze conservatrici.

Fin dall'inizio dei lavori della Commissione emerse con chiarezza il prevalere del fronte conservatore. Nonostante gli accesi dibattiti sulla

¹⁴ Pino, *Il contesto di inizio secolo*, cit., p. 34 ss.

¹⁵ *Ibidem*, p. 34.

potestà regolamentare del datore di lavoro, sulle ipotesi di risoluzione del rapporto o sugli obblighi della parti del contratto, l'impostazione maggioritaria rimase quella di non mutare la base giuridica del contratto di locazione, regolato dai principi generali del codice civile, limitandosi a proporre una razionalizzazione complessiva della materia o tutt'al più specifiche limitazioni per evitare degenerazioni nell'acceso contrasto di interessi tra lavoratore e datore .

Tra la chiusura delle posizioni tradizionali e un ridimensionamento dell'interesse sul rapporto individuale di lavoro da parte delle forze progressiste, più concentrate sul riconoscimento dei contratti collettivi, il lavoro della Commissione si chiuse con un nulla di fatto.

7. Il dibattito tra i civilisti e l'affermarsi della nozione barassiana di subordinazione

Nei primi anni del Novecento anche all'interno del fronte dottrinale più tradizionale dei "civilisti" si aprì un'accesa discussione in merito alla natura locativa del rapporto di lavoro. Una parte della dottrina, che vedeva in Francesco Carnelutti il suo interprete più autorevole, proponeva, nell'ambiguità del codice del 1865, di ricondurre il rapporto di lavoro allo schema del contratto di compravendita. Secondo questa posizione dottrinale le energie lavorative andavano considerate quali beni immateriali separabili dalla persona del lavoratore, che ne era proprietario e che poteva quindi disporre secondo uno schema contrattuale più simile a una particolare tipologia di compravendita: il contratto di somministrazione di energia elettrica. Le energie lavorative infatti, si sosteneva, una volta erogate al servizio del datore non potevano essere restituite. Il contratto di somministrazione invece aveva per oggetto un obbligo di dare, alternativo all'obbligo di fare previsto nella *locatio*

*operarum*¹⁶. L'idea di una separazione netta tra lavoratore ed energie lavorative era funzionale ad una piena commercializzazione del “bene lavoro”, considerato giuridicamente come semplice “cosa” e di conseguenza liberamente scambiabile sul mercato senza ulteriori specifiche implicazioni legate al soggetto che produceva il bene, il lavoratore.

L'interesse per questo orientamento dottrinale, al quale diede una risposta conclusiva il legislatore con il codice del 1942, escludendo l'applicabilità della categoria di “cose” alle energie umane, risiedeva nell'aver messo in risalto l'insufficienza dello schema locativo tradizionalmente concepito, con particolare riferimento all'oggetto della prestazione e al rapporto tra questo e le parti del contratto. Diversi studiosi sostenitori dello schema della *locatio operarum*, infatti, se da un lato criticavano la *fnctio* giuridica della netta separabilità tra lavoratore ed energie lavorative, denunciando la compravendita del lavoratore che si sarebbe celata dietro a questa teoria, dall'altro si dividevano sul definire l'oggetto della locazione: chi proponeva di considerare tale lo stesso lavoratore¹⁷ e chi proponeva di isolare la sola “potenza lavorativa” messa a disposizione¹⁸.

Il nodo critico della questione viene lucidamente affrontato da un giovane giurista, Ludovico Barassi, che aveva intuito, quale limite della locazione “classica”, l'idea che l'oggetto della prestazione, la cosa locata, si trovi in uno *status* di passività neutrale rispetto al diritto di godimento del conduttore. Secondo Barassi, al contrario, nella *locatio operarum* il lavoratore – non scindibile dalle proprie energie lavorative – si trova in

¹⁶ Carnelutti, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, Vallardi, Roma, 1913, p.386 ss.

¹⁷ Greco, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, II, 3, Torino, 1939, 1068.

¹⁸ Jannaccone, *Contratto di lavoro*, in *Enc. giur. it.*, III, 3, I, Milano, 1898, 34.

uno *status* di soggezione non neutrale nei confronti del conduttore¹⁹. In questo modo, la subordinazione veniva elevata a criterio qualificante della fattispecie della *locatio operarum*, sostituendo i tradizionali criteri che distinguevano tra obbligazione di mezzi/attività e obbligazione di scopo/risultato. Secondo questa impostazione, la prestazione di lavoro subordinato quindi si veniva a caratterizzare per essere sottoposta al potere di eterodirezione del conduttore a differenza della *locatio operis* nella quale la prestazione viene auto-organizzata dal locatore.

Barassi nella propria opera fondamentale del 1901, *Il contratto di lavoro*, con un atteggiamento che sarà poi stemperato nella seconda edizione del 1915, prendeva subito le distanze da ogni atteggiamento sociologico teso a “intorpidire” gli insegnamenti romanistici e i principi fondamentali del diritto civile²⁰. Nemmeno la “legislazione sociale” di quegli anni doveva influenzare l’elaborazione tecnico-giuridica del contratto di lavoro. Coerentemente a questa visione Barassi, difendeva la corretta riconducibilità del contratto di lavoro all’istituto della *locatio operarum* sottolineandone la pertinenza per quanto riguarda la struttura a prestazioni corrispettive e la precisione nel circoscrivere il diritto di godimento del conduttore alla sola utilità dell’oggetto della prestazione e non all’oggetto stesso – replicando così ai sostenitori della teoria della compravendita. Il conduttore poteva godere delle sole energie lavorative del locatore.

Queste caratteristiche riconosciute all’istituto venivano ricalibrate intorno all’elemento della subordinazione concepita non tanto come il risultato, e quindi l’oggetto, dell’obbligazione lavorativa, quanto quale contenuto tipico di questa obbligazione ed elemento distintivo del contratto di lavoro²¹. Veniva inoltre più chiaramente giustificata la diversa

¹⁹ Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, Milano, 1915, p. 559.

²⁰ Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, p.1.

²¹ Ghera, *Diritto del lavoro*, cit., p.48.

ripartizione del rischio prevista rispetto alla *locatio operis*: il datore di lavoro si accollava il rischio della produttività della prestazione subordinata solo potendo in cambio godere di poteri di direzione e sorveglianza sulla prestazione del lavoratore alle sue dipendenze.

Barassi poneva così le basi per fornire una prima rigorosa definizione tecnico-giuridica del rapporto tra capitale e lavoro²². Egli si poneva in una posizione di accorta mediazione, in stile tipicamente “giolittiano”²³, rispetto all’acceso dibattito dottrinale tra sostenitori dello schema locatizio tradizionale e progressisti insofferenti davanti alla inadeguatezza degli strumenti civilistici a disposizione per affrontare le complesse questioni giuridiche e sociali portate dal lavoro di fabbrica²⁴. Da una parte, infatti, criticava duramente l’impostazione “contaminata sociologicamente” dei “socialisti della cattedra”, ma, allo stesso tempo, ricostruiva sotto il profilo tecnico-giuridico, attraverso il concetto di subordinazione, la posizione di debolezza del lavoratore industriale e a questa caratteristica agganciava, allargandone l’ambito, l’applicazione della “legislazione sociale”. Dall’altra, superava l’istituto tradizionale della *locatio operarum* ereditato dalla tradizione civilistica, ma allo stesso tempo, lo ridisegnava senza metterne in discussione i principi fondanti di diritto civile e consegnando al datore di lavoro una forte legittimazione giuridica del proprio potere direttivo sul lavoratore dipendente.

La nozione di lavoratore subordinato consegnata al diritto dall’elaborazione barassiana, produrrà un rilevante allargamento della platea dei lavoratori considerati dipendenti, unificando lavoratori tra loro molto diversi sotto un’unica definizione, che, sebbene si ispirasse al prototipo sociale del lavoratore di fabbrica, riusciva a mantenere una forte

²² Barassi, *Il contratto di lavoro*, (1901), cit., p.10.

²³ Pino, *Il contesto di inizio secolo*, cit.

²⁴ Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Napoli, 1967, p. 103 ss.

elasticità facendo leva sugli adattabili criteri di dipendenza ed eterodirezione²⁵.

Diversi autori definiranno questa “unificazione” come una generica e repressiva “istituzionalizzazione della soggezione al potere” datoriale, una soluzione capace di sedare il vivace dibattito dell’epoca e di fermare gli auspicati mutamenti legislativi per la tutela dei lavoratori dell’industria²⁶. Altri autori si soffermeranno invece sulla forzatura²⁷ dell’operazione definitoria rispetto ad un contesto sociale dell’epoca ancora caratterizzato da molte figure miste, ambigue, marginali come artigiani, bottegai, contadini, e in cui la figura del lavoratore di fabbrica era tutt’altro che egemone.

8. Dal “ventennio corporativo” al codice civile del 1942

Il diritto del lavoro italiano durante il ventennio fascista è segnato dall’influsso dell’ideologia corporativa di cui è possibile rinvenire chiara traccia nello stesso articolo 2094 del codice civile del 1942 dedicato alla prestazione di lavoro subordinato.

Il corporativismo si poneva come sistema alternativo sia all’individualismo della cultura liberale, sia al collettivismo della cultura socialista. Proponeva una visione organica e coesa dalla società di cui

²⁵ Barassi, *Il contratto di lavoro*, (1901,)cit. p.34ss.

²⁶ Garofalo, *Complessità del modo di produzione e possibilità di governo attraverso il diritto del lavoro*, in Padrazzoli, *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., 194; Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985, 54 ss; Castelvetro, *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 29 ss.

²⁷ Mengoni, *Lezioni, sul contratto di lavoro*, Milano, 1971, p. 7; Romagnoli, *Diritto del lavoro quando e perché*, in AA.VV. *Studi in memoria di Marino Offeddu*, Padova, 1988, p. 548 ss; Mariucci, *Subordinazione e itinerari della dottrina*, in Pedrazzoli, *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 69.

rifiutava il conflitto tra classi, e subordinava l'interesse dei singoli individui a quello della nazione, identificata con uno Stato fondato su basi autoritarie²⁸.

Durante il ventennio, gli influssi più evidenti dell'ideologia corporativista si fecero sentire sulla contrattazione collettiva. Con la legge sindacale del 1926, la libertà sindacale venne di fatto abolita: il riconoscimento giuridico nella contrattazione era conferito a un solo sindacato per categoria selezionato dal governo. Ai contratti collettivi stipulati con i sindacati di regime veniva attribuita una valenza *erga omnes* e l'inderogabilità *in peius*. Ai sindacati autorizzati, ed ai contratti collettivi da questi stipulati, veniva dunque riconosciuta, chiudendo così un dibattito dottrinale sulla valenza del contratto collettivo tutt'altro che risolto, una chiara natura *pubblicistica*. Altro effetto, coerente alla "rimozione" del conflitto tra classi, era l'incriminazione, nel codice penale del 1930, dello sciopero e della serrata. Gli eventuali conflitti tra capitale e lavoro venivano così demandati ad un'apposita *Magistratura del Lavoro* costituita presso le Corti d'Appello.

Già nel dibattito del XIX secolo sul contratto di lavoro, erano presenti posizioni "precorporative" che si ispiravano a impostazioni di matrice germanico-feudale, la cui rielaborazione in chiave moderna interpretava il vincolo contrattuale del lavoratore come segnato dall'idea dell'impresa comunità e dalla reciproca fedeltà col datore²⁹.

Questa impostazione era stata scartata dal codice del 1865 che, incardinando il rapporto di lavoro sull'istituto della *locatio*, ne aveva riconosciuto una chiara natura contrattuale. Una natura che, nell'acceso dibattito degli anni che seguirono al codice, non venne messa in discussione nemmeno dalla dottrina che con più forza proponeva una disciplina *ad hoc* per il rapporto di lavoro centrata sul *soggetto* della

²⁸ Del Punta, *Diritto del lavoro*, cit., 2012, p.64.

²⁹ Magrini, *Lavoro (contratto individuale di)*, Enc. del dir., XXIII, Milano, 1973, p. 369 ss.

prestazione e fortemente critica rispetto all'impostazione della tradizione civilista.

Anche nella definizione di "rapporto di servizio", contenuta nell'importante legge sull'impiego privato del 1924 - che anticiperà le nozioni di subordinazione e dipendenza rispetto al codice del 1942³⁰ - pur venendo riconosciuto l'elemento gerarchico nel rapporto di lavoro, non ne viene messa in discussione la base contrattuale.

Negli anni Trenta però, sotto la spinta dell'ideologia politica prevalente e l'influenza del dibattito che caratterizzava in quel periodo la dottrina tedesca, presero piede nel dibattito italiano teorie acontrattualiste e organiciste del rapporto di lavoro. Secondo queste teorie, l'*Eingliederung*, l'inserimento del lavoratore nell'impresa, intesa quale organizzazione gerarchica creata e diretta dall'imprenditore³¹, assurgeva a caratteristica peculiare del rapporto di lavoro, svalutandone l'elemento contrattuale e il criterio qualificatorio della subordinazione. Il contratto veniva considerato come funzionale all'inserimento nell'impresa, la quale costituisce un ordinamento a sé, preesistente al rapporto di lavoro. L'inserimento nell'impresa, non il contratto, era la fonte dalla quale derivano tutti poteri del datore, compreso quello di direzione e controllo sulle prestazioni del lavoratore. All'impresa veniva riconosciuta una soggettività propria, *Unternehmen an sich*, in tensione verso un interesse oggettivo, distinto da quello dell'imprenditore³². In funzione di questo interesse, coincidente con il bene della nazione, capitale e lavoro, datore e lavoratore, erano chiamati a collaborare attivamente superando quelle dinamiche conflittuali, riconosciute sia dalla cultura liberale sia da quella marxista, che trovavano una loro composizione d'interessi nello schema contrattuale. Il contratto di

³⁰ Ichino, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 86 ss.

³¹ Greco, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 159 ss.

³² Grasso, *L'azienda nel diritto del lavoro precorporativo*, in *Pol.dir.*, 1984, p. 381 ss.

lavoro dovrebbe dunque cambiare la sua natura tramutandosi da contratto di scambio a contratto associativo³³.

Questa impostazione farà sentire la sua influenza nella compilazione del codice civile del 1942. Con particolare riferimento all'articolo 2094 cod. civ., è possibile osservare chiaramente l'incontro tra l'interpretazione barassiana dell'obbligazione di mezzi e della subordinazione, di matrice civilistico-contrattualista, da un lato, e l'attenzione riservata all'elemento collaborativo, il rilievo dato al potere gerarchico dell'imprenditore all'inserimento nell'organizzazione imprenditoriale, di matrice organicistico-corporativa, dall'altro.

Forse però la traccia più evidente lasciata dall'ideologia corporativa nel nostro codice è contenuta nella scelta, operata dal legislatore, di non nominare neppure la fattispecie giuridica del "contratto di lavoro subordinato", limitandosi alla sola definizione di "lavoratore subordinato" contenuta proprio nell'articolo 2094 come colui che "*...si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*".

Sebbene la definizione di lavoratore subordinato data dal codice civile del 1942 sia ancora in grado di provvedere un'adeguata "copertura ideologica"³⁴ e tecnica³⁵ alla dottrina corporativa, è importante sottolineare come la componente contrattualistica prevalse nettamente nell'interpretazione della norma fin tra i primi commentatori³⁶. Il crollo del regime fascista aveva infatti trascinato con se anche parte importante del sostegno politico all'impostazione corporativa. Il forte conflitto di interessi

³³ Ghera, *Diritto del lavoro*, cit., p.45.

³⁴ Ghera, *Diritto del lavoro*, cit. p.46.

³⁵ Gaeta, *Il rapporto di lavoro*, cit., p.21.

³⁶ Pergolesi, *Il contratto individuale di lavoro nella nuova codificazione*, Bologna, 1942,,31 ss.

tra imprenditori e operai avrebbe continuato ad animare la realtà industriale italiana³⁷ e di certo non era sufficiente il semplice riferimento alla nozione di *collaborazione* nel testo del codice per trasformare in “associativa” la causa del contratto di lavoro.

Si affermerà dunque nettamente, nell'immediato secondo dopoguerra, l'interpretazione contrattualista del rapporto di lavoro, al punto da sospendere o quasi³⁸, un'elaborazione dottrinale sistematica sul contratto collettivo dopo le accelerazioni durante il ventennio e le già interessanti elaborazioni in epoca precorporativa³⁹.

Con il codice, al binomio *locatio operarum-locatio operis*, funzionale a ricostruire una diversa imputazione del rischio della produttività della prestazione tra datore e lavoratore, si sostituisce il binomio *lavoro autonomo-lavoro subordinato* in base al quale è ora possibile inquadrare le singole fattispecie di lavoro e ricollegarle, conseguentemente, alla disciplina applicabile di uno dei due tipi contrattuali.

Nel solco dell'impostazione tracciata da Barassi, la nozione di subordinazione dell'art. 2094 contiene ancora i tratti “centripeti” verso il prototipo di lavoratore dell'industria, sia in senso orizzontale, rispetto alla molteplicità di lavori inquadrabili come subordinati, sia in senso verticale, con l'unificazione sotto il criterio dell'eterodirezione degli operai come dei dirigenti. Un tratto questo che sarà oggetto di numerose riflessioni dottrinali nei decenni successivi sull'adeguatezza della nozione rispetto a un mercato del lavoro in continua evoluzione.

³⁷ Minervini, *Contro la “funzionalizzazione” dell'impresa privata*, in Riv. dir. civ. , 1958, p. 632 ss.

³⁸ Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2008, p.10.

³⁹ Ichino, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile, relazione al convegno dell'associazione dei civilisti italiani*, in Riv. It. Dir. lav., 2012, I, p.72.

Capitolo secondo

LA NOZIONE DI SUBORDINAZIONE NELL'ITALIA REPUBBLICANA

1. La Costituzione: il lavoro a fondamento della Repubblica italiana

Così come durante gli anni della dittatura fascista, sull'onda dell'ideologia corporativista, il diritto del lavoro crebbe e si emancipò dal diritto civile, anche negli anni che seguirono immediatamente alla caduta del regime, il diritto del lavoro venne ridimensionato dal punto di vista accademico e ricondotto sotto "l'egida" del diritto civile. Il trauma maggiore lo subì il diritto sindacale che venne di fatto commissariato attraverso norme transitorie in attesa della nuova cornice legislativa⁴⁰.

Lo *shock* dovuto al crollo improvviso del sistema giuslavorista corporativo richiederà il passare di qualche anno perché si vedano in dottrina contributi più distaccati e sistematici sul lascito dell'esperienza di quegli anni⁴¹, anche all'interno nuovo Stato liberal-democratico che la Costituzione, entrata in vigore il primo gennaio del 1948, portava con sé.

Con il codice civile del 1942, il legislatore aveva provveduto a riunire in un unico ambito sistematico il diritto civile, il diritto commerciale e il diritto del lavoro. Questo processo di "unificazione" però più che promuovere un effettivo superamento delle differenze tra le tre discipline appare da subito attinente alla sola tecnica legislativa⁴². La specificità dell'oggetto del diritto commerciale, inerente ai rapporti di produzione e di

⁴⁰ Del Punta, *Diritto del lavoro*, cit., 2012, p.67.

⁴¹ Ichino, *Il diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana*, cit., p. 9; Prosperetti, *Compito degli studi di diritto del lavoro*, Dir. lav., 1946, p.57-59.

⁴² Ghera, *Diritto del lavoro*, cit., 1996, p.13.

scambio collegati all'impresa, e del diritto del lavoro, costruito intorno ai rapporti di lavoro, contribuirà a preservare una chiara autonomia di questi due rami del diritto positivo rispetto al diritto civile, sia sotto il punto di vista scientifico-culturale che normativo. In particolare, per quanto riguarda il diritto del lavoro, assistiamo, con il riconoscimento del codice, ad un'ulteriore evoluzione della disciplina che, se nata come normativa eccezionale, rispetto ai principi del diritto comune dei contratti, e stabilizzatasi poi

come disciplina speciale nella seconda fase della legislazione sociale dello stato liberale "borghese" e durante il ventennio fascista, ora ridimensionava il proprio carattere di esclusiva specialità. Veniva infatti meno, con l'incorporazione del diritto del lavoro nel codice, il carattere esclusivo della disciplina speciale, adesso ricondotta, pur mantenendo una notevole importanza, ad un ruolo integrativo rispetto ai principi generali della materia che avevano finalmente trovato cittadinanza nel codice civile⁴³. L'autonomia del diritto del lavoro non va però confusa con una presunta "autosufficienza"⁴⁴ della disciplina rispetto al diritto civile. Di quest'ultimo infatti continuerà a utilizzare "infrastrutture e snodi" come naturalmente propri⁴⁵.

Se, come abbiamo appena visto, il diritto del lavoro trova con la codificazione del 1942 pieno riconoscimento nel diritto privato, con la Costituzione del 1948 accede a una dimensione ulteriore, di diritto pubblico, nella quale i tradizionali rapporti con il diritto privato e commerciale sembrano essere addirittura ribaltati. Nella dimensione costituzionale, infatti, il diritto del lavoro passa da "ultimo nato" a disciplina di maggior rilievo nei confronti sia del diritto commerciale che

⁴³ Ibidem, p.15.

⁴⁴ Mengoni, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile e diritto amministrativo*. Diritto civile, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, p. 10.

⁴⁵ Ibidem.

del diritto civile. Con riferimento alle tutele che la Costituzione prevede rispetto ai rapporti tra i privati è, infatti, impossibile non notare la maggiore attenzione dedicata alle garanzie inerenti al rapporto di lavoro⁴⁶.

Non si tratta però semplicemente di una maggiore o minore attenzione riconosciuta alla disciplina, il legislatore costituente cambia il modo con cui lo Stato guarda ai rapporti tra i privati. Sotto questa diversa ottica anche il diritto del lavoro acquista una nuova luce. Nello Stato liberale “borghese” infatti lo Stato riconosceva la parità “formale” di tutti i cittadini davanti alla legge attraverso un’azione passiva di astensione nei confronti dei rapporti tra i privati, interferendo il meno possibile nella loro autonomia dispositiva. Con la Costituzione del 1948 il nuovo Stato liberaldemocratico riconosce, attraverso il fondamentale secondo comma dell’art. 3, la disuguaglianza “sostanziale” di ogni cittadino nella partecipazione alla dimensione sociale, economica e politica del Paese, e si impegna attivamente nel “rimuoverla”, anche interferendo con l’autonomia che caratterizza i rapporti tra privati. Questa azione di “ingerenza” può avvenire anche in ambiti giuridici differenti dal diritto del lavoro - pensiamo agli interventi legislativi seguiti alla Costituzione in materia di locazioni abitative o, più recentemente, in materia di rapporti tra venditore e consumatore, o ancora per la vendita di prodotti finanziari a soggetti diversi dagli “operatori qualificati”, o in determinati mercati assicurativi come quello per la responsabilità da circolazione automobilistica⁴⁷ - ma proprio nel rapporto di lavoro trova un riferimento che potremmo definire “paradigmatico” di quell’asimmetria sociale nei rapporti tra privati che la Carta si propone di combattere.

In questa nuova dimensione emerge il concetto di dignità sociale del cittadino (art. 3 comma 1) che travalica, o meglio precede, quello di soggetto privato o di parte del contratto. Il nuovo cittadino-lavoratore,

⁴⁶ Ibidem, p.16.

⁴⁷ Ichino, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro*, cit.

come definito dalla Costituzione, non sarebbe più dunque solo destinatario di un *favor*⁴⁸ eccezionale o speciale, rispetto al diritto comune dei contratti, *favor* che il legislatore gli accorda in quanto soggetto contraente più debole, ma anche destinatario di un'istanza di *trasformazione sociale*⁴⁹, ovvero titolare di un bagaglio di tutele e diritti soggettivi, che gli sono riconosciuti in quanto persona. L'intento è quello di dotare il cittadino dei mezzi necessari alla trasformazione della propria posizione sociale, perseguendo così quell'*uguaglianza sostanziale dinamica* di cui al secondo comma dell'art. 3. La Costituzione non si limita dunque, a differenza della legislazione eccezionale e speciale intorno alla quale si è sviluppato il diritto del lavoro, a correggere, attraverso norme inderogabili, il difetto di forza contrattuale del lavoratore, ma ha l'ambizione di eliminare alla radice le cause sociali di questo difetto⁵⁰.

Sulla scia di questo ragionamento, il legislatore costituente riconosce al cittadino-lavoratore un doppio fascio di tutele: le tutele specifiche nel contratto di lavoro, in quanto contraente più debole, e le tutele a garanzia della libertà e della dignità sociale, in quanto cittadino socialmente sottoprotetto⁵¹. Queste due dimensioni di tutela non sono slegate tra loro, anzi, anche le tutele previste specificamente per il lavoratore non vanno più viste in una prospettiva esclusivamente contrattuale, ma in continuità con i diritti sociali riconosciuti al cittadino⁵².

E' come se non fosse più solo il diritto del lavoro a ricollocarsi nell'ordinamento, coerentemente all'impostazione costituzionale, ma la Costituzione stessa a caratterizzarsi socialmente in relazione al valore che

⁴⁸ Ghera, *Il diritto del lavoro*, cit., 1996, p.17.

⁴⁹ Ibidem p.17.

⁵⁰ Ichino, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro*, cit., p.61.

⁵¹ Ibidem p.18.

⁵² Ibidem, p.17.

viene riconosciuto al rapporto di lavoro. Certa dottrina (Ghera), in relazione all'influenza del diritto del lavoro sull'impianto valoriale della Costituzione, arriva sostenere che l'elemento della protezione del lavoratore come contraente più debole, fornisce da *ratio* a fondamento della eccezionalità, prima, e della specialità, poi, della normativa lavoristica, è come se ora venisse posto dal legislatore a "fondamento ideologico della Carta costituzionale"⁵³.

A sostegno di questa lettura, è possibile osservare come il lavoro, in forma di questione sociale o direttamente richiamato, sia presente in tutti i primi quattro articoli della Costituzione. Al di là dell'articolo 1, che lo pone a fondamento della Repubblica, il lavoro è presente sotto forma di questione sociale nell'art. 2 quando affermano i "doveri inderogabili di solidarietà economica, politica e sociale"; nell'art. 3 comma 1 che prevede non solo il principio dell'eguaglianza formale davanti alla legge, ma riconosce a tutti i cittadini "pari dignità sociale"; nel già citato secondo comma dell'art. 3 dove si argomenta la responsabilità della Repubblica nel rimuovere le disuguaglianze sociali al fine di promuovere "l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese"; nell'art. 4 infine viene espressamente riconosciuto "a tutti i cittadini il diritto al lavoro" e sancito l'impegno della Repubblica a rendere questo diritto effettivo riconoscendone l'importanza in funzione del "progresso materiale o spirituale della società". Per non parlare poi del rilievo riservato al lavoro all'interno del Titolo terzo, dedicato ai "rapporti economici", nel quale vengono direttamente richiamati e dotati di rilievo costituzionale, i principi fondamentali e gli istituti più rilevanti della materia. All'art. 35 la Repubblica si impegna a "tutelare il lavoro in tutte le sue forme, applicazioni" e a "curare la formazione e l'elevazione professionale" dei lavoratori; all'art. 36 si sancisce il diritto ad una retribuzione "proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni

⁵³ Ibidem, p.17.

caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa”, viene riconosciuta la necessità di un limite legale all'orario lavorativo giornaliero e richiamato il diritto al riposo e alle ferie annuali retribuite; l'art. 37, oltre ad occuparsi della tutela del lavoro minorile, afferma la parità di diritti e retributiva tra uomo e donna, alla quale vengono riconosciute anche le specifiche tutele relative alla funzione che svolge nella famiglia; l'art. 38 tocca poi i temi dell'assistenza previdenziale, per gli infortuni e le malattie e gli articoli 39 e 40 riconoscono rispettivamente la libertà sindacale e il diritto di sciopero.

Anche alla luce di queste disposizioni, è possibile considerare la nostra Costituzione non come il semplice frutto di un compromesso “convenzionale” tra le varie componenti della società, ma come corpo normativo dotato di una precisa “coloritura sociale”, imperniata sull'obiettivo di rimozione delle disuguaglianze previsto dall'art. 3, e che trova la propria prevalente espressione sociale nelle garanzie previste a tutela del lavoratore.

Del resto, è possibile rinvenire traccia di questa non neutralità della costituzione economica, nella forma di limiti “sociali” generali posti ad istituti fondamentali del diritto privato. Basti pensare all'art.41 che, nel garantire la libertà di iniziativa economica privata, la limita vietandone lo “svolgere in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”; o all'art. 42 che, nel riconoscere e garantire la proprietà privata, prevede che la legge possa limitarla “allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti”.

In sintesi, è possibile guardare al diritto del lavoro come alla disciplina che, nel fornire una risposta alla disuguaglianza connaturata al rapporto di lavoro, ha ispirato il carattere sociale della nostra Carta costituzionale. Per converso, il diritto del lavoro oltre a veder riconosciuti tutti i propri istituti e principi fondamentali nella Costituzione, che ne elevano quindi la

stabilità e il livello di garanzia, trae dalla Carta una potente spinta programmatica che segnerà gli sviluppi della materia nei decenni successivi⁵⁴.

2. Il dibattito dottrinale tra contrattualisti e istituzionalisti

In questo nuovo quadro politico, istituzionale e normativo va collocata la ripresa del dibattito dottrinale sul diritto del lavoro. Come abbiamo già visto “l’abbraccio” dei civilisti sull’insegnamento della disciplina giuslavorista, a seguito del periodo corporativo-fascista, aveva fortemente ridimensionato l’autonomia accademica della materia, al punto che nuovo slancio al dibattito pare arrivare non tanto dalla dimensione universitaria, dove comunque sono presenti e si vanno formando figure di rilievo⁵⁵, quanto dal dibattito sollevato in tema dalla Costituzione del 1948 e dalla nascita sul finire degli anni Quaranta di due nuove riviste dedicate al diritto del lavoro che vedranno riuniti nei propri comitati di direzione alcuni dei più autorevoli studiosi del periodo. Si tratta, rispettivamente, della “Rivista di diritto del lavoro”(RDL), ispirata a posizioni di politica del diritto moderate, vicina al sindacato di area cattolica Cisl e che coinvolgerà giuristi come Ludovico Barassi e Francesco Santoro Passarelli, e della “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”(RGL) su posizioni più progressiste, esplicitamente ispirate alla politica del diritto della Cgil e che può vantare nel proprio comitato di

⁵⁴ Del Punta, *Diritto del lavoro*, cit., 2012, p.68.

⁵⁵ Si pensi in particolare alla cattedra pisana di Luisa Riva Sanseverino, a quella fiorentina di Giuliano Mazzoni, a quella romana di Francesco Santoro Passarelli, o alla formazione in quegli anni di giovani professori che segneranno il diritto del lavoro nella seconda metà del '900 come Federico Mancini, Gino Giugni, Giuseppe Pera solo per citare qualche esempio.

direzione figure con Piero Calamandrei, Cesare Grassetti, Nicola Jaeger e, nel corso degli anni cinquanta, Renato Scognamiglio.

E' possibile osservare, nella traiettoria editoriale che le due riviste segneranno negli anni successivi alla loro fondazione, come la prima (RDL) si attesti su posizioni *contrattualiste* tese a sottolineare l'appartenenza del diritto del lavoro, seppur con le proprie riconosciute specificità, al diritto civile; mentre la seconda (RGL) ponga l'accento sull'autonomia del diritto del lavoro, in quanto disciplina non riducibile agli istituti tradizionali del diritto civile, estranea al principio dell'autonomia negoziale delle parti e che riconosce il proprio fondamento direttamente nei principi fondamentali e nelle norme previste al titolo terzo della Costituzione, dedicato ai rapporti economici⁵⁶.

Proprio a partire dai principi fondamentali e dalle norme previste nella Carta costituzionale in tema di lavoro, gli autori della RGL, che per questa ragione vengono definiti espressione della corrente "costituzionalista", stimoleranno il dibattito dottrinale. Pensiamo in particolare al tema della precettività immediata del "principio dell'equa retribuzione" contenuto nell'art. 36⁵⁷; all'elaborazione in materia di liceità del diritto di sciopero a fronte di un legislatore che ancora non si era attivato, come previsto dall'art. 40, regolamentando la materia⁵⁸; all'interposizione fraudolenta o ancora sui limiti del datore di lavoro in tema di recesso con particolare

⁵⁶ Ichino, *Il percorso tortuoso del diritto civile*, cit., p.72; Ichino, *Il diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana*, cit., p.17.

⁵⁷ Pugliatti, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, *Riv. Giur. Lav.*, 1950, I, pp. 189-194.

⁵⁸ Natoli, *Adempimento e non collaborazione*, *Riv.Giur.Lav.*, 1948-50, I, pp.35-61.

riferimento al licenziamento *ad nutum*⁵⁹ e alla sua compatibilità con l'art. 4 della Carta⁶⁰.

Va ricordato, tra l'altro, come tutti questi argomenti si ponessero con maggiore urgenza in un contesto sociale che esponeva ancora quotidianamente i lavoratori ad abusi, discriminazioni politiche, metodi autoritari e intrusivi da parte dei datori di lavoro⁶¹. Ai nuovi principi democratici che avevano portato con sé gli anni "costituenti", ancora non era seguita una piena declinazione, del resto ancora oggi incompiuta, nell'ordinamento giuridico italiano. Il fronte dei partiti che avevano condotto la resistenza, e conseguentemente anche il fronte sindacale, avevano perso la propria unità e gli imprenditori, ancora fortemente contrari alla presenza dei sindacati in azienda, potevano contare su un'ampia offerta di manodopera disoccupata in movimento dalle campagne alle aree più industrializzate del Paese⁶².

In questo quadro sociale, e intorno allo spunto offerto dai "costituzionalisti" sulla necessità di una limitazione dei poteri datoriali, riemergeva, dopo il silenzio dei primi anni post-bellici, la corrente "istituzionalista" che si poneva in continuità rispetto alle elaborazioni dottrinali del periodo corporativo. Caratteristiche principali di questa corrente erano la centralità attribuita all'*inserimento* del lavoratore in azienda, considerato quale elemento distintivo del rapporto di lavoro e fonte dei poteri direttivi del datore, con conseguente svalutazione sia del contratto che del criterio di subordinazione, e il riconoscimento

⁵⁹ Aldo Cessari, *Intermediazione e interposizione nella prestazione di lavoro*, Riv.Giur.Lav., 1955, pp.170-174.

⁶⁰ Giugni, *Verso il tramonto del recesso ad nutum: la disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, Riv.Dir.Lav., 1953, I, pp. 201-244.

⁶¹ *Documenti sulle condizioni dei lavoratori nell'industria*, edito a cura delle Camere del lavoro di Milano e Torino e curato da Albe Steiner, 1954.

⁶² *Convegno nazionale di studio sulle condizioni del lavoratore nell'impresa industriale* – Milano – 4,5,6, giugno 1954, Giuffrè, 1954.

dell'impresa come istituzione, nell'ambito della quale datore e lavoratore collaborano, dotata di un proprio *interesse oggettivo*, distinto da quello dell'imprenditore e funzionale all'interesse superiore della nazione.

La piena emancipazione del diritto del lavoro dal diritto civile, la svalutazione del momento contrattuale e dell'autonomia delle parti, la concezione dell'impresa quale istituzione e la conseguente insorgenza in capo al lavoratore di un interesse legittimo alla conservazione del posto da opporre al potere unilaterale di recesso del datore, la concezione associativa del rapporto di lavoro, il riconoscimento, argomentato anche in relazione ad alcuni articoli del codice civile (2086, 2103, 2104), di un limite interno ai poteri dell'imprenditore che vanno "funzionalizzati" all'interesse oggettivo d'impresa, il ruolo preponderante dello Stato e del legislatore nel determinare il rapporto di lavoro e la forma delle relazioni industriali, tutti questi elementi segneranno una convergenza tra la riemersa corrente "istituzionalista" e la nuova corrente "costituzionale" che inciderà non poco sulla cultura giuslavoristica e sulla legislazione negli anni successivi.

3. Il contrattualismo laburista di Giugni e Mancini

Nella seconda metà degli anni Cinquanta a sparigliare le carte rispetto ad un potenziale dualismo che vedeva, da un lato affiancate teorie costituzionaliste e istituzionaliste vicine a politiche del lavoro di sinistra e, dall'altro, la tradizione "contrattualista" più disponibile a politiche del lavoro conservatrici e attente agli interessi delle organizzazioni datoriali, saranno i contributi di due giovani giuristi che con le loro opere apriranno un nuovo fronte dottrinale definito da alcuni studiosi col nome di "contrattualismo laburista"⁶³. I due giuristi di cui stiamo parlando sono

⁶³ Ichino, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro*, cit., p.77.

Gino Giugni e Federico Mancini. Entrambi accomunati da un'esperienza di studi negli Stati Uniti, tornano in Italia disincantati rispetto alle suggestioni delle dogmatiche delle culture giuridiche europee continentali e carichi di un pragmatismo, nell'interpretare le relazioni giuridiche, che consentirà loro di rinnovare in profondità il diritto del lavoro, facendo però leva proprio sugli istituti tradizionali del diritto civile. Giugni e Mancini, sono infatti accomunati da un netto rifiuto delle teorie istituzionaliste di derivazione organicista ancora ben presenti nel dibattito italiano di quegli anni e che trovavano fonte di ispirazione e sponda nella dottrina tedesca. Scettici nei confronti di una visione comunitaria dell'impresa e di un riconoscimento extra-contrattuale del rapporto di lavoro e dei poteri del datore nell'azienda, considerata come un ordinamento a se stante, Giugni e Mancini vedono con lucidità i difetti dell'impostazione organicista in particolare per quanto riguarda il pericolo di irrigidimento nel complesso della materia giuslavoristica e il rischio di una maggiore incertezza nel rapporto individuale di lavoro. Il pericolo di irrigidimento sarebbe dovuto alla concezione "pubblicista", sia per i rapporti individuali che in materia di contrattazione collettiva, con la quale gli istituzionalisti guardano al diritto del lavoro. Questa impostazione porterebbe infatti ad una regolazione della materia principalmente per legge, con una forte riduzione dell'autonomia individuale e collettiva e l'effetto di un'ingessatura del sistema delle relazioni industriali⁶⁴. Il rischio di incertezza nel rapporto individuale sarebbe invece conseguenza di una svalutazione del contratto come fonte e perimetro del rapporto e del superamento di una nitida causa di scambio, prestazione-retribuzione, in favore di una causa associativa dai confini più opachi⁶⁵.

Nonostante l'impostazione "contrattualista", i due autori promuovono entrambi un'apertura allo studio dell'economia e della sociologia accanto

⁶⁴ Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1977.

⁶⁵ Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957.

al diritto del lavoro. Daranno così avvio a una tendenza che avrà un seguito importante negli anni successivi e in aperta contraddizione con quell'impostazione, già esplicitata da Barassi, ma ancora presente in una buona parte della cultura accademica tradizionale, che vede nell'incontro con altri insegnamenti un "intorpidimento" del diritto civile e, di conseguenza, delle fondamenta del diritto del lavoro.

I due giuristi, per ammissione dello stesso Mancini⁶⁶, dispiegheranno la propria portata innovatrice operando tra loro, negli anni successivi, una vera e propria "divisione del lavoro", Giugni nell'ambito del diritto sindacale e Mancini in materia di rapporto individuale di lavoro.

In particolare nell'opera di Mancini, più vicina all'oggetto della nostra ricerca, è interessante, al fine di comprenderne l'importanza del contributo, cogliere la funzione che questo studioso riserva al contratto nel rapporto di lavoro. Secondo Mancini, il contratto non va visto solo, come avviene nella accezione liberale classica, quale presidio all'autonomia dispositiva tra parti poste sullo stesso piano. Il contratto, in una visione coerente e complementare a quella appena descritta, va visto anche come limite certo all'assetto di poteri e interessi che caratterizzano il rapporto tra datore e lavoratore⁶⁷. In questa luce, il contratto si presenta quale strumento più idoneo, da un punto di vista tecnico-giuridico, nell'obiettivo di definire le tutele a protezione del lavoratore. Sempre secondo questa linea interpretativa, va letta la monografia di Gino Giugni "*Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro*"⁶⁸, nella quale l'autore, rifiutando le impostazioni acontrattualiste sulla fonte dei poteri di direzione e organizzazione del datore di lavoro, riconduce interamente al contratto lo *ius variandi* dell'imprenditore rispetto alle mansioni del lavoratore subordinato.

⁶⁶ Ichino, *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., p. 475 ss.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Giugni, *Mansioni e Qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963.

L'impostazione istituzionalista che vede l'inserimento nell'organizzazione datoriale come fonte del rapporto, si espone, come abbiamo già visto, ad un'incertezza maggiore nel delimitare i confini dispositivi del datore, legati a categorie come la "fedeltà" o la "comunità d'impresa", mentre Mancini vuole ricondurre la figura dell'imprenditore da "autorità dell'istituzione impresa", così come la vedevano gli organicisti, a semplice parte del contratto e come tale limitarne i poteri⁶⁹. E' proprio nell'incertezza del rapporto di lavoro posto fuori dal contratto e nella conseguente potenziale maggiore strumentalizzazione sia in favore dei datori, sia in favore dei lavoratori, che può forse trovarsi una spiegazione alla *liaison* tra neo-istituzionalisti e costituzionalisti.

Ma non c'è solo un problema di incertezza della disciplina, l'impostazione istituzionalista-organicista espone anche ad un'eccessiva rigidità il rapporto di lavoro, che in quanto regolamentato dalla legge, viene privato di quell'elemento integrativo ed elastico, rispetto alla necessaria componente inderogabile, apportato dalla autonomia contrattuale delle parti.

Mancini rinnova così, con uno slancio valoriale diverso rispetto alla tradizione contrattualista, il protagonismo del contratto, quale strumento più efficace nel governare il rapporto di lavoro. Il contratto non viene visto come un elemento in tensione dialettica rispetto alle norme inderogabili della legge, ma quale strumento sinergico dotato di precisione, nel definire poteri del datore e tutele per il lavoratore, e di flessibilità, nel presidiare uno spazio di autonomia per le parti.

In continuità con l'orientamento contrattualista di Mancini si collocherà anche Mattia Persiani, che nell'opera "Contratto di lavoro e organizzazione"⁷⁰ perfezionerà ulteriormente l'idea del contratto quale strumento in grado di adattarsi anche alle più particolari esigenze di

⁶⁹ Ichino, *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., p. 475 ss.

⁷⁰ M.Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966.

funzionamento interne all'azienda e alle più complesse strutture organizzative⁷¹.

A partire dalle idee sul contratto di Giugni e Mancini, il *contrattualismo laburista*, nel tentativo di rispondere positivamente alle sfide poste dalla Costituzione, si propone così al dibattito dottrinale come punto di incontro avanzato tra rigore dogmatico “contrattualista” ed esigenze di riforma del diritto del lavoro.

Infatti, negli anni che seguiranno e che apriranno una stagione di riforme importantissime a cavallo tra gli anni Sessanta e gli anni Settanta sia Giugni che Mancini saranno protagonisti assoluti.

4.Gli anni ruggenti del diritto del lavoro (1960 – 1973)

Dal punto di vista legislativo è bene osservare come sul piano delle riforme se negli anni Cinquanta si era mosso ben poco; ricordiamo in questa sede la legge istitutiva del collocamento pubblico del 1949⁷², quella a favore delle lavoratrici madri del 1950 o quelle sul lavoro a domicilio e domestico entrambe del 1958⁷³, e solo negli anni Sessanta, con l'ingresso del Partito Socialista al governo e l'avvio della stagione del cd. centrosinistra, che la legislazione sul lavoro farà un vero e proprio salto di qualità che vedrà il suo *acme*, per quantità e portata innovativa degli interventi, negli anni tra il 1966 e il 1973.

Nel 1960 viene approvata la legge sul divieto di interposizione nell'impiego di manodopera⁷⁴, materia sulla quale erano stati determinanti i contributi di Aldo Cessari, il quale aveva individuato la fattispecie

⁷¹ Ichino, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro*, cit., p.77.

⁷² Legge 29 aprile 1949, n. 264.

⁷³ Legge 26 agosto 1950, n. 860.

⁷⁴ Legge 23 ottobre 1960, n. 1369.

atipica del contratto di interposizione. Avremo modo di tornare su questa materia perché produrrà effetti sistemici, con particolare riguardo alla ricostruzione giurisprudenziale della nozione di subordinazione, che andranno ben oltre la finalità immediata di stroncare la diffusa pratica del “caporalato”, finalità legata agli anni in cui venne approvata.

Nel 1962 viene poi adottata la legge sul lavoro a tempo determinato, che contiene limitazioni specifiche alla possibilità di stipulare questo tipo di contratti⁷⁵, e nel 1966 la legge sui licenziamenti individuali⁷⁶. Quest’ultima, ispirata alle elaborazioni dottrinali di Mancini in tema di recesso⁷⁷, con particolare riferimento alla ricostruzione dottrinale dell’obbligo di preavviso, quale limite al potere dispositivo del datore, sebbene ancora dotata di un campo di applicazione ristretto e di un blando regime sanzionatorio, pone fine ai cd. licenziamenti *ad nutum* “superando il dogma liberale della libertà di recesso dal contratto a tempo indeterminato”⁷⁸. Altro aspetto interessante del testo di legge è poi la definizione che viene data del giustificato motivo oggettivo di licenziamento dovuto a “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”. Queste parole formulate direttamente da Gino Giugni⁷⁹, che insieme a Federico Mancini fa parte della commissione governativa di esperti chiamata a redigere il testo della legge, è espressione della volontà di sventare

⁷⁵ Legge 18 aprile 1962, n.230.

⁷⁶ Legge 15 luglio 1966, n. 604.

⁷⁷ Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. I. Individuazione della fattispecie. Recesso ordinario*, Milano, Giuffrè, 1962, VII, p. 438 ss. Va inoltre ricordato come Mancini, insieme a Gino Giugni, Giuliano Mazzoni, Ubaldo Prosperetti e Vincenzo Carulli, farà parte della commissione di esperti nominata dal governo cui viene affidata la redazione del testo di legge.

⁷⁸ Riccardo del Punta, cit., 2012, p.69.

⁷⁹ La frase in oggetto è contenuta nella monografia di Gino Giugni “*Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*”, Jovene, 1963.

l'utilizzo di concetti, come "l'interesse dell'impresa", che avrebbero potuto rievocare teorie istituzionaliste⁸⁰, in favore di un tentativo di innovare il linguaggio giuslavoristico. Ricordiamo che questa definizione resiste tuttora, in senso più laico e razionale. Come è stato però rivelato in dottrina⁸¹ anche questa nozione di motivo oggettivo di licenziamento non riuscirà a limitare con rigore "l'intrusione" da parte della giurisprudenza nelle scelte economico-organizzative dell'imprenditore. L'accettazione di una distinzione tra interesse oggettivo dell'impresa e interesse soggettivo dell'imprenditore, alla quale di fatto la giurisprudenza arriva elaborando il concetto di "interesse oggettivamente apprezzabile al licenziamento", pare infatti riconciliare la norma, al di là della "*scelta testuale deideologizzata*"⁸², con una visione ancora istituzionalista. Altri autori ritrovano invece in questa distinzione un elemento di corenza con la norma costituzionale che richiama direttamente all'articolo 41 la "finalità sociale" come vincolo all'attività di impresa⁸³.

Nel 1968 viene approvata la legge istitutiva della Cassa integrazione guadagni straordinaria⁸⁴ che ricordiamo qui come esempio di tutele, sulle quali ritorneremo, predisposte per il lavoratore fuori dal contratto, a difesa del posto di lavoro rispetto a ristrutturazioni o a crisi di particolare rilevanza dell'azienda nel suo complesso.

Il 20 maggio 1970 viene poi approvata una legge fondamentale che segnerà profondamente l'evoluzione del diritto del lavoro: "Lo Statuto dei

⁸⁰ Intervista a Gino Giugni, in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit. , p. 431 ss.

⁸¹ Ichino, *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, p. 68.

⁸² Ichino, *Ibidem*, p.69.

⁸³ Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, CEDAM, 1980, pp.107-109.

⁸⁴ Legge 5 novembre 1968, n.1115.

diritti dei lavoratori”⁸⁵, il cui padre unanimemente riconosciuto è Gino Giugni. Stabilire norme a tutela della libertà e della dignità dei lavoratori, promuovere la libertà sindacale e favorire nei luoghi di lavoro la presenza di organismi di rappresentanza e lo svolgimento dell’attività sindacale: queste erano le finalità principali che si poneva lo Statuto, così come esplicitate direttamente nel titolo della norma.

In questa sede, ci interessa però sottolineare le ricadute che questa norma ha avuto in tema di rapporto di lavoro. L’azione di ridimensionamento dei poteri datoriali portata avanti dallo Statuto, pur senza mettere in discussione il rapporto di subordinazione lo “ridimensiona”⁸⁶ all’interno di una diversa concezione di contesto aziendale. Oltre al superamento della nozione di datore di lavoro quale “*dominus* dell’impresa-istituzione”⁸⁷, viene ribaltata la logica tradizionale dell’inserimento del lavoratore in azienda. La dimensione dell’azienda, da tipico luogo di doveri e obblighi rispetto alle direttive impartite dal datore, viene al contrario vista come fonte di diritti e prerogative per il lavoratore⁸⁸ - basti pensare qui a puro titolo esemplificativo all’articolo 1 sulla libertà di opinione o agli articoli 7 e 9 rispettivamente in tema di “sanzioni disciplinari” e di “tutela della salute e dell’integrità fisica” – e di doveri e obblighi per l’imprenditore. Ora è il lavoratore, con le sue libertà e i suoi diritti, al centro della scena ed è l’organizzazione aziendale e il potere datoriale che su questi diritti e libertà sono chiamate a rimodellarsi⁸⁹. Ritorna quindi il tema dell’attenzione alla persona del lavoratore, ma sotto una luce ben diversa rispetto alle teorie

⁸⁵ Legge 20 maggio 1970, n.300.

⁸⁶ Grandi, *Rapporto di lavoro*, in *Enc. del dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p.328.

⁸⁷ Ghezzi, Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1995, p.26.

⁸⁸ Romagnoli, *Autorità e democrazia in azienda: teorie giuridico-politiche*, in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, il Mulino, Bologna, 1974, p. 531 ss.

⁸⁹ Intervista a Luigi Mengoni, in *Il diritto del lavoro nell’Italia repubblicana*, cit. , p. 409 ss.

personalistico-fiduciarie degli istituzionalisti. E' bene inoltre evidenziare come il ridimensionamento dei poteri datoriali, l'attenzione ai diritti sul luogo di lavoro e alle libertà della persona del prestatore, possano essere visti non tanto nella prospettiva di un superamento della logica scambistico-contrattuale, il cui elemento conflittuale è ben presente nello Statuto⁹⁰, quanto in attuazione di quel principio di eguaglianza sostanziale a cui la Costituzione richiama l'ordinamento e che trova ampi margini di applicazione nello squilibrio proprio del rapporto di lavoro e nella "logica naturalmente autoritaria dell'organizzazione produttiva"⁹¹. Lo Statuto dunque non pretende di superare il momento contrattuale, semmai mette l'accento sul nesso tra momento individuale e momento collettivo nel rapporto di lavoro⁹², mostrando come si intreccino i diritti sul piano individuale con i diritti collettivi e la presenza e la libertà di azione della rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro. Ancora una volta però, in continuità con la costruzione barassiana della fattispecie lavoro subordinato e la nozione codicistica dell'art. 2094 cod. civ., il prototipo normativo al quale si ispira il legislatore rimane, forse con ancora più tensione "centripeta" rispetto al passato, l'operaio della grande impresa industriale.

Ultimo importante intervento legislativo che qui ricordiamo, di questa intensa fase di riforme, è la legge del 1973⁹³ contenente la "disciplina in materia di controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia

⁹⁰ Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, *Giorn. Dir. lav.*, 1979, p. 384.

⁹¹ Suppiej, *Il potere direttivo dell'imprenditore ed i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1972, I, p. 7 ss.

⁹² Giugni, *Commento all'articolo 13*, in Giugni (a cura di), *Lo statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano 1979, p. 178; Mengoni, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei lavoratori*, in *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 30.

⁹³ Legge 11 agosto 1973, n.533.

di previdenza e assistenza obbligatorie”. Nella sostanza la norma istituiva un rito processuale “speciale” per le controversie di lavoro con l’obiettivo di rendere più semplice e spedita la tutela processuale dei lavoratori⁹⁴. L’impianto della legge e la sua impostazione può essere letta come una sorta di appendice processuale dello Statuto dei lavoratori⁹⁵. Veniva portata così anche nel processo quella sensibilità alla parte più debole sulla quale era costruita la normativa inderogabile per il contratto di lavoro. Questa sensibilità si traduceva processualmente in una minore vulnerabilità del diritto d’azione e nella concessione del maggior spazio possibile alla mediazione del giudice, al quale erano riconosciuti più intensi poteri valutativi e d’ufficio rispetto al rito ordinario⁹⁶. Effetto di questa normativa fu anche la nascita di una magistratura specializzata in controversie lavoristiche che interpreterà il proprio ruolo negli anni successivi in senso ampiamente garantista. Viene così fornita sul piano giurisdizionale una risposta positiva agli obiettivi del legislatore volti alla rimozione delle disuguaglianze sociali in tema di lavoro e alla tutela dei diritti civili e costituzionali nelle fabbriche. E’ bene ricordare come nei lavori preparatori di questa riforma svolgerà ancora una volta un ruolo determinante Gino Giugni.

Lungo questi vent’anni di storia repubblicana, in conclusione, è possibile osservare come negli anni Cinquanta, caratterizzati da un’intensa opera di ricostruzione e sul loro finire dal montare del *boom* economico, il diritto del lavoro non abbia avuto un ruolo centrale nella realtà politica e sociale del Paese. In questo senso ha forse giocato un fronte sindacale disunito e le forti “diffidenze” ancora presenti tra le forze politiche di centro e di sinistra che avevano di fatto “frenato” la traduzione in riforme

⁹⁴ Del Punta, cit., 2012, p.70.

⁹⁵ De Luca Tamajo, *Gli anni '70*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., p. 102.

⁹⁶ *Ibidem*, p.103.

dell'ordinamento dei principi costituzionali in tema di lavoro. Solo nel decennio successivo i cd. governi di centro-sinistra hanno posto come centrale l'attenzione alla protezione dei lavoratori con forza, anche sull'onda poi delle grandi mobilitazioni sociali che videro il loro *acme* nell' "autunno caldo" del 1969, sul finire del decennio, è stato sollevato il tema della redistribuzione della grande ricchezza generata nel decennio precedente. Solo allora il diritto del lavoro è stato direttamente chiamato dalla politica per ricostruire istituti fondamentali nella regolazione dei rapporti individuali e collettivi di lavoro. Sotto questo profilo è quindi possibile trovare conferma della insopprimibile dimensione "pubblica" della materia che, per quanto concentrata sul dotarsi di puntuali strumenti dogmatici e tecnico-giuridici, non può che vivere in forte tensione rispetto alla dimensione politica e sociale che attraversa.

5.Gli anni del ripiegamento (1973 – 1989)

Alle fase espansiva dell'economia Italiana sull'onda della quale erano arrivate le grandi riforme a cavallo tra gli anni Sessanta e gli anni Settanta del secolo scorso, segue, a partire dalla metà degli anni Settanta, una fase di ripiegamento e riconversione.

Le conseguenze della crisi petrolifera del 1973 non tardarono a farsi sentire pesantemente sul sistema economico italiano. L'inflazione arrivò a sfiorare la soglia del 20% su base annua mentre l'economia non cresceva. Al fenomeno della cd. stagflazione si accompagnavano più alti tassi di disoccupazione. Meccanismi troppo rigidi di adeguamento dei salari, svincolati dall'incremento della produttività, come la scala mobile negoziata nel 1975, non facevano che moltiplicare la pressione inflazionistica. Priorità dunque era riuscire a contenere l'inflazione e la dinamica crescente dei costi del lavoro. La componente di rigidità che portava con se una parte del "garantismo" recentemente conquistato,

cominciò a essere percepita come insostenibile rispetto agli obiettivi occupazionali e di ristrutturazione economica necessari al Paese⁹⁷. Vennero così emanate tra il 1977 e il 1978 una serie di leggi tese a contenere i costi del lavoro in chiave antinflazionistica e a limitare le ricadute occupazionali della crisi del sistema economico-produttivo. Pensiamo in particolare ai provvedimenti sulla riconversione industriale e la mobilità della manodopera⁹⁸, sull'occupazione giovanile⁹⁹ e sul contratto a termine¹⁰⁰. Queste leggi, poi chiamate “dell'emergenza” per indicare il periodo di crisi in cui sono intervenute, spinsero le politiche del lavoro “verso un allentamento del modello garantista incentrato sulla norma inderogabile, in favore di un più duttile controllo sindacale sulle vicende del rapporto di lavoro”¹⁰¹, fino al punto di rendere possibile, in caso di crisi aziendale, per periodi temporanei, la revisione *in peius* di alcuni trattamenti previsti dalla legge.

In questi anni cominciò ad allargarsi l'oggetto stesso della contrattazione collettiva. I sindacati, rassicurati dallo Statuto dei lavoratori per quanto riguarda la disciplina del rapporto di lavoro, spostano ora la loro attenzione sulle scelte economiche e organizzative dell'impresa. Non si accontentano più di discutere gli effetti delle scelte datoriali sul rapporto di lavoro, ma chiedono di intervenire a monte per riuscire a tutelare non solo diritti e busta paga, ma i livelli occupazionali della manodopera¹⁰². Se a livello aziendale queste rivendicazioni si tradurranno, in maniera limitata, nei diritti di informazione e controllo, a livello confederale i

⁹⁷ De Luca Tamajo, *Gli anni '70*, In *Diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., p. 131.

⁹⁸ Legge 12 agosto 1977, n. 675 e successive modifiche.

⁹⁹ Legge 1 giugno 1977, n. 285 e successive modifiche.

¹⁰⁰ Legge 23 maggio 1977, n.266 e legge 3 febbraio 1978, n. 18.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Sul tema vedi AA.VV., *Democrazia industriale e sindacato in Italia*, Quaderni Mondoperaio, Roma, 1977.

sindacati verranno coinvolti con sempre maggiore intensità dal governo nazionale nelle azioni di politica economica e occupazionale.

Comincia a consolidarsi in questi anni la prassi della promulgazione di leggi che vedevano apposto un termine alla vigenza dei provvedimenti in esse contenuti. Queste leggi¹⁰³ entravano così in parlamento come sperimentali, con una parvenza di eccezionalità volta a “sdrammatizzarne” la portata, per poi essere spesso prorogate con l’intento di “sdrammatizzarne” la stabilizzazione. Durante la proroga, a monte della loro approvazione, queste leggi venivano poi sottoposte a un’intensa negoziazione, non solo tra i partiti, ma con il coinvolgimento diretto delle forze sociali, che ne rendeva instabile il contenuto.

Il fenomeno legislativo appena descritto, che prenderà il nome di “legislazione contrattata” è indice del diverso ruolo che vanno assumendo i sindacati in relazione al decisore politico. Questo ruolo andrà consolidandosi durante tutti gli anni Ottanta fino ad accedere ad un livello di concertazione strategica delle politiche fiscali, industriali e occupazionali, che troverà una prima forma compiuta nel cd. “accordo Scotti” del 1983. Si va così affermando in Italia un vero e proprio modello di *governance*, caratterizzato dalla costante contrattazione cd. “tripartita”, sul contenuto delle principali leggi economiche, tra governo e parti sociali e che prenderà il nome di “neo-corporativismo”¹⁰⁴.

In una fase di innegabile ripiegamento rispetto alle grandi conquiste garantiste del decennio precedente e che si colloca in una dimensione almeno europea di riorganizzazione delle politiche economiche e sociali, il sindacato non viene marginalizzato, ma coinvolto e corresponsabilizzato

¹⁰³ Pensiamo alla legge 3 febbraio 1978, n. 18 sul contratto a termine nei settori del turismo e del commercio; la legge 12 agosto 1977, n.675 nella parte dedicata alla durata del fondo per la ristrutturazione industriale; la legge del 4 agosto 1978, n. 479 per l’occupazione giovanile.

¹⁰⁴ Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981.

dal legislatore. Certo non mancheranno strappi e forti tensioni nelle relazioni industriali, si pensi ad esempio allo scontro tra il primo governo Craxi e la Cgil sul taglio ulteriore della scala mobile nel 1984, ma complessivamente, davanti ad un riequilibrio tra interesse alla stabilità del posto di lavoro e interesse all'occupazione¹⁰⁵, anche il sindacato ha dovuto prendere atto di alcune inefficienti rigidità delle normative più garantiste. Episodio simbolico in questo senso, con riferimento alla rigidità dell'aggancio tra salari e inflazione, è la celebre "svolta dell'Eur" del 1978. Così è stato ricordato il celebre discorso nel quale il segretario della Cgil, Luciano Lama, facendo autocritica, ammetterà l'impossibilità di trattare il salario come una "variabile indipendente" rispetto al ciclo economico¹⁰⁶.

Nel senso di una maggiore flessibilizzazione e razionalizzazione di alcuni istituti saranno approvate negli anni Ottanta diverse normative. Nel 1982 "l'indennità di anzianità" viene sostituita dal più equilibrato "trattamento di fine rapporto"¹⁰⁷; nel 1983 si tenta una stretta sulle visite di controllo ai lavoratori malati attraverso fasce orarie di reperibilità domiciliare; Nel 1984 vengono introdotte nuove tipologie di contratto subordinato come il "tempo parziale" e il contratto di "formazione e lavoro"¹⁰⁸ e nel 1987 viene resa più semplice la possibilità di assumere lavoratori a tempo determinato, prevedendo un rinvio sulla materia alla contrattazione collettiva¹⁰⁹.

A partire dal fine degli anni Settanta e per tutti gli anni Ottanta saranno poi messe in campo azioni e strumenti favorevoli ad una

¹⁰⁵ De Luca Tamajo, *Gli anni '70*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., p. 136.

¹⁰⁶ Del Punta, *Diritto del Lavoro*, cit., 2012, p.72.

¹⁰⁷ Legge 29 maggio 1982, n.297.

¹⁰⁸ Legge 19 dicembre 1984, n. 863.

¹⁰⁹ Legge 28 febbraio 1987, n. 56.

“socializzazione dei costi” d’impresa. La cassa integrazione verrà estesa e liberalizzata¹¹⁰, generose saranno le cd. “fiscalizzazioni” degli oneri sociali - un meccanismo mediante il quale lo Stato provvede a ridurre le *aliquote contributive* a carico del datore di lavoro, allo scopo di contenere il costo del lavoro - e molte risorse pubbliche verranno destinate ai salvataggi industriali e per gli aumenti ai fondi di dotazione delle imprese a partecipazione statale.

Tutti questi interventi erano volti a dare ossigeno ad un sistema produttivo che gravato da alti costi, bassa produttività e un costante calo di commesse, con particolare riferimento alle principali aziende manifatturiere, necessitava di impegnative ristrutturazioni e riorganizzazioni. . Purtroppo però anche gli interventi legislativi che partivano con i migliori auspici programmatici si rivelarono inefficaci ed incapaci di sfuggire da una logica meramente assistenziale¹¹¹.

Attraverso una maggiore flessibilità, scaricata prevalentemente sugli *outsiders* (giovani lavoratori, apprendisti, lavoratori a termine, e part-time), una più ampia delega concessa alla contrattazione collettiva, un coinvolgimento diretto dei sindacati nelle decisioni macro-economiche da un lato e una generosa copertura pubblica dei costi aziendali nelle fasi di ristrutturazione sul fronte imprenditoriale, le forze politiche riuscirono però ad incassare un “duplice consenso”¹¹². Fu così possibile governare la difficile fase macro-economica che caratterizzò questi anni, ma al prezzo di compromettere ulteriormente gli equilibri della spesa pubblica Italiana, la posizione di forza del legislatore rispetto alle molteplici spinte provenienti dalle forze sociali e in definitiva la stabilità e la coerenza richieste ad una legislazione riformista. Si venne consolidando negli anni

¹¹⁰ Legge 11 novembre 1983, n. 638.

¹¹¹ De Luca Tamajo, *Gli anni '70*, cit, p.133.

¹¹² *Ibidem*.

un vero e proprio “cortocircuito” tra le azioni dello Stato per sostenere i livelli occupazionali, la ristrutturazione del sistema produttivo e i costi scaricati sulla collettività (e quindi anche sugli stessi lavoratori)¹¹³ in termini di aumento delle imposte, di debito dello Stato e di riduzione della spesa pubblica produttiva. Un cortocircuito che segnerà in profondità il nostro sistema politico ed economico.

Risultò così fortemente indebolita e contraddittoria la spinta nella direzione di una profonda innovazione tecnologica e di una coraggiosa riorganizzazione del lavoro. Elementi questi indispensabili per traghettare l’Italia, chiamata a competere in uno scenario sempre più ampio, verso quella società “post-industriale” nella quale si sarebbe assistito ad un sensibile spostamento della manodopera dal settore secondario al settore dei servizi, con conseguenti trasformazioni nella realtà dei rapporti di lavoro.

¹¹³ Esempio paradigmatico di questa dinamica sono le già richiamate “fiscalizzazioni degli oneri sociali” ovvero l’assunzione da parte dello Stato di parte degli oneri contributivi a carico del datore di lavoro: ciò significava che il datore avrebbe dovuto versare un importo minore di contributi previdenziali e lo stato, imponendo tributi a tutti i cittadini (fiscalizzazione), sarebbe così stato in grado di coprire la parte di contribuzione non versata dal datore; Per un approfondimento v. Minervini, *L’evoluzione del concetto di impresa*, Riv. Soc., 1977, p.496;

Capitolo terzo

LA RICOSTRUZIONE DEL DIBATTITO DOTTRINALE SUL FINIRE DEGLI ANNI '80

1.Premessa

La crisi strutturale del sistema economico italiano e la trasformazione nella direzione di una società post-industriale dei servizi, che aveva segnato il passaggio tra gli anni Settanta e gli anni Ottanta, aveva rimesso in discussione l'idea tradizionale stessa di lavoro subordinato.

Si apriva così un intenso dibattito dottrinale che si interrogava sulla nozione di subordinazione e sulla efficacia della stessa a qualificare nel presente i nuovi lavori meritevoli di tutela.

Vennero prodotti numerosi contributi da parte della dottrina alcuni dei quali, distintisi per originalità, metteranno in discussione in maniera radicale anche quelle elaborazioni, nettamente maggioritarie, che erano andate consolidandosi negli anni Sessanta intorno alla definizione data dal codice civile del 1942 di lavoro subordinato.

Proprio da queste elaborazioni occorre partire per poter proseguire nel nostro percorso.

2.La nozione tecnico-giuridica di subordinazione

Tra le posizioni emerse nei decenni immediatamente successivi alla codificazione, i contrattualisti¹¹⁴, coerentemente alla loro sensibilità rigorosa e attenta all'impiego della dogmatica civilista, furono in maggioranza favorevoli ad una definizione tecnico-giuridica della subordinazione. Secondo tale impostazione, che prediligeva una lettura neutrale, scevra da ogni "intorpidimento"¹¹⁵ di natura sociale ed economica, l'elemento subordinazione consisteva fondamentalmente nella sottoposizione tecnico-funzionale della prestazione del lavoratore ai poteri direttivi e di controllo del datore così come desumibili direttamente dalla lettera dell'art. 2094 del codice civile, che si riferisce espressamente al lavoratore subordinato come di un lavoratore "alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore". Venivano quindi nettamente separate le modalità peculiari con cui viene svolta l'attività dedotta in contratto, dallo *status* sociale ed economico di chi la prestava.

Procedendo secondo questa impostazione era possibile sostenere come gli elementi che non "rifluiscono" formalmente nella relazione obbligatoria tra le parti non potessero operare validamente in ordine alla soluzione di problemi legati qualificazione del rapporto¹¹⁶. Si trattava di un approccio quindi rigidamente formale e poco sensibile allo *status* del prestatore fuori dal contratto. Nella sua componente più "progressista" questo formalismo, come abbiamo avuto già modo di osservare nell'illustrare le posizioni di Federico Mancini, era teso però a circoscrivere i poteri datoriali alla sola prestazione dedotta nel contratto, al

¹¹⁴ Per una panoramica degli autori contrattualisti si veda Lunardon, *L'evoluzione del concetto di subordinazione nell'elaborazione dottrinale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, n. 21, p. 265 ss.

¹¹⁵ Barassi, *Il contratto di lavoro*, cit.

¹¹⁶ Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, 1989, p. 7

fine di evitare ogni ulteriore implicazione “personale” del lavoratore e ogni riferimento a poteri di natura “autoritativo-istituzionale” extracontrattuali del datore¹¹⁷. I sostenitori della nozione tecnico-giuridica sottolineavano poi lo stretto nesso tra subordinazione e modalità della prestazione alla quale la prima veniva considerata funzionalmente legata¹¹⁸.

La subordinazione infatti si riteneva trovasse nel codice ulteriori precisazioni contenutistiche rispetto all'articolo 2094, tese a porre in rilievo le modalità di svolgimento della prestazione. Gli articoli 2104¹¹⁹ e 2106¹²⁰, riconoscendo rispettivamente il potere direttivo e disciplinare in capo al datore, avrebbero così fornito elementi più riconoscibili riguardo allo svolgimento di una prestazione “sotto la direzione e alle dipendenze dell'imprenditore”. Nell'articolo 2222 veniva invece trovata conferma del vincolo di subordinazione quale criterio distintivo tra lavoro subordinato e lavoro autonomo. Si riteneva infatti, che secondo questo articolo, elemento determinante della fattispecie lavoro autonomo sarebbe stata la prestazione svolta “senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente”.

La subordinazione tecnico-funzionale veniva dunque considerata quale caratteristica principale nell'individuazione della fattispecie lavoro subordinato che veniva così dotata di un criterio tipizzante in grado di ricomprendere tutte le ipotesi di lavoro dipendente¹²¹: dal lavoratore

¹¹⁷ Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, p.275 ss.

¹¹⁸ Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del Lavoro*, Napoli, 1987, p.496.

¹¹⁹ Art. 2104 c.c. sulla diligenza del prestatore di lavoro: “... Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende.”

¹²⁰ Art. 2106 c.c. sulle sanzioni disciplinari: “L'inosservanza delle sanzioni contenute nei due articoli precedenti può dare luogo a sanzioni disciplinari secondo la gravità dell'infrazione ...”.

¹²¹ Magrini, *Lavoro (contratto individuale di)*, in *Enc. del dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 381.

manuale a quello intellettuale, da quello prestato dall'operaio fino al lavoro del dirigente.

3.La nozione socio-economica di subordinazione

Di altro avviso era invece l'orientamento dottrinale che sottolineava la natura "socio-economica" della subordinazione, valorizzandone quegli elementi che si collocava fuori dalla struttura della fattispecie tipica e per questa ragione ponendosi in maggiore continuità con le teorie acontrattualiste sul rapporto di lavoro. Gli autori che seguivano questo posizione¹²² non sottolineavano tanto l'elemento tecnico-giuridico dell'eterodeterminazione, quanto lo *status* personale di dipendenza economica del prestatore nei confronti del datore. Secondo questo orientamento, la subordinazione si configurava quindi non come l'effetto giuridico tipico del contratto di lavoro, ma come il presupposto economico-sociale dello stesso, come *status* del lavoratore non solo nel contratto, ma anche nella fase antecedente alla sua costituzione¹²³. Sarebbe stata proprio la situazione di bisogno e di debolezza a spingere il lavoratore a mettere a disposizione le proprie energie piuttosto che fornire un'opera compiuta¹²⁴. Il lavoratore avrebbe così accettato così la condizione di alienità sia rispetto al risultato della propria prestazione sia in rapporto ai mezzi di produzione funzionali a tale risultato.

Secondo questa ricostruzione come oggetto dello scambio alla base del contratto di lavoro non sarebbe stata dunque la prestazione, ma la semplice messa a disposizione delle energie lavorative. Una disponibilità

¹²² Per una panoramica su questi autori si veda: Lunardon, *L'evoluzione del concetto di subordinazione nell'elaborazione dottrinale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, n. 21, p. 265 ss.

¹²³ Ghera, *Diritto del lavoro*, cit. p.49.

¹²⁴ Romagnoli, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, 1967, p.189 ss.

da considerare quale espressione implicita della subordinazione del lavoratore in rapporto all'imprenditore proprietario dei mezzi di produzione¹²⁵.

E' possibile osservare come prevalentemente queste posizioni, pur svalutando esplicitamente il momento contrattuale, non cedano a quegli elementi distintivi dell'accontrattualismo istituzionalista-corporativo. Non si fa infatti qui riferimento a caratteri associativi del rapporto datore-lavoratore tesi a disconoscere il conflitto e il contenuto "genuinamente" scambistico alla base del contratto o all'idea dell'impresa istituzione dotata di un proprio autonomo ordinamento e interesse oggettivo o al ruolo centrale dell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale, quale momento fondativo del rapporto di lavoro.

Sebbene sia possibile riconoscere, tra i sostenitori dell'accezione socio-economica di subordinazione, una sensibilità che richiama quella della corrente "costituzionalista", già presentata, basti pensare all'attenzione per la debolezza sociale della persona del lavoratore e per il profondo divario economico precontrattuale che la separa dal datore, paiono nel tempo essere venuti meno quei tratti di "fascinazione" che negli anni Cinquanta avevano caratterizzato proprio il movimento dottrinale dei "costituzionalisti" in rapporto alle impostazioni accontrattuali dei neo-istituzionalisti¹²⁶.

E' bene ricordare come l'interpretazione socio-economica di subordinazione sia sempre stata minoritaria in dottrina. Numerose sono state negli anni le critiche a questa impostazione. In primo luogo viene criticato "l'apriorismo ideologico" che caratterizza e che riconosce il lavoro subordinato nella condizione di soggezione economica extra contrattuale del lavoratore e nella correlata alienità di questo rispetto al

¹²⁵ Gaeta, *Il rapporto di lavoro. Subordinazione e costituzione*, cit., p.48.

¹²⁶ Si riveda qui il citato dibattito tra Contrattualisti e Contrattualisti di cui abbiamo trattato nel precedente capitolo.

risultato della prestazione e ai mezzi produttivi. Questi elementi, viene sottolineato, riferendosi in particolare agli esempi di contratti agricoli di natura associativa come la mezzadria o altre forme di colonia parziaria, non sono ad esclusivo appannaggio della prestazione di lavoro subordinato¹²⁷. Inoltre, si osserva, è possibile che si configuri come prestatore subordinato anche un lavoratore proprietario degli strumenti e delle materie prime funzionali alla prestazione¹²⁸. Sarebbe proprio l'articolo 2222, nel quale si parla di lavoro solo "prevalentemente proprio" e prestato "senza vincolo di subordinazione", ad escludere una distinzione tra lavoro subordinato e autonomo basata sull'equazione tra "puro lavoro" (mera offerta di energie lavorative) e lavoro subordinato. Certa dottrina si spinge addirittura a contestare direttamente la rigida tenuta, nella realtà dei rapporti di lavoro, dell'alienità del lavoratore rispetto a forme sia pur minime "di utilità, rendimento o risultato"¹²⁹.

Da tutte queste osservazioni discende una valutazione di scarsa capacità qualificatoria della nozione socio-economica. Non solo, questa ricostruzione della nozione di subordinazione, ispirandosi ad una istanza di tutela generale verso il prestatore socialmente ed economicamente debole, peccerebbe di inadeguatezza nel denotare con rigore i referenti sociali destinatari dell'ordinamento protettivo. Sarebbe infatti riferibile ad un'eccessiva eterogeneità di rapporti, proprio a causa della natura ambigua e "variabile"¹³⁰ degli elementi che si vorrebbero utilizzare quali criteri qualificatori¹³¹.

¹²⁷ Ghera, *Diritto del lavoro*, cit., p.49 ss.

¹²⁸ Suppiej, *Il rapporto*, cit., 9 ss; Ichino, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., p.18 ss.

¹²⁹ De Luca Tamajo, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1987, pp. 472 ss.

¹³⁰ Gaeta, *Il rapporto di lavoro. Subordinazione e costituzione*, p.48.

¹³¹ Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie*, cit., 162 ss.

Infine, ed è forse questa l'accusa più grave da un punto di vista formale, gli elementi qualificatori usati per identificare la fattispecie sarebbero estranei al dato normativo che, in relazione al prestatore di lavoro subordinato, non farebbe riferimento esplicito né all'alienità del risultato né a quella dei mezzi di produzione¹³².

Non sono mancati poi tentativi correttivi della ricostruzione socio-economica di subordinazione. Alcuni autori hanno spostato il centro dall'attenzione dall'alienità di risultato e dei mezzi produttivi, alla particolare "posizione soggettiva" del lavoratore, in base alla quale la società riconoscerebbe le tutele del diritto del lavoro. Anche questo approccio comporterebbe però una estensione del concetto di subordinazione ben al di là delle modalità tipiche di svolgimento cui si ricollega la fattispecie¹³³. Altri hanno cercato di integrare la nozione socio-economica con la nozione tecnico-giuridica in un tentativo di lettura "sintetica" che riconoscesse da una parte, gli elementi qualificanti della fattispecie desumibili direttamente dal codice, come l'eterodeterminazione della prestazione, e, dall'altra, gli elementi socio-economici legati alla particolare posizione di debolezza del lavoratore fuori dal contratto nel sistema produttivo, come appunto l'alienità del risultato e dei mezzi produttivi.

Lavoratore subordinato sarebbe dunque chi presta il proprio lavoro secondo le direttive dell'imprenditore senza avere alcun potere giuridico di controllo con riguardo all'organizzazione produttiva nella quale è inserito e per il perseguimento di un obiettivo rispetto al quale è estraneo dal punto di vista contrattuale¹³⁴.

¹³² Persiani, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie di lavoro subordinato*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, p. 864 ss.

¹³³ Santoni, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, 1979, p. 100 s.

¹³⁴ Mengoni, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano, 1971, 42 ss.

Di questo approccio è stata però criticata la debole efficacia qualificatoria incapace di superare i limiti della nozione socio-economica di subordinazione¹³⁵.

Interessante è poi la posizione di chi, confermando l'inefficacia discretiva della nozione al fine di distinguere il lavoro autonomo da quello subordinato, rinviene nella teoria socio-economica di subordinazione uno strumento sensibile ai mutamenti empirici nel mondo del lavoro e per questo funzionale, in un'operazione di aggiornamento costante nella distribuzione delle tutele, ad estendere alcuni istituti protettivi del lavoro subordinato a fattispecie di lavoro autonomo caratterizzate da evidenti elementi di dipendenza economica¹³⁶.

4. Interpretazioni espansive e interpretazioni contenitive del concetto di subordinazione

I due principali orientamenti sulla definizione di subordinazione che caratterizzano il dibattito dottrinale fin dagli anni cinquanta si confronteranno nei decenni successivi con nuovi argomenti ed elaborazioni che proviamo qui a presentare riconducendole ad una serie di "dualismi". L'obiettivo non è certo quello di esporre in maniera esaustiva la ricchezza e la diversità delle posizioni tenute dagli studiosi di diritto del lavoro in tema, quanto di enuclearne i tratti fondamentali al fine di restituire al lettore una visione d'insieme delle principali idee che hanno caratterizzato il dibattito italiano sulla subordinazione fino al crepuscolo degli anni Ottanta.

¹³⁵ Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2013, p. 20

¹³⁶ Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie*, cit., p.164 ss.

Le diverse critiche evidenziate intorno alla nozione socio-economica di subordinazione sembrano rivelare una comune preoccupazione in relazione ai pericoli di un'eccessivo e incontrollabile moltiplicarsi delle fattispecie concrete che sarebbero potute ricadere, con questa impostazione, sotto le tutele del diritto del lavoro. L'esigenza di rispondere prontamente all'istanza protettiva che anima gli autori a sostegno della nozione socio-economica, sposterebbe, secondo queste critiche, la soluzione dei problemi relativi alla qualificazione del rapporto fuori dal rigore di un ambito tecnico-giuridico. Verrebbe così intaccata la tenuta stessa della fattispecie lavoro subordinato come prevista dall'articolo 2094 cod. civ. e la sua funzione di raccordo alla disciplina applicabile.

Per chi in dottrina sosteneva l'esigenza di contenere la tensione espansiva nell'interpretazione dell'art. 2094 cod. civ., il concetto di subordinazione doveva permettere ad essa, da un lato, di delimitare con precisione la fattispecie tipica in astratto e, dall'altro, di ricondurre, per sussunzione, agli specifici rapporti che si intendevano in concreto qualificare.

Fin dagli anni successivi alla codificazione del 1942 e con maggiore intensità nel periodo delle grandi rivendicazioni sociali tra la fine degli anni Sessanta e i primi anni Settanta, si era assistito ad un fenomeno di applicazione estensiva delle tutele previste per il lavoro subordinato "tipizzato" in senso tecnico-giuridico. Questa tendenza, oltre a trovare sostegno in una parte importante della dottrina, aveva visto intervenire favorevolmente, prima, la giurisprudenza, attraverso l'utilizzo di indici sussidiari ultronei rispetto alla nozione codicistica di lavoro subordinato, e, poi, il legislatore nazionale, con l'estensione di alcuni istituti tipici del lavoro subordinato a situazioni estranee alla fattispecie, si pensi qui in particolare alla legge n. 533 del 1973 in materia di processo del lavoro¹³⁷.

¹³⁷ La legge prevedeva l'estensione delle tutele previste per il prestatore nel processo di lavoro anche per le collaborazioni coordinate e continuative, una forma di lavoro autonomo parasubordinato.

Il prototipo del lavoratore di fabbrica veniva visto come il modello sociale di riferimento alle cui tutele anche altre forme di lavoro, più o meno divergenti, potevano essere ricondotte. L'obiettivo era quello di recuperare alla disciplina protettiva alcune situazioni di lavoro effettivamente sottoprotette ma che, a causa di una loro formale autonomia tecnico-funzionale, non ricadevano nella fattispecie stretta di lavoro subordinato. Per certa dottrina si trattava di ripristinare il raccordo tra “natura protettiva della disciplina giuslavoristica e connotazioni economico-sociali del soggetto da proteggere”¹³⁸.

5. Il metodo tipologico e il metodo sussuntivo

La dialettica che animava la dottrina tra sostenitori di una nozione espansiva di subordinazione e assertori della necessità di un suo contenimento, trovava un più definito terreno di confronto intorno alla scelta del metodo da adoperare per la definizione della fattispecie lavoro subordinato.

Già sul finire degli anni Sessanta si sosteneva l'impossibilità di individuare un unico criterio idoneo a far coincidere pienamente la fattispecie concreta di lavoro subordinato con quella astratta¹³⁹. Di conseguenza l'operazione qualificatoria non poteva che tradursi in una verifica circa la “somiglianza” della fattispecie concreta rispetto al tipo normativo ricavabile dalla fattispecie astratta, ovvero, in un “giudizio di approssimazione”¹⁴⁰.

E' con questa premessa che si aprirà la strada all'utilizzo del cosiddetto metodo “tipologico”. Forte del sostegno di un importante

¹³⁸ Ghezzi, Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, cit., p.28.

¹³⁹ Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro*, cit., p.58.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

contributo della dottrina civilista in materia contrattuale¹⁴¹ e dotato di solide basi nella dottrina tedesca¹⁴², questo metodo propone un'operazione qualificatoria nella quale le due categorie di autonomia e subordinazione non vengono più viste come fattispecie monolitiche strettamente vincolate al testo del codice, ma come insiemi di elementi caratterizzati rispettivamente le due tipologie “sociali” di lavoratore subordinato e autonomo. Il raffronto tra la fattispecie concreta e questi due insiemi porta dunque ad una qualificazione della prima basata sulla *prevalenza* degli elementi descrittivi dell'uno o dell'altro insieme. Oggetto del procedimento di qualificazione diviene dunque la ricerca del grado di affinità tra le “modalità oggettive di svolgimento del rapporto”¹⁴³ caratterizzanti la fattispecie concreta e l'insieme degli elementi che contraddistinguono la disciplina del rapporto ovvero gli effetti tipici della fattispecie astratta.

E' possibile affermare come con il “metodo tipologico” si risalga alla qualificazione del tipo contrattuale partendo dal raffronto con gli effetti che questo normalmente produce. In questo modo l'interprete può operare un apprezzamento complessivo del rapporto di lavoro da qualificare, oltre la sua definizione astratta, facendo uso di elementi “indiziari” volti a rivelare l'articolarsi concreto della specifica prestazione, mediando con maggiore efficacia l'inevitabile sfasamento tra dato normativo e dato sociologico e migliorando così anche la messa a fuoco di quelle prestazioni ricadenti nell'area grigia che separa il lavoro autonomo da quello subordinato. Con il metodo tipologico vengono recuperati così gli elementi delle ipotesi socialmente e storicamente tipiche di lavoro

¹⁴¹ De Nova, *Il tipo contrattuale*, Cedam, 1974, p. 103 ss.

¹⁴² Nogler, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in Riv. It. Dir. lav., 1990, p.200.

¹⁴³ Spagnuolo Vigorita, *Relazione*, in G. Deodato e F. Siniscalchi, *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Milano, 1988, p. 21.ss.

subordinato alle quali si richiama la teoria “socio-economica” di subordinazione. Questi elementi però non sono più utilizzati al fine di ridefinire la fattispecie astratta, ma acquistano la qualità di “indici di subordinazione” impiegabili dalla giurisprudenza per determinare la maggiore o minore approssimazione della fattispecie concreta al tipo contrattuale.

Con la ricostruzione di questo metodo la dottrina valorizza e conferma l’approccio di ricerca empirica della subordinazione già diffuso in giurisprudenza, dotandolo di una piena legittimazione teorica e assecondandone la portata espansiva rispetto all’applicazione del diritto del lavoro¹⁴⁴. Non solo, secondo diversi autori¹⁴⁵, nell’impostazione “tipologica”, il giudice, al fine di determinare il rilievo o meno dell’assenza di un “indice qualificatorio”, non dovrebbe tanto concentrarsi nell’accertare l’effettiva volontà delle parti risultante dal contratto formalmente portato in giudizio, quanto piuttosto sarebbe chiamato ad indagare *l’id quom plerumque accidit*. Dovrebbe quindi valutare il peso della presenza o meno di un indice di subordinazione considerando determinante come il rapporto in oggetto venga normalmente qualificato nell’ambiente sociale circostante, nonché tenendo conto delle proprie esperienze giurisprudenziali¹⁴⁶.

Questa posizione, secondo i critici, sembra tradire uno scetticismo di fondo verso la volontà formalmente espressa dalle parti, sempre suscettibile di prestarsi a sopraffazioni da parte del “soggetto contrattualmente più forte, il quale, pur volendo usufruire di una

¹⁴⁴ Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie*, cit., p.14.

¹⁴⁵ Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Diritto del lavoro, il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 22 ss.; Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano 1985, p. 307-311.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

prestazione di lavoro subordinato, pretenda però di non pagarne i costi coartando la volontà altrui”¹⁴⁷.

La più rilevante critica al “metodo tipologico” mette direttamente in dubbio la compatibilità tra questo e l’impostazione del nostro codice civile. Nel codice, infatti, i diversi tipi contrattuali vengono “fissati in concetti definitivi” ai quali occorre necessariamente ricondurre per *sussunzione* la fattispecie concreta a chiusura del processo qualificatorio¹⁴⁸. E’ questa la critica principale mossa dai sostenitori del “metodo sussuntivo” secondo i quali il processo di qualificazione non può che avvenire attraverso il più tradizionale e affidabile confronto sillogistico tra la fattispecie concreta e la nozione giuridica legale di lavoro subordinato per come prevista dalla lettera dell’articolo 2094 del codice civile. Secondo questi autori il metodo tipologico, oltre ad operare una svalutazione della volontà delle parti formalizzata nel contratto e del limite fornito dalla definizione codicistica di subordinazione, vedrebbe nei propri pregi i propri maggiori difetti. Le qualità elastiche e pragmatiche del metodo tipologico, rinvenibili, oltre che nella pluralità degli indici di subordinazione, individuati al di là della norma, nell’affidamento al principio dell’ *“id quod plerumque accipit”* e nell’ampio margine di apprezzamento concesso al giudice, introdurrebbero infatti un eccessivo elemento di aleatorietà nel procedimento qualificatorio, minando quelle esigenze di certezza del diritto ancor più necessarie in un momento di forti spinte alla flessibilizzazione dei modelli di offerta e di domanda della prestazione di lavoro¹⁴⁹.

Nonostante le forti divergenze tra le letture appena illustrate, negli anni, più voci in dottrina metteranno in evidenza le possibili

¹⁴⁷ Turci Castelveteri, Nota a Cass. 24 gennaio 1987, n. 685, in *Foro it.* 1987, I, 219 ss.

¹⁴⁸ Mengoni, *La questione della subordinazione*, cit., p.14 ss.

¹⁴⁹ Giugni, *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, Aidlass, Milano, 1983, p.18 ss.

complementarità tra metodo “tipologico” e metodo “sussuntivo” valorizzando il primo in quanto funzionale ad un’operazione preliminare di ricerca dei termini di sussunzione. Una ricerca che può risultare arricchita dal riferimento alla realtà sociale in cui la norma si inserisce o dal richiamo ai problemi di fondo che la norma intende risolvere al di là del solo richiamo al dato letterale. Del resto è “pacifico” come gli elementi rinvenibili nell’art. 2094 non abbiano “un vero significato al di fuori di modelli storici di organizzazione del lavoro”¹⁵⁰.

Così anche alcuni sostenitori del metodo sussuntivo riconosceranno, senza per questo ridimensionare il momento della riconduzione alla fattispecie astratta, come l’uso da parte della giurisprudenza di indici rivelatori indichi un atteggiamento attento ad evitare generalizzazioni o raffronti puramente “meccanici” tra fattispecie concreta ed astratta. Ci sarà perfino chi criticherà direttamente la contrapposizione tra i due metodi¹⁵¹ riconoscendo come la magistratura nella propria tecnica ricostruttiva in realtà si serva di entrambi: da un lato impiegando come premessa la nozione di subordinazione del codice, come prevede il “metodo sussuntivo”, e dall’altro qualificando la fattispecie concreta per approssimazione sulla base di quegli “indici” propri del “metodo tipologico”.

6. Il dualismo tra disciplina applicabile e schema causale quali elementi distintivi delle fattispecie di lavoro subordinato

Il dualismo metodologico appena illustrato porta con sé una complessa questione teorica attinente alla relazione tra le varie fattispecie di lavoro in

¹⁵⁰ D’Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, p. 80.

¹⁵¹ Roccella, *Pubblica amministrazione: lavoro a termine e part-time*, in *Dir. prat. lav.*, 1989, n. 6.

termini di genere e specialità. Su questo terreno, che verso la metà degli anni Ottanta accenderà l'interesse di diversi studiosi anche a seguito della sempre maggiore tensione alla frammentazione e alla diversificazione dei rapporti di lavoro, è possibile distinguere i diversi contributi della dottrina in due fondamentali teorie.

Secondo la prima, la specialità di un rapporto contrattuale va ricercata nella disciplina applicabile. Sono pertanto considerati rapporti speciali quei rapporti di lavoro per i quali è prevista una particolare disciplina applicabile. La specialità si configurerebbe però non per tutti i rapporti che si discostino anche minimamente dallo schema del rapporto individuale di riferimento¹⁵², ma solo per quelli nei quali sia riscontrabile un elevato "tasso di disapplicazione" della normativa generale¹⁵³ o una deviazione da quest'ultima "apprezzabile" per consistenza e ampiezza¹⁵⁴.

Questa teoria viene ulteriormente sviluppata attraverso la ricostruzione di un "prototipo normativo" di lavoro subordinato contenente in sé tutte le caratteristiche del modello sociale di lavoratore maggiormente fornito di tutela giuridica¹⁵⁵. Questo modello di lavoratore, che prende le sembianze dell'idealtipo "lavoratore subordinato" consolidatosi in seguito all'approvazione dello statuto dei lavoratori¹⁵⁶, verrebbe impiegato quale modello di riferimento ai fini della valutazione di specialità del rapporto.

¹⁵² Riva Sanseverino, Mazzoni, *Il nuovo trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 1971, p.781.

¹⁵³ Ghezzi, Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, cit., p.43.

¹⁵⁴ Carinci, De Luca Tamajo, Tosi-Treu, *Il rapporto*, cit., p. 27.

¹⁵⁵ Ghezzi-Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 40 ss. Caratteristiche di questo lavoratore subordinato tipico, (così come riportate anche in Gaeta, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, cit., p. 56) sarebbero tra le altre: la retribuzione, l'eterodirezione, l'occupazione a tempo pieno e per tutti i giorni lavorativi, la dipendenza economica dal datore a tempo indeterminato, l'impiego in un'impresa di medio-grandi dimensioni, l'esclusione dai processi decisionali dell'impresa.

¹⁵⁶ Mariucci, *Subordinazione e itinerari della dottrina*, in Pedrazzoli, *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 70.

La specialità andrebbe quindi riconosciuta solo nel caso in cui la disciplina del rapporto risultasse “difforme” in riferimento a quegli elementi che, “in base all’esperienza giuridica”, sono considerati “gli elementi essenziali” del prototipo normativo¹⁵⁷. Sempre secondo questa impostazione, la disciplina speciale emerge solo per alcuni elementi del rapporto venendo integrata per tutto quanto non espressamente previsto dalla disciplina generale. In questo modo verrebbe prevista l’applicazione a tutti i rapporti a quali vengano riconosciuti i tratti del lavoro subordinato della disciplina tipica di quest’ultimo. Perché questo principio attrattivo della disciplina generale operi non è necessario un rinvio esplicito da parte della disciplina speciale. E’ così possibile osservare come, secondo questo orientamento, la disciplina generale sia sempre applicabile tendenzialmente anche se non in via esclusiva, potendosi appunto prevedere deroghe, tali da acquisire connotazioni di specialità, a tutti quei rapporti riconducibili al “genere” lavoro subordinato, inteso nella sua accezione di “prototipo normativo”¹⁵⁸.

Il rischio maggiore, secondo i critici di questa impostazione, sarebbe quello di produrre un allargamento eccessivo della categoria dei rapporti di lavoro speciali “sino a farle prendere l’unità concettuale” e a ridurla ad una semplice formula residuale “riassuntiva dei rapporti oggetto di una tutela in varia misura inferiore allo standard”¹⁵⁹. Non solo, il riconoscimento della specialità sulla base del *quantum* di deviazione rispetto alla disciplina generale presenterebbe profili di forte aleatorietà, anche nel caso in cui il punto di riferimento venga con maggiore precisione individuato negli “elementi essenziali” del prototipo normativo. Rimarrebbe infatti intatto il problema di determinare il *quantum* di scostamento, rispetto agli elementi essenziali, necessario a riconoscere la specialità del rapporto. Senza contare che il “prototipo normativo” fa riferimento a una figura di

¹⁵⁷ Ghezzi-Romagnoli, *Il Rapporto di lavoro*, cit., p. 43.

¹⁵⁸ Ghezzi-Romagnoli, *Il Rapporto di lavoro*, cit., p. 41.

¹⁵⁹ Mengoni, *La questione della subordinazione*, cit., p.13.

lavoratore emersa come maggiormente rilevante da un punto di vista sociologico e come tale non certo destinata a mantenersi immutabile nel tempo.

La seconda teoria relativa alle problematiche classificatorie delle diverse fattispecie di lavoro subordinato predilige l'utilizzo delle categorie del tipo e del sottotipo e rinviene l'attributo della specialità in una deviazione funzionale dalla finalità tipica del rapporto. Questa deviazione per alcuni autori deve riguardare necessariamente la causa del contratto¹⁶⁰, mentre per altri è sufficiente che concerna uno degli elementi essenziali del contratto¹⁶¹.

A differenza dell'impostazione precedente, che si concentra sulla determinazione del *quantum* di divergenza da un modello di riferimento del quale viene proposta una ricostruzione, i sostenitori del criterio della deviazione funzionale indagano le caratteristiche strutturali del rapporto valutandone la configurabilità quale *sottotipo* del lavoro subordinato e facendo da questa valutazione conseguire la determinazione della disciplina applicabile. Si rileva in dottrina come, a differenza del diritto generale dei contratti, dove il metodo classificatorio consente di ricondurre sottotipi innominati o extra-legali al tipo legale espressamente previsto dalla norma, nel diritto del lavoro i sottotipi, o contratti speciali, nascono già dotati di un nome. Questo però ne consentirebbe solo l'approssimazione al loro contenuto, ma non la piena identificazione. Come possono dunque essere pienamente identificati? Prima di tutto occorre individuare il tipo di riferimento.

Nel caso del lavoro subordinato il tipo di riferimento è quel rapporto che esprime le caratteristiche comuni a tutti i sottotipi, fedelmente al principio per cui "il tipo contiene i sottotipi". L'interprete sarebbe dunque

¹⁶⁰ Cataudella, *Fattispecie e fatto*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, p.932 ss.

¹⁶¹ De Nova, *Il tipo contrattuale*, cit., p.59.

chiamato a procedere nella qualificazione sottraendo al sottotipo tutte le caratteristiche non comuni agli altri sottotipi. In questo modo si risalirebbe alle caratteristiche comuni e dunque al tipo contrattuale di riferimento¹⁶². Ma se si accettasse il postulato che il tipo “lavoro subordinato” è il rapporto che contiene in se le caratteristiche comuni a tutti i sottotipi, nessuno escluso, risulterebbe non più sufficiente il riferimento alla nozione contenuta nell’art. 2094 del codice civile. Avremo modo di approfondire questo aspetto della teoria nel paragrafo successivo.

I sostenitori della deviazione dallo schema funzionale del contratto “tipico” quale elemento per determinare il sottotipo, propongono poi un criterio ulteriore di distinzione tra i sottotipi (rapporto speciale) e le discipline speciali.

I primi, proprio in virtù della propria devianza funzionale, hanno una disciplina propria esclusiva, nel senso che questa non può essere applicata al di fuori di quel particolare sottotipo. Le seconde invece, non essendo legate a deviazioni funzionali ma a particolari condizioni che possono verificarsi nel rapporto, come l’età del contraente, la durata del contratto, il luogo di lavoro o le modalità particolari con cui viene svolta la prestazione, operano ovunque si verificano queste condizioni¹⁶³. Ad esempio, mentre la disciplina prevista per il “rapporto speciale” di apprendistato non può che applicarsi all’apprendistato stesso, la “disciplina speciale” prevista in caso di “minori” può applicarsi ad una pluralità di sottotipi contrattuali aventi per prestatore un minore, tra i quali, nel caso, anche l’apprendistato. E’ così possibile osservare come ogni sottotipo sia potenzialmente sottoposto nella sua disciplina ad una doppia integrazione: da un lato alla maggiore o minore integrazione della disciplina generale del tipo che lo comprende (lavoro subordinato),

¹⁶² Loy, *Riflessioni su specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 57.

¹⁶³ *Ibidem* p. 62.

dall'altro a quella della disciplina speciale legata ad alcuni suoi particolari elementi (minore età nell'apprendistato), sempre che su questi il rapporto speciale non preveda da sé una disciplina di maggiore tutela. Di conseguenza, la disciplina tipica nella sua interezza verrà applicata solo nei casi socialmente elementari di lavoro subordinato, dovendosi attuare in tutti gli altri un'articolata opera di integrazione "secondo criteri di prevalenza e di combinazione"¹⁶⁴.

Diverse sono le critiche portate a questa seconda teoria. Alcune si concentrano sullo scarso rendimento selettivo della stessa con particolare riferimento alle fattispecie più controverse¹⁶⁵. Altre accusano la teoria di operare una vera e propria "falsificazione" nel momento in cui pretende di sostituire con un "tipo" di lavoro subordinato da questa elaborato, il "tipo" previsto dal codice¹⁶⁶. La critica forse più dura però è quella che mette direttamente in discussione l'utilità stessa della distinzione sia per tipi e sottotipi contrattuali, sia per genere e specie, al fine di determinarne la disciplina applicabile. Secondo quest'ultima critica nel diritto del lavoro le distinzioni proposte dalla dottrina, non opererebbero, a differenza di quanto avviene nel diritto generale dei contratti, da criteri di selezione dei cd. *naturalia negotii*, ovvero di "quegli effetti che, pur non dipendendo direttamente dalla volontà delle parti, si reputano conseguenti" all'appartenenza di un contratto ad un determinato "tipo". Di conseguenza, la distinzione per tipi e sottotipi o per genere e specie, avrebbe un mero valore descrittivo riducendosi semplicemente ad evidenziare i "criteri legali di imputazione dei vari modelli di disciplina"¹⁶⁷. Quest'ultima osservazione pare però sottovalutare l'elemento "creativo" presente in

¹⁶⁴ Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro*, cit., p.143 .

¹⁶⁵ Mengoni, *La questione della subordinazione*, cit.,p. 13.

¹⁶⁶ Ballestrero, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. Dir.*, 1987, p.50.

¹⁶⁷ D'Antona, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, p.538.

entrambe le distinzioni e, seppur con profili diversi, rinvenibile nella rielaborazione dei caratteri del “tipo” o del “genere” rispetto a quanto previsto dal codice. Coerentemente alle intenzioni della dottrina che la propone, questa operazione “creativa” potrebbe ricondurre nell’area di applicazione della disciplina connessa alla fattispecie generale lavoro subordinato un numero maggiore di rapporti di lavoro. La prima teoria otterrebbe questo effetto configurando, al di là delle previsioni del codice, la figura del lavoratore subordinato tipico verso cui intende far convergere le diverse “specie” e fornendo all’interprete criteri particolarmente elastici per riconoscere i rapporti speciali rispetto al “prototipo normativo” di riferimento; la seconda invece sostenendo una più estesa denotazione del “tipo”, il quale, verrebbe ridefinito, rispetto alla formulazione codicistica, per poter ricomprendere tutti i sottotipi.

Al fine di un più coerente inquadramento dei sottotipi in relazione al rapporto tipico, pare forse più stabile l’operazione sviluppata dalla seconda teoria, la quale non si propone di fissare sociologicamente l’idealtipo lavoratore subordinato, operazione assai rischiosa per le ragioni già esposte, limitandosi a ricavarlo sulla base dei caratteri comuni ai diversi sottotipi ad esso collegati.

Se il dualismo tra metodo tipologico e sussuntivo ruota intorno al riconoscimento della fattispecie di riferimento, il dualismo tra teoria del tipo e teoria del genere si interroga sul come determinare i “confini” di questa fattispecie, intendendo per confini l’ambito applicativo degli effetti della fattispecie lavoro subordinato.

Se nel procedimento di riconduzione della fattispecie speciale a quella generale è riconoscibile un criterio di “approssimazione”, coerente al metodo tipologico, nella relazione tra tipo e sottotipi il procedimento logico di riconoscimento è quello sussuntivo. Per il primo, infatti, la specie emerge da “un’apprezzabile” deviazione rispetto al genere; mentre per il secondo si risale al tipo attraverso un sillogismo basato sugli elementi fondamentali del rapporto.

Occorre chiedersi se questi elementi fondamentali non possano poi individuarsi in quegli “indici di subordinazione” di cui parla il metodo tipologico. La differenza, non irrilevante, nell’impostazione dottrinale sarebbe qui proprio nell’interpretare il rapporto tra questi “elementi”. Se nell’impostazione tipologica la relazione è una relazione dinamica, di combinazione o prevalenza, nell’impostazione sussuntiva è un relazione rigida tra la riconducibilità o meno al tipo davanti alla presenza o meno degli elementi essenziali nel sottotipo.

Da questi rilievi è possibile riconoscere i pregi e i difetti dei due approcci già messi in luce dalla dottrina. Il metodo tipologico è dotato di elasticità e adattabilità nel ricondurre fattispecie emergenti nell’ “area grigia”, tra lavoro subordinato e autonomo, alla fattispecie di riferimento. Risulta però più incerto nel definire i limiti di questa fattispecie, incertezza che viene confermata dalla teoria della “specialità della disciplina”. Il metodo sussuntivo, più rigido e formale, se da un lato, ha maggiori difficoltà nel riconoscere e collocare le fattispecie dell’ “area grigia”, dall’altro pare consentire una più stabile definizione dei limiti della fattispecie lavoro subordinato attraverso la necessità del rinvenimento degli “elementi essenziali” della fattispecie all’interno di ogni sottotipo.

Una cosa è in ogni caso rilevabile nell’osservazione delle caratteristiche delle teorie del tipo e del genere: la tensione a superare o, in senso più moderato, ad arricchire, il concetto giuridico di lavoro subordinato per come espresso nell’articolo 2094 del codice civile.

7. Il dualismo tra sostenitori della crisi e sostenitori della tenuta del concetto di subordinazione

Proprio sulla necessità o meno di superare il concetto giuridico di subordinazione, come delineato nel codice civile all’articolo 2094 c.c., si

dividerà, con particolare intensità a partire dagli anni Ottanta, la dottrina giuslavoristica.

Esauritosi il “periodo d’oro” del diritto del lavoro, a cavallo tra anni Sessanta e Settanta, era seguito, come abbiamo già avuto modo di vedere, un “periodo di ripiegamento”, caratterizzato da necessarie riorganizzazioni e trasformazioni del sistema industriale italiano, alle quali si andava accompagnando una sempre crescente richiesta di deregolazione e flessibilità nell’impiego della manodopera quali ingredienti necessari per difendere l’Italia dalla concorrenza internazionale e, di conseguenza, per salvaguardare i livelli occupazionali. Nei processi di riorganizzazione industriale si era assistito da un lato ad un decentramento delle produzioni e, dall’altro, ad una maggiore concentrazione societaria. Il terziario, con particolare riguardo ai settori a tecnologia avanzata, si era notevolmente sviluppato e sempre più imprese cominciarono ad allocare esternamente alcuni fattori produttivi. Venivano così a moltiplicarsi piccole realtà organizzative caratterizzate da un’ampia autonomia. L’innovazione tecnologica inoltre aveva consentito di sostituire l’uomo con la macchina nelle mansioni più elementari all’interno dei processi produttivi, liberandosi, in questo modo, molte risorse umane che cominciarono a migrare verso nuove professioni e nuovi lavori, caratterizzati da un minor grado di subordinazione, una più alta redditività e modalità esecutive più flessibili che richiedevano maggiore responsabilità al lavoratore rispetto ai rischi sulla produttività della prestazione¹⁶⁸. Non solo, l’introduzione nell’organizzazione del lavoro della tecnologia informatica aveva prodotto una serie complessa di effetti che contribuirono a modificare lo stesso modo di essere della prestazione di lavoro subordinato con inevitabili

¹⁶⁸ D’Antona, *I mutamenti del diritto del lavoro e i problemi della subordinazione*, in Riv. Critica dir. priv., 1988, p. 199 ss., Id., *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, in *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, a cura di D’Antona, De Luca Tamajo, Ferraro, Ventura, II, Napoli, 1988, 1 ss.

conseguenze sulla sua qualificazione¹⁶⁹. L'alto tasso di professionalità richiesto, il maggiore livello di responsabilità e i più ampi spazi di creatività lasciati al lavoratore nello svolgersi della prestazione, limitavano l'efficacia del criterio dell'eterodirezione e del coordinamento spazio-temporale, quali parametri in grado di rinvenire l'elemento della subordinazione¹⁷⁰.

Un chiaro esempio di queste difficoltà definitorie degli indici tradizionali è riscontrabile nel telelavoro. In questo settore il mancato inserimento del lavoratore nell'organizzazione imprenditoriale, reso possibile dall'uso di strumenti informatici e telematici, produce effetti rilevanti sulla prestazione che non solo diviene indipendente dalla localizzazione geografica dell'impresa o dell'ufficio del datore, ma acquista nuovi margini di autonomia sia temporale, in relazione agli orari, che organizzativa¹⁷¹. Inoltre la progressiva crescita dell'area del lavoro autonomo e la sempre maggiore correlazione nel lavoro subordinato tra corrispettivo e risultato, furono interpretati come segnali di una tensione alla "imprenditorializzazione" del mercato del lavoro della quale non era ancora chiaro prevedere le dimensioni che avrebbe assunto in futuro¹⁷².

Tutti questi elementi metteranno in sofferenza la tenuta del concetto di subordinazione. Il ridimensionamento all'interno del sistema industriale italiano del modello fordista di produzione, con conseguenze sulla rilevanza degli elementi dell'eterodirezione e del coordinamento spazio-

¹⁶⁹ Trioni, *Parasubordinazione e flessibilità nei settori del commercio e del turismo*, in *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, cit. 149 ss.

¹⁷⁰ Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie*, cit., p.3, cit.

¹⁷¹ Fanfani, *Rapporti di collaborazione nelle nuove professioni*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1988, 415 ss.; Id, *Le prestazioni di lavoro nel settore sanitario*, in *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure*, cit., 63 ss.

¹⁷² Zanelli, *Impresa, lavoro e innovazione tecnologica*, Milano, 1986, p.121 ss.

temporale della prestazione, cominciò a produrre un’*“appannamento”*¹⁷³ del social-tipo lavoratore subordinato.

Con riguardo alla continua evoluzione di questi processi, occorre osservare che, le trasformazioni nei modelli produttivi e nelle modalità di prestazione del lavoro subordinato contribuiscono all’estendersi di quell’*“area grigia”* tra subordinazione e autonomia nella quale si rinvergono fattispecie caratterizzate da *“un’immagine esterna di assoluta identità”* rispetto alle due tipologie lavorative di riferimento¹⁷⁴. Diviene così possibile che, all’interno di una medesima organizzazione imprenditoriale, lo stesso tipo di professionalità possa indifferentemente esercitarsi sia in modo autonomo che in modo subordinato. Risulta dunque ancora più *“permeabile”*¹⁷⁵ il confine tra le due fattispecie di lavoro. In fine il moltiplicarsi delle tipologie normative (part-time, contratto a termine, apprendistato,...) pare mettere in luce una tensione verso la *“differenziazione”*¹⁷⁶ del rapporto di lavoro. Una novità questa non certo in rapporto alla storica complessità degli schemi lavorativi presenti all’interno del mercato del lavoro, quanto in relazione alla forza unificante che la nozione di subordinazione, a partire dalla definizione che ne diede Barassi e di cui abbiamo già sottolineato gli effetti *“centripeti”*, aveva esercitato rispetto alle altre tipologie di lavoro.

Se i vari aspetti osservati fin qui possono essere considerati come *cause esogene* della crisi del concetto di subordinazione, in quanto relativi alle ricadute dei mutamenti economici e sociali sul diritto del lavoro, in

¹⁷³ D’Antona, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in *Subordinazione e dintorni*, cit., p. 45.

¹⁷⁴ Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie*, cit.

¹⁷⁵ D’Antona *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia* cit., in *Subordinazione e dintorni*, cit., p. 45.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

dottrina non sono mancate le voci di chi, per converso, ha messo in evidenza le *cause endogene* di questa crisi, ovvero i limiti riscontrabili nella nozione stessa di subordinazione, per come prevista dal codice civile.

Diversi autori già nel periodo precedente alle trasformazioni che tra anni Settanta e Ottanta interessarono il mercato del lavoro, avevano messo in luce come la nozione codicistica di subordinazione fosse “fragile e insufficiente” in relazione alla doppia funzione alla quale è chiamata: da un lato, delimitare precisamente la fattispecie tipica rispetto alle altre forme di lavoro, dall’altro ricondurre ad essa in concreto lo specifico rapporto oggetto di qualificazione¹⁷⁷. Viene criticata la capacità dell’art. 2094 c.c. di esprimere il tipo sociale “corrispondente al normale modo di essere della prestazione di lavoro”¹⁷⁸, non solo, viene rilevato come la nozione codicistica sia ambigua: ad essa sono riferibili tipologie di lavoro giuridicamente disomogenee (dall’operaio, al dirigente, al lavoratore a domicilio), e risulta incapace di fornire indici affidabili ai fini del processo qualificatorio. In questo senso insistono le critiche di insufficienza e inadeguatezza mosse ai criteri della “direzione” e della “dipendenza”¹⁷⁹.

In particolare, la fattispecie descritta dall’art. 2094 c.c. viene accusata di non essere la fattispecie generale del lavoro subordinato, ma un suo sottotipo: il lavoro subordinato nell’impresa di medie-grandi dimensioni. Sotto questa luce, appare ancora più chiara la critica di inadeguatezza della definizione. Un sottotipo contiene in sé elementi ulteriori rispetto al tipo, elementi che non possono avere la pretesa di essere essenziali e, quindi, necessariamente individuabili in ogni altra fattispecie concreta che voglia identificarsi con il lavoro subordinato. Questa critica peraltro non è nuova se pensiamo a quanto già detto sulla nozione barassiana di subordinazione.

¹⁷⁷ Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie*, cit., p.7.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro*, cit. 32-34.

D'altronde la soluzione centripeta adottata da Barassi nei confronti del lavoro subordinato d'impresa o industriale, acquista nuova forza nel momento in cui la nozione di subordinazione viene ulteriormente "stressata" in seguito alla perdita di centralità del social tipo di riferimento, o meglio, di fronte al diffondersi di nuove fattispecie atipiche e al mutare delle modalità organizzative della prestazione con particolare riferimento all'intenso sviluppo del settore terziario e all'avvento della tecnologia informatica.

A queste voci, critiche sulla nozione di subordinazione prevista dall'art. 2094 c.c. e scettiche sulla tenuta stessa di quest'ultima alla luce delle trasformazioni che stavano interessando il mercato del lavoro, una parte della dottrina replicava sottolineando come la definizione codicistica di prestazione di lavoro subordinato non fosse affatto inefficiente ai fini qualificatori. Secondo questi autori, dall'articolo del codice era infatti desumibile in maniera chiara l'indicazione di ricercare la subordinazione nel contenuto tecnico-giuridico dell'obbligazione assunta evitando di dare spazio a interpretazioni socio-economiche del rapporto di lavoro. Questo contenuto tecnico-giuridico dell'obbligazione, andava poi interpretato alla luce della concreta sistemazione di interessi voluta dalle parti col contratto. La "dipendenza", in questa prospettiva, da pleonastico attributo della subordinazione, come sosteneva la dottrina più critica, acquistava un più preciso significato emergendo dal rapporto tra l'obbligazione lavorativa e l'assetto negoziale prescelto dalle parti. Perché sussista la "dipendenza" occorre che l'obbligazione sia inserita all'interno di un contratto di lavoro subordinato, non essendo sufficiente riscontrare nella sola obbligazione caratteristiche esplicative di subordinazione. Si pensi, ad esempio, ad una prestazione all'apparenza subordinata, ma svolta in adempimento di un contratto associativo¹⁸⁰. Altro elemento chiaramente desumibile dal codice

¹⁸⁰ Spagnuolo Vigorita, *Le apparenti contraddizioni del nostro ordinamento in tema di subordinazione*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p.95.

sarebbe poi l'eterodirezione, intesa quale sottoposizione del prestatore alle direttive del datore di lavoro all'interno dell'impresa e in funzione dell'organizzazione di quest'ultima¹⁸¹.

La centralità del contenuto tecnico-giuridico dell'obbligazione, la necessità di interpretare quest'ultimo alla luce del particolare assetto negoziale di interessi che realizza il contratto di lavoro subordinato e l'elemento caratterizzante dell'eterodirezione sarebbero dunque tratti sufficienti a descrivere una fattispecie tagliata volutamente in maniera grezza dal legislatore. L'intento di quest'ultimo sarebbe stato infatti quello di concedere alla giurisprudenza un ragionevole margine interpretativo al fine di determinare i confini della fattispecie e di conseguenza l'ambito applicativo del complesso di norme ad essa collegate. Viene così esplicitamente riconosciuto come la nozione di subordinazione, delegando la determinazione dei propri confini alla giurisprudenza, risulti allo stesso tempo empirica, flessibile ed opaca¹⁸². Queste caratteristiche, secondo la dottrina in esame, non vanno però interpretate come difetti. Infatti, sarebbe proprio nel margine di indeterminatezza della fattispecie che troverebbero spazio quegli indici elaborati dalla giurisprudenza, e già descritti nel paragrafo dedicato al metodo tipologico, che consentirebbero un rapporto più elastico, basato sull'approssimazione e la somiglianza caso per caso più che sull'identità tra fattispecie concrete e fattispecie astratta di lavoro subordinato. Proprio questa elasticità interpretativa, associata ai lineamenti "opachi" della nozione, consentirebbe alla definizione codicistica di subordinazione di resistere nel tempo e di "digerire" i mutamenti del mercato del lavoro e i nuovi rapporti che da questi mutamenti sono generati.

¹⁸¹ Ibidem, p. 96.

¹⁸² D'Antona, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 44.

Secondo altri autori, come Spagnuolo Vigorita, la critica di inadeguatezza rivolta alla nozione codicistica va respinta in quanto in realtà ad essere inadeguata non sarebbe tanto la nozione di subordinazione, quanto “l’operazione culturale” di chi pretende di allargare eccessivamente l’area di operatività del diritto del lavoro. Sebbene “grezza e a prima vista inappagante”, la formula utilizzata dal legislatore, come abbiamo già evidenziato, avrebbe un suo “senso e una sua saggezza prescrittiva”. In piena continuità con l’impostazione barassiana l’applicazione delle norme del diritto del lavoro richiede di essere agganciata a criteri tecnico-giuridici capaci di rappresentare in sintesi l’istanza di intervento della disciplina. L’apparente contraddizione tra la pretesa di introdurre uno schema negoziale tipico e la scarsa capacità qualificatoria degli elementi caratterizzanti la fattispecie astratta verrebbe superata da una lettura della formulazione del codice quale “sintesi allusiva”, con funzione di richiamo rispetto alla disciplina protettiva, ad un referente sociale di lavoratore subordinato già acquisito alla consapevolezza dell’interprete e “connesso al dato strutturale dell’organizzazione imprenditoriale”¹⁸³. In questa prospettiva, l’opacità degli elementi caratterizzanti della fattispecie sarebbe dunque riequilibrata, e dotata di maggiore forza e rigidità, dal nitore del referente sociale tipico di lavoratore subordinato. L’inadeguatezza andrebbe dunque ricercata più che nella nozione codicistica, nell’interpretazione che ne viene fatta da una parte della dottrina e della giurisprudenza. In particolare, la critica di Spagnuolo Vigorita si concentra su un certo orientamento culturale che ha esasperato l’elasticità della fattispecie fino ad alterarne i connotati tecnico-giuridici. Su questo orientamento avrebbero influito dinamiche di politica economica volte a scaricare sull’impresa una parte importante dei costi relativi all’impiego della forza lavoro, nonché scelte di politica del diritto,

¹⁸³ Spagnuolo Vigorita, *Le apparenti contraddizioni del nostro ordinamento in tema di subordinazione*, in *Lavoro subordinato e dintorni* cit. p.98.

volte queste ultime a rafforzare le tutele del singolo lavoratore anche al fine di temperare la forza crescente delle istanze di autotutela collettiva. Secondo Spagnuolo Vigorita, gli indici del metodo tipologico sarebbero stati forzati in maniera estensiva anche in ossequio ad un approccio politico ideologico che, semplificando al massimo le dinamiche del mercato del lavoro, sovrapponeva al binomio lavoratore autonomo/lavoratore subordinato il binomio capitalista/proletario. Questo approccio, secondo l'autore, metteva a dura prova la tenuta della fattispecie forzandola a ricoprire tendenzialmente l'intera area grigia che separava "il lavoro sicuramente subordinato dal lavoro sicuramente autonomo"¹⁸⁴. Sempre secondo lo stesso autore, dunque, la crisi del concetto codicistico di subordinazione non sarebbe dovuta all'inadeguatezza della formula, ma, appunto, ad un orientamento interpretativo che deforma la pur grezza rigidità della definizione prescelta dal legislatore al fine di applicare la disciplina del diritto del lavoro "fino al limite segnato dalla presenza indiscutibile di lavoro autonomo".

Un'altra posizione, volta a ridimensionare la crisi del concetto di subordinazione, nega la necessità di riformulare la nozione codicistica. Alla parte di dottrina che considera la fattispecie descritta dall'art. 2094 c.c. troppo legata ad una specifica tipologia di lavoratore subordinato (l'operaio industriale) per poter attrarre sotto la propria disciplina le nuove fattispecie concrete - emergenti dal contesto sociale in continua evoluzione e non sufficientemente protette - si risponde spostando il fuoco sulla normativa applicabile. Viene fatto notare che, se da un lato la qualificazione di un rapporto come subordinato non comporta "di per sé l'applicazione dell'intera disciplina tipica"¹⁸⁵, come ad esempio nel caso della normativa applicata ai lavoratori subordinati dirigenti, dall'altro

¹⁸⁴ Ibidem, p. 97.

¹⁸⁵ Carinici, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Diritto del lavoro*, cit., p.19 ss.

particolari rapporti qualificati come autonomi possono, in ragione di specifiche connotazioni socio-economiche, vedersi riconoscere l'applicazione di istituti nati a tutela del lavoro subordinato. E' sufficiente pensare alla modifica dell'art. 409 c.p.c. terzo comma, prevista dalla legge n. 533 del 1973, che estende la tutela processuale prevista per i lavoratori subordinati alle prestazioni d'opera continuative e coordinate a carattere prevalentemente personale.

Alla luce di questa considerazione, è possibile sostenere come l'estensione delle tutele del diritto del lavoro non passi necessariamente da una rimodulazione nella nozione di lavoro subordinato. Tipici istituti di tutela previsti per il lavoro subordinato sono dunque applicabili a particolari categorie di lavoro autonomo senza per questo intaccare la definizione codicistica di lavoro subordinato. Secondo questa prospettiva sarebbe necessario distinguere, "per non generare pericolose commistioni di piani e confusioni di ruoli"¹⁸⁶, il fenomeno dell'ampliamento dell'area di tutela dal processo di qualificazione della fattispecie. Verrebbe così meno uno degli argomenti più forti a sostegno della necessità di una riformulazione della nozione di subordinazione prevista dall'art. 2094 c.c.

Anche gli autori più scettici rispetto alla crisi del concetto di subordinazione non possono però negare i profondi processi di cambiamento che attraversano il mercato del lavoro né evitare di interrogarsi sulle conseguenze che questi cambiamenti producono nel rapporto di lavoro. Lo stesso Spagnuolo Vigorita rileva come l'esercizio del contropotere sindacale ed il crescente articolarsi "dei modi esplicativi dell'attività lavorativa" mettano in discussione il diritto del lavoro e la nozione di subordinazione in quanto fondati su una disparità di potere tra i contraenti del rapporto di lavoro e funzionali alla tutela di un soggetto debole. Si fa notare, infatti, come in uno scenario in cui acquistano maggiore rilievo dinamiche di "conflitto di poteri" rispetto a quelle di

¹⁸⁶ D'Antona, *I mutamenti del diritto del lavoro e i problemi della subordinazione*, cit.

“disparità di poteri” tra le parti del contratto intorno alle quali è nato e si è sviluppato il diritto del lavoro, occorra ripensare e ricalibrare, secondo un principio di adeguatezza, la corposa disciplina di tutele costruitasi intorno al social-tipo dell’operaio industriale¹⁸⁷.

Di particolare interesse sul tema della crisi del concetto di subordinazione è poi la riflessione di Massimo D’Antona. Secondo questo autore occorre distinguere due funzioni principali attribuite al concetto di subordinazione.

Da un lato, quella di subordinazione quale porta d’accesso alla disciplina protettiva del diritto del lavoro. Una funzione che, come abbiamo già evidenziato, secondo l’autore mantiene, grazie alle caratteristiche di flessibilità e opacità della nozione, integrate dallo spazio lasciato all’interpretazione giurisprudenziale, la capacità di fronteggiare le nuove forme di lavoro. Dall’altro, quella di subordinazione quale “fondamento dell’autonomia del diritto del lavoro”. Un settore dell’ordinamento, quest’ultimo, dotato di caratteri specifici rispetto al diritto civile. Subordinazione dunque quale “paradigma dei valori costitutivi del diritto del lavoro” e, allo stesso tempo, quale “giustificazione politica del discrimine” tra lavori protetti, caratterizzati da una disparità di poteri tra datore e prestatore, e lavori “in regime di mercato”, per i quali si presume che il lavoratore sia in grado di tutelarsi autonomamente.¹⁸⁸

L’appannamento del social-tipo lavoratore subordinato e la crisi dell’unitarietà del concetto di subordinazione; la *permeabilità* del confine tra lavoro subordinato e autonomo, il conseguente indebolimento della *ratio* distintiva tra le due fattispecie e della relativa collocazione nel “mondo delle garanzie” o nel “mondo del mercato”; il processo di

¹⁸⁷ Spagnuolo Vigorita, *Le apparenti contraddizioni del nostro ordinamento in tema di subordinazione*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p.93.

¹⁸⁸ D’Antona, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 44.

differenziazione delle forme contrattuali e il venir meno della tensione verso l'universalità delle tutele del diritto del lavoro, tutti questi aspetti, secondo Massimo D'Antona, sarebbero il segno di una crisi più profonda della nozione di subordinazione. Una crisi che investe la seconda funzione descritta dall'autore, ovvero, quella di subordinazione quale fondamento dell'autonomia del diritto del lavoro.¹⁸⁹

Su diverse posizioni si colloca la riflessione di Mario Grandi il quale, pur riconoscendo legittimità alle critiche mosse intorno ai modi o alle formule, storicamente condizionati, con cui viene espressa la nozione di subordinazione, solleva forti dubbi rispetto agli autori che ne mettono in discussione la funzione di elemento discriminante per qualificare uno specifico modo di lavorare, meritevole di particolari tutele, all'interno del mercato del lavoro. Grandi sottolinea come il lavoro subordinato abbia attraversato un'evoluzione che l'ha allontanato dalle accentuazioni gerarchiche e corporative ancora presenti nel codice civile del 1942, consolidando caratteristiche tecnico-funzionali più compatibili con la Costituzione e, in particolare, con la tutela della personalità e della libertà del lavoratore. L'elemento della soggezione è stato nel tempo fortemente attenuato, lasciando spazio ad una pluralità di sottotipi caratterizzanti ciascuno deviazioni rispetto alla struttura tipica del rapporto. In questo processo, tuttora in evoluzione, la nozione di subordinazione ha dimostrato una "capacità dinamica di ambientazione" sia rispetto alle nuove fattispecie che in relazione alle mutate condizioni organizzative del lavoro. La diffusione di forme di lavoro "flessibili" non ha per il momento ancora messo in discussione il ruolo predominante del lavoro subordinato tipico. Questa osservazione, secondo l'autore, troverebbe conferma non solo grazie al dato di prevalenza quantitativa del lavoro subordinato tipico rispetto a quello flessibile, ma anche nelle caratteristiche della legislazione lavoristica. Rapporti flessibili rispetto alla disciplina ordinaria, come il

¹⁸⁹ Ibidem, p. 46.

contratto di formazione¹⁹⁰ o quello a tempo parziale¹⁹¹, infatti, non sostituiscono la disciplina generale, ma si limitano a integrarla e a modificarla in relazione alle specifiche caratteristiche che li contraddistinguono. Nei punti in cui la disciplina dei rapporti flessibili non sia derogata da norme speciali, resta quella del modello standard. Tutti i processi di differenziazione, selettività e flessibilità delle discipline di tutela, che si riverberano su una maggiore articolazione tipologica, non mettono dunque in discussione la tenuta del concetto tipico di subordinazione. Quest'ultimo resta ancora il punto di riferimento, il presupposto, "il quadro generale di fondo" in relazione al quale interpretare ed integrare tutti gli altri sottotipi.

Grandi, pur riconoscendo gli importanti cambiamenti che hanno interessato negli anni le forme del lavoro subordinato, non ritiene immaginabile, nel mercato del lavoro contemporaneo, un'organizzazione dell'attività lavorativa "che possa fare a meno del modo di lavorare alle dipendenze altrui"¹⁹². La subordinazione resta ancora dunque per l'autore un elemento ineludibile, nell'organizzazione produttiva contemporanea, e tecnicamente efficace, dal punto di vista giuridico, al fine di riconoscere il lavoro meritevole di tutela.

8. Il dualismo tra proposte pluraliste e proposte unitarie di ricostruzione della fattispecie

L'accesso dibattito intorno alla crisi della nozione di subordinazione ha portato nel corso degli anni Ottanta a far misurare diversi autori con

¹⁹⁰ Vedi art.3, comma 5, legge 863 del 1984.

¹⁹¹ Vedi art. 5, legge 863 del 1984.

¹⁹² Grandi, *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 90.

teorie che, anche rispetto al dibattito degli anni Sessanta, metteranno in discussione in maniera più profonda concezioni che sembravano ormai consolidate¹⁹³. Molteplici sono le proposte di ridefinizione del concetto di subordinazione, ma possiamo provare ad inquadrarle secondo due tensioni fondamentali. Da un lato, proposte volte a ricostruire la fattispecie in chiave pluralista, con una fattispecie forte a cui si affiancherebbero fattispecie tipiche minori, dall'altro proposte unitarie, che recuperano il senso di una sola nozione di subordinazione, resa però più elastica dall'impiego dell'approccio tipologico e dall'utilizzo degli indici di subordinazione elaborati dalla giurisprudenza al fine di rinvenire la fattispecie astratta.

I sostenitori delle ricostruzioni pluraliste evidenziano come le trasformazioni sociali e produttive che hanno interessato gli anni Ottanta abbiano scosso con forza la tenuta di una nozione di subordinazione basata su “esili dati normativi” e legata a “corposi referenti socio-economici”¹⁹⁴. In particolare in Italia, dove la nozione di subordinazione è stata frutto di un complesso processo storico di “livellamento”¹⁹⁵ verso una figura di lavoratore subordinato, quale operaio impiegato nelle imprese industriali di medie-grandi dimensioni, gli effetti della crisi della subordinazione si sono fatti sentire in maniera più intensa rispetto ad altri ordinamenti europei.

Questo “livellamento” emerge a partire dalla scelta operata dal legislatore di unificare il codice commerciale del 1865 e quello civile del 1882, dando poi una trattazione unitaria, nel medesimo libro, del diritto dell'impresa e del diritto del lavoro, della disciplina del lavoro subordinato

¹⁹³ Vardaro, *Subordinazione ed evolucionismo*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 101 ss.

¹⁹⁴ De Luca Tamajo, *La diversificazione della prestazione ai confini e nel cuore del lavoro subordinato*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 113.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p.114.

e del lavoro autonomo. Ne è così risultato un unico modello normativo di lavoro subordinato, indifferente sia alle peculiarità organizzative dell'impresa in cui viene esercitata l'attività lavorativa che alle modalità concrete nelle quali quest'ultima viene svolta. L'affermarsi della nozione "centripeta" di subordinazione proposta da Barassi a partire dai primi decenni del Novecento ha portato poi ad un livellamento della nozione giuridica intorno al referente sociale del lavoratore operaio impegnato in imprese di medie e grandi dimensioni.

Con l'introduzione successiva dello Statuto dei lavoratori questa tensione "accentratrice" intorno al modello del lavoratore subordinato della grande industria, con rapporto a tempo pieno e di durata indeterminata, sembra uscire ulteriormente rafforzata. A questo modello di lavoratore, come abbiamo già visto era legato un sistema di tutele e di trattamenti economici e normativi. Una disciplina che veniva applicata in modo compatto e non graduato. Questa impostazione, che ha tenuto per diverso tempo, si reggeva su una triangolazione tra tre elementi: un *referente sociale tipico*, il lavoratore sottoprotetto che metteva a disposizione le proprie energie in favore di un datore che deteneva i mezzi di produzione e che aveva potere direttivo e disciplinare nei confronti del prestatore; una *fattispecie astratta* costruita sulla base del referente sociale; un insieme di *tutele* che si attivava come effetto della riconducibilità del singolo rapporto di lavoro alla fattispecie astratta¹⁹⁶. Il rapporto tra questi tre elementi interdipendenti, definito nei termini di una "circolarità senza residui", garantiva un buon equilibrio, nella individuazione delle tutele e nella loro applicazione attraverso il prototipo normativo, ad una classe di soggetti con comuni caratteristiche socio-economiche.

I processi di trasformazione che interessarono il mondo del lavoro, in particolare nel corso degli anni Ottanta, metteranno in seria difficoltà la tenuta di questa "circolarità". L'emergere di una pluralità di nuove figure

¹⁹⁶ Ibidem, p.115.

lavorative, caratterizzate da un intrecciarsi secondo inedite combinazioni dei tradizionali indici di autonomia e subordinazione, nonché il mutare di alcune caratteristiche della stessa prestazione tipica di lavoro subordinato, produrranno una disgregazione del referente sociale tipico mettendo in questo modo in crisi l'unitarietà della fattispecie astratta e la compattezza dei suoi effetti. Si assiste così ad una deformazione della tradizionale "unità aristotelica" di tempo, luogo e azione che caratterizza il lavoro subordinato¹⁹⁷, l'innovazione tecnologica consente una maggiore flessibilità nelle modalità in cui si estrinseca la prestazione e attenua l'intensità della soggezione del lavoratore al datore di lavoro¹⁹⁸.

Questa tendenza pare trovare conferma nell'azione del legislatore che proprio nel corso degli anni Ottanta, istituirà nuove forme di lavoro subordinato. E' sufficiente qui pensare alla previsione del lavoro part-time, del contratto di formazione e lavoro, dei contratti di solidarietà, della nuova disciplina dei contratti a termine o dell'apprendistato. Tutte forme contrattuali tese a rendere più duttile l'utilizzazione del lavoro subordinato all'interno dell'impresa. Stessa tendenza interesserà le parti sociali che apriranno ad una maggiore flessibilizzazione e personalizzazione di tempi e orari della prestazione¹⁹⁹.

All'interno dell'area tradizionale del lavoro subordinato cominciano così a convivere prestazioni profondamente differenziate dal punto di vista dell'eterodirezione del lavoratore, o dell'organizzazione temporale, o ancora con riguardo alla distinzione tra obbligazione di risultato e di mezzi.

Tutti questi mutamenti finiscono per sdrammatizzare la netta dicotomia tra lavoro autonomo e subordinato ben oltre la tradizionale

¹⁹⁷ Veneziani, *Il lavoro e i lavori*, Intervento, in *Lav. dir.*, 1989, p. 198.

¹⁹⁸ Carinci, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1985, p.221.

¹⁹⁹ Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Vol. 1, Milano, 1984, p. 331.

“zona grigia” o “di confine” tra le due fattispecie, arrivando a toccare il cuore del riferimento tipico del lavoro subordinato: il lavoro alle dipendenze della grande impresa industriale. Viene messa in dubbio l’efficacia di una disciplina unitaria della subordinazione e cresce, per gli autori “pluralisti”, l’esigenza di una differenziazione delle tutele con l’obiettivo di adeguarle per quantità e qualità alle esigenze dei diversi lavori subordinati.

E’ in questo quadro che subitò un duro attacco la “vocazione egemonica”²⁰⁰ del concetto classico di subordinazione in favore di una sua accezione “al plurale”²⁰¹ in grado, secondo i sostenitori, di meglio “digerire” le trasformazioni che più di recente avevano interessato il mondo del lavoro.

Tra i fautori più convinti del superamento di una fattispecie unitaria di subordinazione, va sicuramente menzionato Pietro Ichino, il quale ricostruisce tre differenti fattispecie di lavoro subordinato distinte sulla base delle esigenze di sicurezza del prestatore e alle quali vengono riconosciute specifici livelli di tutela. La prima comprende tutti i rapporti di lavoro, subordinati e autonomi, con carattere prevalentemente personale; la seconda fa riferimento ad un’accezione di lavoro dipendente più ampia rispetto a quella prevista dall’art. 2094 c.c. , in grado di abbracciare anche le prestazioni personali, continuative e coordinate; la terza definisce poi il lavoro subordinato in senso stretto, eterodiretto e inserito all’interno dell’organizzazione d’impresa²⁰². Questa proposta muove dall’idea che, essendo impossibile individuare un trattamento minimo uniforme a tutti i lavoratori subordinati, non sia necessario nè utile sforzarsi di ricostruire una figura generale di subordinazione²⁰³. In una prospettiva più ampia,

²⁰⁰ Ghezzi, Romagnoli, *il rapporto di lavoro*, cit., p. 52.

²⁰¹ Rossi, *Il lavoro al plurale*, in *Questione giustizia*, 1975, n.1, p. 112 ss.

²⁰² Ichino, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 263 ss.

²⁰³ *Ibidem*, p.60

secondo Ichino, i concetti di autonomia e subordinazione restano punti di riferimento ineludibili ai fini della qualificazione della prestazione di lavoro, ma vanno interpretati come “due insiemi di fenomeni giuridici composti e articolati al loro interno, cui corrispondono funzioni economico-sociali diverse”²⁰⁴. Non essendo possibile, secondo l’autore, dare una definizione unitaria di autonomia e subordinazione, i due concetti vanno interpretati come sistemi composti da diversi sotto-insiemi collegati tra loro in una catena continua da caratteri tipici comuni che rendono possibile il collegamento tra le diverse fattispecie rendendole così riconducibili a uno dei due sistemi²⁰⁵. In questo quadro interpretativo, la subordinazione prevista dall’art. 2094 del codice civile non rappresenterebbe più la nozione generale di subordinazione, ma uno dei modi o sottoinsiemi in cui essa può articolarsi²⁰⁶.

Va ricordato che l’impostazione “pluralista” caratterizzava una componente minoritaria della dottrina, la parte prevalente infatti prediligeva, seppur con sfumature diverse, un approccio unitario alla ricostruzione della nozione di subordinazione. Gli autori appartenenti a questa seconda corrente riconoscevano i cambiamenti che portava con sé la società c.d. post-industriale, sia dal punto di vista dell’organizzazione produttiva sia per quanto riguardava gli assetti connotativi della base sociale, ma esprimevano perplessità rispetto ad un’immediata risposta che riformulasse l’inquadramento teorico della materia lavoristica e una revisione della normativa ad essa collegata²⁰⁷. Veniva, infatti sottolineato, il rischio di costruire nuove teorie generali e sistematizzazioni della materia sulla fragile base di fenomeni ancora marginali e comunque

²⁰⁴ Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, cit., 9 ss.

²⁰⁵ Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie*, cit., p. 22

²⁰⁶ Ichino, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., p.123

²⁰⁷ Grandi, *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, cit. , p. 77

instabili per natura, come i nuovi lavori, le nuove professioni o più in generale le nuove fenomenologie di rapporti e prestazioni. Questa almeno era l'impostazione di chi difendeva una nozione unitaria di subordinazione ancora incentrata sull'art. 2094 del codice civile al quale veniva riconosciuta una "straordinaria capacità di adattamento"²⁰⁸ e di ambientazione rispetto ai nuovi rapporti e alle nuove condizioni organizzative di lavoro²⁰⁹.

Altri autori individuano la risposta ai mutamenti che attraversavano il mercato del lavoro, e in particolare la prestazione di lavoro subordinato, non tanto in una differenziazione delle fattispecie di subordinazione, quanto in un'adeguata graduazione delle tutele che non mettesse in discussione "gli strumenti dogmatici tradizionali"²¹⁰. Secondo questa impostazione si sarebbe dovuto recuperare il metodo sussuntivo rispetto a quello tipologico nella qualificazione della fattispecie concreta e sarebbe stato necessario distinguere due momenti: quello della qualificazione, attraverso gli strumenti della dogmatica tradizionale, e quello della scelta della disciplina applicabile, con la possibilità in questo secondo momento di scegliere lo *standard* protettivo più adeguato. La scelta della disciplina applicabile più adeguata non avrebbe comportato dunque la frantumazione della fattispecie in tanti sottotipi quante sono le discipline applicabili²¹¹. Seguendo questo percorso interpretativo si sarebbe arrivati ad una fattispecie astratta di subordinazione unitaria non più forte, alla quale veniva ricollegato in blocco il massimo regime di tutela, ma "debole" o

²⁰⁸ Carinci, in AA.VV., Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione e autonomia, Bari, 1997, p.138

²⁰⁹ Grandi, *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p.90-91

²¹⁰ Ghera, *La subordinazione tra tradizione e nuove proposte*, in *Giorn. Dir. lav. rel. Ind.*, 1988, p.569 ss.

²¹¹ Vardaro, *Subordinazione ed evolucionismo*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, cit. 1989, p.107.

minima, ovvero “comprensiva di tutta l’articolata strutturazione dei rapporti di lavoro possibili, anche al di sotto della previsione codicistica”²¹² e alla quale si sarebbe dovuto ricollegare un regime minimo di tutela inderogabile.

Uno dei tentativi più originali di ricostruzione in termini unitari della fattispecie lavoro subordinato è rappresentato dall’importante monografia di Marcello Pedrazzoli “Democrazia industriale e subordinazione”²¹³. Pedrazzoli teorizza un collegamento organico tra la condizione e lo *status* di lavoratore subordinato e i processi di partecipazione sindacale. La subordinazione sarebbe dunque rinvenibile nel contropotere di “coalizione” che i lavoratori, attraverso la negoziazione collettiva, oppongono al potere del datore di disporre del lavoro altrui. Questo particolare rapporto bilaterale tra datore e coalizione viene considerato come un “connotato strutturale, un elemento essenziale” della fattispecie lavoro subordinato²¹⁴. Ne emerge un tipo normativo distinto rispetto al lavoro autonomo e caratterizzato da una struttura modulabile dalle parti in diversi sottotipi dei quali l’articolo 2094 c.c. non è che una delle possibili espressioni. E’ come se l’autore nell’evidenziare il tratto di bilateralità del rapporto tra datore e coalizione legittimasse una maggiore disponibilità delle parti nel modulare l’assetto di interessi che può caratterizzare i diversi sottotipi e le diverse discipline applicabili, con il rischio, secondo alcuni²¹⁵, di rendere più instabile la qualificazione del rapporto di lavoro.

Sebbene suggestiva questa interpretazione si è rivelata, però, per la dottrina più critica, poco efficace ai fini di risolvere i problemi legati al

²¹² Gaeta, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, cit., p. 216; Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione*, cit., p. 327 ss.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 177.

²¹⁵ Ballestrero, *Il lavoro e i lavori. Intervento*, in *Lav. dir.*, 1988, p. 207 ss.

processo qualificatorio della fattispecie e alla distinzione tra lavoro autonomo e subordinato.

Infine, in dottrina c'è chi, come Mariucci, ha sostenuto la necessità di un intervento legislativo eteronomo che non abolisse ma riformasse la nozione codicistica della quale non veniva messa in discussione l'utilità stessa ma l'adeguatezza²¹⁶.

In questo intenso dibattito tra sostenitori di una nozione unitaria e sostenitori di una nozione "plurale" di subordinazione si inserisce la riflessione di Massimo D'Antona, per il quale il dibattito in esame, come del resto quello tra chi sostiene la crisi del concetto di subordinazione e chi ne difende la tenuta, rivela in realtà una crisi di identità del diritto del lavoro che pone problemi più ampi rispetto ad una riflessione più o meno critica sull'articolo 2094 c.c. Occorre, secondo l'autore, infatti, interrogarsi a livello di teoria generale su cosa si intenda per lavoro e quali dovrebbero essere i caratteri giuridici fondamentali dell'istituto. D'Antona quando parla di lavoro come istituto intende un concetto positivo, oltre la caratterizzazione negativa del concetto di subordinazione, in grado di individuare le condizioni, fenomeni collettivi di rappresentanza e contrattazione riconosciuti dalla legge, e le ragioni, bisogni tipici e comuni di sicurezza sociale, di un ordinamento protettivo che differenzi l'istituto del lavoro rispetto alle attività economiche personali che non implicino "relazioni di potere, dipendenza e integrazione nella produzione"²¹⁷.

In questo modo, sarebbe possibile individuare con maggiore chiarezza teorica il corpo dei principi comuni e delle garanzie fondamentali connesse all'istituto e, di conseguenza, lo spazio disponibile in termini di

²¹⁶ Mariucci, *Subordinazione e itinerari della dottrina*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, cit.1989, p. 73-74.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 48.

coerenza ed equità per l'articolazione delle differenze che caratterizzano il mondo dei lavori subordinati²¹⁸.

Viene posto dunque dall'autore il tema di una teoria generale del lavoro quale premessa necessaria al fine di governare il complesso processo di differenziazione delle discipline protettive e della fattispecie lavoro subordinato.

²¹⁸ D'Antona, *La subordinazione e oltre, una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 47.

Capitolo quarto

LE NUOVE SFIDE DEL DIRITTO DEL LAVORO NEGLI ANNI '90

1. Il mercato del lavoro e il mutato contesto economico

Nel corso degli anni 90, le trasformazioni, che avevano interessato e messo sotto *stress* il sistema produttivo e il mercato del lavoro italiano a partire dalla fine degli anni 70, divengono ancora più profonde e acquistano una compiuta dimensione internazionale.

La piena liberalizzazione dei movimenti di capitale e la diffusione a livello globale di ulteriori tecnologie informatiche e telematiche avevano stimolato una maggiore integrazione del mercato internazionale.

L'incremento del commercio internazionale e l'emergere di nuovi Paesi esportatori in grado di produrre con un costo del lavoro sensibilmente più basso rispetto alle storiche potenze occidentali aveva spinto verso la crisi i settori industriali italiani più esposti alla concorrenza estera. I processi di delocalizzazione all'estero di molte imprese nostrane, sebbene in grado nel breve di alleviare i costi della manodopera rispetto alla concorrenza estera, non hanno certamente aiutato a sostenere i livelli occupazionali nè accelerato gli investimenti in innovazione necessari ad una strategia più solida di sviluppo.

Per quanto riguarda poi i modelli di produzione e organizzazione industriale, il modello "post-fordista" si afferma come tendenza trainante rispetto alla vecchia organizzazione "taylorista-fordista". Questo nuovo modello è caratterizzato da una costante tensione all'innovazione del prodotto, dalla necessità di un capitale umano mediamente più qualificato e chiamato ad una

partecipazione più attiva al fine di conseguire gli obiettivi produttivi. L'impresa doveva essere in grado di rispondere in maniera rapida e flessibile ai continui mutamenti della domanda in un mercato sempre più complesso e cresce, con l'obiettivo di circoscrivere i rischi legati alla produzione, la propensione ad esternalizzare le attività non rientranti nel cd. *core business*. Continuava intanto a crescere il numero di addetti nel settore dei servizi e, in particolare, in quelli ad alto tasso tecnologico. Il processo di integrazione europea, proprio nei primi anni Novanta e in particolare con il Trattato di Maastricht, firmato il 7 febbraio 1992 ed in vigore dal 1° novembre 1993, aveva segnato una tappa importantissima per quanto riguardava l'integrazione economica. L'Italia avrebbe dovuto porre un forte freno alle politiche di indebitamento per finanziare la spesa pubblica e alle svalutazioni monetarie per dare ossigeno alle esportazioni virando verso un difficile percorso di risanamento dei conti pubblici. Il sistema produttivo italiano, per mettersi sui binari della crescita senza poter più contare come in passato sul forte sostegno della spesa pubblica, avrebbe dovuto fare i conti con la propria produttività sulla quale veniva misurata la capacità di competere rispetto ai mercati internazionali. Ma le difficoltà non erano solo dell'Italia, in discussione veniva messo il modello economico europeo-continentale che stava dando *performance*, alla prova della globalizzazione, inferiori rispetto al modello economico "anglosassone" di Stati Uniti e Gran Bretagna. Cominciarono così a trovare un forte consenso voci critiche rispetto a quelli che erano considerati eccessi di garanzie e di regolazioni che caratterizzavano i Paesi dell'Europa continentale, eccessi che avrebbero rallentato e reso più difficoltosa la crescita economica e la produttività dei sistemi industriali di questi paesi. Il diritto del lavoro in questa prospettiva veniva considerato come un esempio di fattore frenante rispetto all'elasticità e ai repentini mutamenti della domanda, foriero di un eccessivo carico di costi per le imprese e in definitiva disincentivante rispetto all'obiettivo di promuovere nuove assunzioni. Sarà proprio il binomio rigidità-disoccupazione una

delle argomentazioni più efficaci che i critici del diritto del lavoro, inteso nel suo impianto tradizionale, porteranno a sostegno dell'esigenza di una maggiore flessibilità in grado di investire la disciplina delle assunzioni, quella dei licenziamenti, l'attribuzione delle mansioni e la determinazione dei livelli retributivi nonché dell'orario di lavoro. Questa esigenza si traduceva in proposte che tendevano ad attenuare le garanzie previste dalla legge restituendo maggiori spazi derogatori all'autonomia delle parti nel rapporto di lavoro. Alcuni autori, come Pietro Ichino, avevano poi sottolineato come talune garanzie, si pensi in particolare al diritto di reintegrazione in materia di licenziamento previsto dall'articolo 18 dello Statuto di Lavoratori, e l'azione sindacale stessa fossero espressione di una vera e propria "difesa corporativa" degli *insider* (assunti a tempo indeterminato) rispetto agli *outsider* (disoccupati e inoccupati), con effetti negativi rispetto alla possibilità di questi ultimi di accedere al mercato del lavoro stabile. Non solo, alle critiche dal punto di vista economico si aggiungevano critiche di tipo socio-culturale che evidenziavano come l'apparato di tutele previsto dal diritto del lavoro non fosse adeguato ad una società molto più articolata, caratterizzata da una maggiore mobilità sociale e da stili di vita improntati ad un maggiore individualismo. Le istanze di autonomia del lavoratore nel determinare le condizioni del contratto di lavoro assumevano maggiore rilievo rispetto al passato. Cominciava a porsi il tema di forme di tutela non più incentrate sul solo contratto, ma che interessavano il lavoratore nella dimensione più ampia del mercato del lavoro con particolare attenzione alla ricollocazione, alla formazione e alla continuità reddituale dello stesso.

Naturalmente furono numerose le voci, anche in dottrina, che si opposero a queste letture critiche del tradizionale modo di intendere il diritto del lavoro. Veniva contestata come priva di prove l'equazione tra maggiore rigidità e minor occupazione ed efficienza del mercato del lavoro, si replicava inoltre che il tema della diseguaglianza sociale e contrattuale del lavoratore subordinato restasse di piena attualità e

interessasse direttamente anche le forme contrattuali più recenti, e particolarmente precarie, che andavano emergendo nell'area grigia tra subordinazione ed autonomia. Dal punto di vista culturale, si rifiutava poi la rassegnazione alle crescenti istanze individualiste sottolineando l'esigenza di promuovere valori solidaristici nell'interesse dei lavoratori.

In definitiva, è possibile osservare come il dibattito negli anni 90, rispetto agli anni 80, si fosse tutt'altro che consolidato su posizioni condivise, anzi, l'approfondirsi dei mutamenti economici e sociali aveva messo ancora più in evidenza le differenze interpretative che animavano il dibattito dottrinale che veniva continuamente interrogato sull'adeguatezza ai tempi e alle nuove istanze individuali degli assetti del diritto del lavoro.

In questo scenario, l'azione del legislatore, caratterizzata da scelte contraddittorie e spesso preoccupate di risolvere problemi più contingenti che strategici, non ha aiutato a stabilizzare e comporre il dibattito dottrinale. Lo sviluppo disordinato, attraverso il "succedersi alluvionale di successive stratificazioni normative non sempre armonizzabili tra loro"²¹⁹ ha portato con se sia istanze volte ad assecondare le spinte ad una maggiore flessibilità, che istanze interessate a rafforzare ed estendere l'assetto delle garanzie. In tema di flessibilità la cd. "via italiana"²²⁰ è stata segnata dalla ricerca, in continuità con quanto avvenuto negli anni precedenti, di un consenso sindacale sia a livello di concertazione legislativa sia per quanto riguarda la gestione aziendale delle misure di flessibilità. Numerosi sono stati gli interventi in questo senso sono stati gli interventi legislativi. la legge n.223 del 1991 in tema di licenziamenti collettivi; la definitiva abolizione della "scala mobile" nel 1992; la legge n.196 del 1997, "legge Treu", con la quale è stata disciplinata la fornitura di lavoro temporaneo (cd. interinale), si è resa possibile una modulazione

²¹⁹ Del Punta, *Diritto del lavoro*, cit., p.74.

²²⁰ *Ibidem*.

più flessibile degli orari di lavoro e si sono rilanciati i contratti di apprendistato e gli *stage*; il superamento del sistema di collocamento pubblico e l'apertura ai privati del mercato dell'intermediazione della manodopera (d.lgs. n. 469 del 1997 e legge n.606 del 1998); l'importante riforma del pubblico impiego con l'applicazione allo stesso del regime legislativo e contrattuale del diritto privato. Tutti questi interventi, improntati ad una maggiore flessibilità, hanno convissuto con leggi volte a rafforzare ed estendere il regime protettivo del lavoro subordinato. Basti pensare alla legge n. 108 del 1990 che ha esteso in parte alle imprese di piccole dimensioni, il regime

protettivo previsto per i lavoratori illegittimamente licenziati delle imprese medio-grandi; alla legge n. 125 del 1991 contenente azioni positive per le donne lavoratrici; al d. lgs. n.626 del 1994 in tema di sicurezza nell'ambiente di lavoro e tutela della salute; al d.lgs. n.61 del 2000 sul contratto di lavoro a tempo parziale; alla legge n. 53 del 2000 in materia di congedi formativi, familiari e parentali.

I diversi interventi ricordati rivelano come l'azione del legislatore nel corso degli anni Novanta fosse difficilmente riconducibile ad un chiaro disegno unitario. In parte questo aspetto si deve, oltre che alla difficile gestione di una fase di trasformazione del sistema produttivo e di raggiungimento di una dimensione globale dei mercati internazionali, alla divisione che animava il dibattito interno alla sinistra italiana, sia quella sindacale e politica, che quella dottrinale. Si distinguevano con particolare riferimento alla dottrina due impostazioni rispetto ai mutamenti in essere nel mondo del lavoro. La prima, caratterizzata dalla stabilità del modello antropologico di lavoratore subordinato di riferimento e scettica verso contaminazioni di tipo economico ed efficientiste, si adoperava per estendere il più possibile l'applicazione della disciplina protettiva prevista per il lavoro subordinato, cercando di contenere il processo di differenziazione tipologica delle fattispecie con particolare riferimento a quelle più flessibili. Inoltre portava avanti un'impostazione ancora

conflittuale del rapporto tra capitale e lavoro risultando conseguentemente più scettica verso forme di partecipazione e corresponsabilizzazione del lavoratore in azienda come già avveniva, ad esempio, in Germania. Questi autori venivano definiti, prendendo a prestito la celebre definizione di Umberto Romagnoli, come “ortodossi”²²¹. Sul fronte opposto troviamo invece autori che, davanti a fenomeni già ricordati come la transizione in una dimensione globale verso una società post-industriale, il superamento del modello di produzione fordista-taylorista, il sempre maggiore apporto delle tecnologie informatiche, mettevano in discussione il ruolo, l’ambito di applicazione e le tecniche di protezione del diritto del lavoro. In particolare ci si interrogava sulla sempre meno chiara distinzione tra lavoro autonomo e subordinato, su un’applicazione di tutele oltre l’area del lavoro subordinato e su come questa estensione avrebbe impattato sul rigido regime di tutela prevista per il lavoratore subordinato tradizionali. Ci si chiedeva poi se oltre all’impiego di norme inderogabili, il regime protettivo potesse avere una proiezione oltre il contratto prevedendo tutele per la persona del lavoratore anche nel mercato del lavoro²²². In generale questi autori che possiamo definire con il nome di “riformisti”, erano più disponibili a mettere in discussione istituti e tecniche ormai consolidate della materia lavoristica, alla ricerca di nuove soluzioni capaci di affrontare con realismo le nuove forme di lavoro, le differenziate esigenze di tutela, senza temere contaminazioni con il pensiero economico e senza voler rifiutare l’ineludibile sfida della flessibilità che si poneva come uno degli ingredienti necessari per far crescere quella produttività di cui tanto aveva bisogno il sistema industriale italiano.

²²¹ Tra questi possiamo menzionare sicuramente Giovanni Alleva, Luigi Mariucci, Mario Giovanni Garofalo, Giorgio Ghezzi.

²²² Ichino, *Diritto del lavoro nell’Italia repubblicana*, cit., p. 288 ss.

2. La ripresa del dibattito nei primi anni '90

2.1 Lo spazio riconosciuto all'autonomia delle parti nel contratto di lavoro

Il dibattito dottrinale nei primissimi anni Novanta è segnato da due importanti convegni nei quali l'attenzione degli interpreti si concentra sul tema dell'autonomia negoziale delle parti nel contratto di lavoro²²³. Negli anni precedenti diverse sentenze della Corte di Cassazione²²⁴ sembravano tendere a una maggiore valorizzazione della volontà delle parti nel procedimento di qualificazione del contratto, con particolare riguardo a quei contratti che venivano considerati come di incerta qualificazione. In dottrina, questo indirizzo giurisprudenziale ha trovato un importante interlocutore in Pietro Ichino, il quale, nella sua monografia del 1989, in tema di volontà negoziale della parti²²⁵, considera l'autonomia individuale quale "garanzia di emersione e tutela giuridica di esigenze che possono essere (e sovente sono) ignorate o sottovalutate dal legislatore e dalle associazioni sindacali nella determinazione di modelli *standards* di tutela"²²⁶. Non solo, Ichino propone di guardare alla *capitis deminutio* operata dal diritto del lavoro, rispetto all'autonomia negoziale della parti, in una dimensione dinamica. Per l'autore l'intervento della norma inderogabile di diritto del lavoro è un intervento eccezionale rispetto al diritto comune dei contratti e si giustifica solo in risposta alle particolari

²²³ Ci si riferisce qui al seminario "*Diritto del lavoro e categorie civilistiche*", tenutosi a Roma nel 1990 e al Convegno tenutosi a Udine l'anno seguente: AA.VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Atti del congresso nazionale AIDLASS, Udine, 10-12 maggio 1991, Giuffrè 1994.

²²⁴ Vedi: Cass. 1714/87; Cass. 5158/88; Cass. 5437/88; Cass. 6439/88; Cass. 6616/88.

²²⁵ Ichino, *Rilevanza della volontà negoziale ai fini della qualificazione del contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1989.

²²⁶ Ibisem, p. 39 ss.

distorsioni e asimmetrie che caratterizzano il rapporto e il mercato del lavoro. Non solo, questo intervento eccezionale del diritto del lavoro rispetto al diritto civile va considerato come provvisorio in quanto essendo lo Stato, come previsto al secondo comma dell'articolo 3 della Carta Costituzionale, tenuto ad adempiere all'obbligo di rimozione delle disuguaglianze sostanziali, tali disuguaglianze saranno destinate, se non a sparire, quanto meno a modificarsi, con ricadute, in ambito lavoristico, sulle asimmetrie tipiche del rapporto e del mercato del lavoro. Al variare del grado di asimmetria che caratterizza il mercato del lavoro, secondo l'autore, deve corrispondere un adeguato rimodularsi degli spazi riservati all'autonomia delle parti nel contratto di lavoro. Ichino si spinge ad affermare che la *capitis deminutio* (rispetto all'autonomia negoziale della parti) "è costituzionalmente legittima solo in quanto contromisura congrua e proporzionata rispetto alla distorsione che si verifica nel mercato del lavoro"²²⁷ in un determinato momento storico. E' evidente come questa impostazione interpretativa metta in discussione in profondità, richiamandosi direttamente ai principi costituzionali, l'idea di un assetto stabile e conservativo del diritto del lavoro e dell'apparato di tutele e garanzie che porta con se. Ne emerge, al contrario, un'idea di ordinamento caratterizzato da una costante e graduale evoluzione, fatta di adeguamenti e modifiche parziali, volte a rimodulare l'eccezione lavoristica in relazione al grado di libertà sostanziale del lavoratore nell'esercizio della propria autonomia negoziale.

Tornando ai citati convegni dell'inizio degli anni Novanta, quello del 1991, tenutosi a Udine, è introdotto dalle relazioni in tema di autonomia individuale di Oronzo Mazzotta e Massimo D'Antona. Per il primo autore, il tema di una rivalutazione dell'autonomia individuale si ridurrebbe ad una

²²⁷ Ichino, *Il percorso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, relazione al convegno dell'associazione dei civilisti italiani, 2 dicembre 2011, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, p. 63 ss.

“se pur minima, elasticizzazione del procedimento di qualificazione in situazioni che presentano tratti di particolare ambiguità”²²⁸. Secondo questo autore, inoltre, il tema dell’autonomia individuale, nel momento in cui viene tradotto in proposte di merito, si rivela più prossimo ad un’attenzione per i temi legati alla dignità della persona del lavoratore che non ad una riscoperta della sua individualità²²⁹. Più attenta a cogliere le potenzialità del tema in oggetto pare invece essere la relazione di D’Antona che riconosce lucidamente la sfida posta da un diritto del lavoro più autonomo e individuale e si interroga su un possibile “assetto normativo del rapporto di lavoro più adattabile agli interessi e ai bisogni del lavoratore in carne ed ossa, che a quelli del lavoratore astratto e massificato del quale ci parlano leggi e contratti collettivi”²³⁰

Guardando al dato normativo e alla giurisprudenza però lo spazio di autonomia riservato alle parti del contratto di lavoro subordinato rimane uno spazio particolarmente angusto. La rigidità, intesa come l’assetto di interessi non disponibile per le parti e predeterminato dalla disciplina inderogabile, non opera solo a livello di scelta dello schema negoziale, ma entra nel contenuto stesso delle pattuizioni²³¹. Ove l’interprete ravvisi l’operatività di clausole al di sotto degli *standard*, è prevista una sostituzione automatica delle stesse con la disciplina inderogabile di legge o di contratto collettivo.

L’interprete dunque è chiamato a confrontarsi non tanto con il nome attribuito al contratto o con lo schema astrattamente scelto, ma con il

²²⁸ Mazzotta, *Diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2012; Id., *Autonomia e sistema del diritto del lavoro*, in AA.VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Atti del congresso nazionale AIDLASS, Udine, 10-12 maggio 1991, Giuffrè 1994.

²²⁹ Ibidem.

²³⁰ D’Antona, *L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in AA.VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, cit. 1994, p. 64.

²³¹ Mazzotta, *Diritto del lavoro*, cit., p. 67.

comportamento delle parti nell'esecuzione del contratto di lavoro. L'esecuzione del contratto, più che le dichiarazioni delle parti, è dunque "l'elemento espressivo che consente di risalire alla premessa programmatica e di chiarire quale sia la relazione giuridica che ne costituisce il presupposto.

2.2 La rigidità del tipo contrattuale "lavoro subordinato" a seguito delle sentenze della Corte Costituzionale

Sempre nella prima metà degli anni '90 la Corte Costituzionale attraverso due storiche sentenze chiarirà come la rigidità del contratto di lavoro non operi solo nei confronti delle parti, ma vincoli direttamente, seppur in modo diverso, lo stesso legislatore.

Chiamata a pronunciarsi sulla legge n. 468 del 1993 che, al fine di evitare una proliferazione di contratti di lavoro subordinato con enti pubblici e il conseguente aggravio in termini di oneri per la finanza pubblica, stabiliva che comuni, province, comunità montane e altri enti non fossero "soggetti, relativamente ai contratti d'opera o per prestazioni professionali a carattere individuale da essi stipulati, all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti da leggi in materia di previdenza e di assistenza, non ponendo in essere, i contratti stessi, rapporti di subordinazione". Da subito gli interpreti si divisero su una doppia lettura della legge: chi sosteneva il carattere pleonastico della disposizione volta a ribadire come non potessero applicarsi a effettivi rapporti di lavoro autonomo oneri previdenziali e di assistenza previsti per i contratti di lavoro subordinato; chi sottolineava come il legislatore intendesse qualificare quali di lavoro autonomo anche quei contratti effettivamente subordinati posti in essere dagli enti sopra citati. Occorre osservare che questa seconda lettura sollevava non pochi problemi in merito alla libertà del giudice nel qualificare in concreto le fattispecie contrattuali previste dalla legge.

Diversi giudici di merito decisero di rimettere la questione alla Corte Costituzionale per violazione degli articoli 3, 35 e 38 della Costituzione. Si riteneva, infatti, come la disposizione di legge rimessa alla Corte di fatto neutralizzasse le garanzie previste per il lavoro subordinato impedendo al giudice di merito di qualificare quali subordinati rapporti che di fatto avrebbero potuto avere tale natura.

La Corte Costituzionale, con una sentenza interpretativa di rigetto, che sposava la prima lettura in chiave pleonastica della disposizione di legge, ha precisato come l'inderogabilità e l'eteronomia della tutela del lavoro subordinato siano principi di rango costituzionale e, di conseguenza, né l'autonomia contrattuale, né il legislatore possono consentire alle parti del contratto "di escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato. I principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia, infatti, sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti. Affinchè sia salvaguardato il loro carattere precettivo e fondamentale, essi debbono trovare attuazione ogni qual volta vi sia, nei fatti, quel rapporto economico-sociale al quale la Costituzione riferisce tali principi, tali garanzie e tali diritti. Pertanto, allorquando il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento – eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni stipulate e con il *nomen juris* enunciato – siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina allo stesso applicabile"²³².

Sulla medesima linea giurisprudenziale, la Corte si era già espressa in riferimento ad una legge della Regione Sicilia l'anno precedente²³³. In

²³² Corte Costituzionale, sentenza 31 marzo 1994 n. 115.

²³³ Corte Costituzionale, sentenza 29 marzo 1993 n. 121

detta legge veniva espressamente vietata al legislatore la possibilità di negare, *ex lege*, 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 principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato”.

Occorre a questo punto chiedersi, per cogliere a pieno la portata delle sentenze appena citate, cosa la Corte intenda per “quel rapporto economico-sociale al quale la Costituzione ”²³⁴ riserva specifici diritti e garanzie o per “rapporti che oggettivamente abbiano natura” subordinata²³⁵.

Una risposta a questo quesito sembra rinvenibile in una successiva sentenza della Corte²³⁶ relativa alla presenza della subordinazione nelle prestazioni dei soci di cooperative di lavoro, prestazioni che formalmente sono inquadrate attraverso un contratto associativo che esula dallo schema tipico del lavoro subordinato. La Corte coglie l’opportunità offerta dal caso sottopostole per enucleare un concetto di subordinazione in senso stretto al quale andrebbe ricollegata la normativa protettiva prevista per il lavoro subordinato. In particolare, vengono individuati due elementi distintivi della subordinazione in senso stretto: “l’alienità (nel senso di destinazione esclusiva agli altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione è utilizzata, e l’alienità dell’organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce. Quando è integrata da queste due condizioni, la subordinazione comporta l’incorporazione della prestazione di lavoro in un’organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo, essendo costituita per uno scopo in ordine al quale non ha

²³⁴ Corte Costituzionale S. 115/1994

²³⁵ Corte Costituzionale S. 121/1993

²³⁶ Corte Costituzionale, sentenza 12 febbraio 1996 n. 30

alcun interesse (individuale) giuridicamente tutelato”²³⁷. Alla luce di quest’ultima sentenza è possibile ricostruire un concetto di subordinazione fondato su una sintesi tra “l’elemento funzionale dell’inserimento del lavoratore nell’organizzazione dell’impresa e l’elemento strutturale della subordinazione socio-economica”²³⁸. Questa sintesi si estrinseca in una doppia alienità del lavoratore rispetto al risultato della prestazione e al controllo sull’organizzazione d’impresa. Pare da questa lettura della Corte uscirne dunque svalutato l’elemento discrezionale della subordinazione tecnico-giuridica che si realizza nel potere di direzione e controllo del datore sul prestatore. Dal punto di vista della rigidità della fattispecie, la Corte sembra poi evidenziare un duplice vincolo: da una parte, l’indisponibilità per la legge ordinaria di modificare diritti e garanzie previste per il lavoro subordinato a livello costituzionale – cd. limiti ontologici della nozione di subordinazione²³⁹ - e, dall’altra, l’impossibilità di qualificare diversamente per legge rapporti di lavoro aventi nel loro svolgimento concreto modalità riconducibili a prestazioni di lavoro subordinato. L’elemento della subordinazione emergente dal rapporto di fatto tra datore e prestatore non solo dunque rimane determinante al fine di qualificare la fattispecie, ma ne impone una qualificazione che non è disponibile al legislatore.

²³⁷ Ibidem

²³⁸ Ghera, *Il nuovo diritto del lavoro: subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, 2006, p. 123

²³⁹ Ichino, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro*, cit. p. 63

2.3 “Ortodossi” e “riformisti” di fronte alla questione della subordinazione

I due filoni di pensiero dottrinale “ortodosso” e “riformista”, già presentati in questo capitolo, si confronteranno inevitabilmente anche sul tema della subordinazione ma con un approccio differente rispetto all’articolato dibattito che aveva animato il decennio precedente. In particolare, si rileva con gli anni Novanta come il dibattito in materia di diritto del lavoro superi definitivamente l’ambito del solo lavoro subordinato. “Diversamente dagli anni ’80, nei quali la rigidità del modello era discussa in relazione alla pretesa di applicabilità al lavoro subordinato secondo il criterio “tutto o niente”, indipendentemente dalla diversità dei modi di espressione della subordinazione, negli anni ’90, una volta tipizzate e disciplinate dalla legge le forme atipiche più importanti nell’area della subordinazione, la discussione si è spostata sul piano propositivo, concentrandosi sui rapporti di lavoro coordinato (o parasubordinato), nel frattempo arricchiti da nuove figure, e ai quali dovrebbe essere propriamente riservata l’aggettivazione di “atipici”²⁴⁰.

Sebbene alcuni autori, che potremmo considerare quali ortodossi nel senso più stretto²⁴¹, ribadissero la centralità del lavoro subordinato rispetto a tutta la materia e quale criterio fondamentale di imputazione della disciplina protettiva, per molti, compresa una parte di chi culturalmente era più vicino all’impostazione “ortodossa”, era ormai chiaro che le proposte in tema di subordinazione dovessero mettere in discussione non solo gli equilibri interni alla fattispecie, ma l’ambito stesso dei rapporti di lavoro considerati. Uno dei quesiti più rilevanti riguardava proprio un eventuale

²⁴⁰ Mengoni, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, in *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, Atti del XIII Congresso AIDLaSS, Ferrara, 11-13 maggio, 2000, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 18-19.

²⁴¹ Mengoni, *ibidem*, pp.20-22, dove l’autore esprime scetticismo per il concetto di lavoro *sans phrase*.

ampliamento dell'area del lavoro protetto. Ci si interrogava se tale estensione dovesse portare ad una rimodulazione delle tutele tradizionalmente previste per il lavoro subordinato, magari con maggiori concessioni all'autonomia individuale, oppure se tale estensione fosse da intendere come evoluzione coerente della materia senza dover necessariamente andare a toccare i diritti e le tecniche di tutela conquistate negli anni passati²⁴².

Proprio alla luce di questo interrogativo, è possibile leggere le diverse proposte di legge di questi anni e distinguere nelle stesse il riferimento di massima a due orientamenti culturali: il primo che potremmo definire come “garantista-ortodosso” - vicino culturalmente al filone “ortodosso” ma aperto e propositivo rispetto all'elaborazione di nuove fattispecie e forme di tutela e concentrato in particolare sull'estensione ad almeno una parte dei rapporti di lavoro autonomo, delle tutele riservate al lavoro subordinato; il secondo che potremmo definire come “riformista” - più attento ad una seria rimodulazione e “redistribuzione” delle tutele tra le diverse tipologie contrattuali in un graduale *continuum* dal lavoro subordinato a quello autonomo.

²⁴² Ferraro, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, Atti delle giornate Aidlass di Salerno, 22-23 maggio 1998, Giuffrè, 1999, p. 23 ss.

3. Le proposte estensive dell'area di tutela del lavoro subordinato

Per quanto riguarda le proposte che possono inserirsi all'interno dell'orientamento "garantista", vanno certamente ricordate la proposta elaborata da Giovanni Alleva nell'ambito della Consulta giuridica della Cgil²⁴³, il disegno di legge "Smuraglia"²⁴⁴ e la più recente proposta elaborata nel 2003 dalla Cgil.

3.1 La proposta di Giovanni Alleva

Obiettivo dichiarato della proposta di Alleva era di dare risposta a quella che l'autore considerava una vera e propria emergenza: la progressiva marginalizzazione del rapporto di lavoro subordinato posta in essere da un "dilagante" ricorso a rapporti precari, cd. "atipici", e a rapporti di lavoro autonomo caratterizzati da una collaborazione coordinata e continuativa. L'autore riteneva che questo fenomeno, giudicato come lesivo della parte lavoratrice che in sempre più casi vedeva inapplicate le garanzie previste per il lavoro subordinato, avvenisse facendo leva su determinate condizioni che caratterizzavano il mercato del lavoro in quegli anni. Per quanto riguarda i cd. "contratti atipici", l'autore denuncia un eccessivo ampliamento dei "particolari scopi cui può anche servire il contratto di lavoro (esempio: scopo formativo, di reinserimento professionale ecc.)"²⁴⁵, al fine di distorcerne l'utilizzo, eluderne il regime di tutele e provocarne una frantumazione in figure contrattuali autonome

²⁴³ Ghezzi, *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, Ediesse, 1996, p.187 ss.

²⁴⁴ D.d.l. n. 2049, mai convertito in legge ed approvato dal solo Senato nel 1999.

²⁴⁵ In Ghezzi, *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, Ediesse, 1996, p.187 ss.

tra loro. In questo senso, veniva citata la tendenza giurisprudenziale a negare la conversione in contratti a tempo indeterminato di contratti atipici - si pensi ai contratti “part-time” o di “formazione e lavoro” - dei quali fosse stata violata la specifica disciplina. Per quanto riguarda poi i rapporti di lavoro autonomo, due sono state le principali leve con le quali

si è proceduto ad inquadrare nell’area dell’autonomia, liberandoli così “dalle pastoie della legislazione protettiva”²⁴⁶, la massima parte dei cd. “nuovi lavori”. Da un parte, giustificando le nuove tipologie di lavoro attraverso l’innegabile mutamento delle tradizionali forme di organizzazione del lavoro; dall’altra schiacciando il concetto di subordinazione, complice anche la giurisprudenza, “sui caratteri anacronistici della subordinazione “personale”(soggezione a capillari e continue direttive ecc.)”²⁴⁷. Ecco allora che, in questo quadro, Alleva propone di risistemare la materia della prestazione lavorativa secondo una concezione “monistica” imperniata su un contratto di lavoro senza aggettivazioni, *sans phrase*, il quale preveda un regime di tutele minimo applicabile a tutte le collaborazioni lavorative continuative, a prevalente carattere personale e “in connessione funzionale con l’organizzazione del datore di lavoro”²⁴⁸. Da questa base comune, Alleva poi procede articolando diversi regimi di tutela che vanno ad “arricchire” la disciplina minima in relazione ai diversi sottotipi in cui si differenzia la fattispecie principale. Queste differenziazioni si realizzano attraverso specifiche pattuizioni dalle quali deriva una diversificazione degli effetti del contratto, come nel caso del “patto di formazione professionale” o del “patto di limitazione della durata della prestazione” o, ancora, del “patto di

²⁴⁶ Ibidem, p. 188.

²⁴⁷ Ibidem, p. 188.

²⁴⁸ Ibidem, p. 191, vedi art. 1 del testo della proposta di legge nel quale viene definito il contratto di lavoro.

limitazione della durata del rapporto”²⁴⁹. Tra queste pattuizioni, alle quali la proposta di Alleva ricollega diverse gradazioni di tutela, la più rilevante è il “patto di inserimento nell’organico di impresa” che fa scattare, al netto delle tutele già previste nel contratto *sans phrase*, tutte le “tutele forti” del rapporto di lavoro subordinato. E’ importante sottolineare come la definizione che Alleva dà di “contratto di lavoro con patto di inserimento nell’organico di impresa”, al quale vengono ricollegate tutte le tutele previste per il contratto di lavoro subordinato, sia fattispecie che estende non poco i confini tradizionali della subordinazione. L’autore non si limita infatti a dare una sistemazione coerente e tutele ai contratti atipici e alle collaborazioni coordinate e continuative, ma si spinge a ricalibrare l’intera area della subordinazione estendendola oltre la tradizionale definizione centrata sul “vetusto” concetto di etero direzione, intesa quale assoggettamento personale a specifiche direttive del datore. Viene così ridisegnata da Alleva una nozione “tipicamente funzionale ed economico sociale di subordinazione, che valorizza l’alienità del piano di impresa e dei mezzi di produzione. Con l’inserimento nell’organico di impresa si sottolinea, per l’appunto, questo profilo di esclusione del lavoratore dal mercato, correlativo all’inserzione nell’organizzazione d’impresa altrui, e non già la disciplina tayloristica del lavoro: infatti, è sufficiente, sussistendo la rinuncia all’organizzazione propria, la sottoposizione a direttive anche generiche del datore di lavoro”. Immaginando uno schema a cerchi concentrici dove il cerchio esterno è rappresentato dall’area del lavoro *sans phrase* e quello più interno dal contratto “con inserimento nell’organico di impresa” è possibile notare come nella proposta di Alleva il cerchio interno risulti più ampio rispetto all’area prevista dalla giurisprudenza per il lavoro subordinato e contemporaneamente risulti più ristretta l’area delle collaborazioni coordinate e continuative. Questo effetto centripeto è il frutto, da un lato, di una nozione di contratto “con

²⁴⁹ Ibidem, vedi rispettivamente gli artt. 7,8,9 della proposta di legge.

inserimento”, di fatto capace di ricomprendere quasi tutta l’area delle collaborazioni coordinate e continuative, dall’altro, di una nozione di queste ultime che, oltre alla connessione funzionale e alla continuità, richiede anche un’organizzazione propria, per quanto minima, del lavoratore²⁵⁰.

3.2. *Il d.d.l. “Smuraglia”*

Animata da intenti simili alla proposta di Alleva, per quanto riguarda l’obiettivo di arginare la “fuga dal lavoro subordinato”, è poi la proposta di riforma contenuta nel d.d.l. n. 2049 del 1999 a firma del Senatore Smuraglia che, nonostante l’ampio dibattito sollevato e l’approvazione in Senato, non riuscirà a convertirsi in legge. Il d.d.l., intitolato “Norme di tutela dei lavori atipici”, sotto il termine “atipico” puntava a ricondurre tutti quei rapporti di collaborazione aventi un “carattere non occasionale”, coordinati con l’attività del committente e svolti senza vincolo di subordinazione, “in modo personale e senza impiego di mezzi organizzati e a fronte di un corrispettivo”. Ai rapporti così definiti venivano estese le norme dello Statuto dei Lavoratori in tema di libertà di pensiero, divieto di indagine sulle opinioni, libertà sindacale, sicurezza del lavoro. Erano inoltre previste norme a tutela della stabilità e continuità delle prestazioni “atipiche” che al contempo limitavano la libertà organizzativa del committente, esempio ne sono le previsioni in tema di diritto di preferenza del prestatore di lavoro, rispetto ad altri aspiranti nel caso in cui il committente intendesse procedere ad assunzione per una figura analoga, il divieto di conversione del contratto di lavoro subordinato in contratto di lavoro coordinato o la necessaria apposizione di un termine ai contratti - come previsto all’art. 3 del d.d.l. - al fine di rendere più complesso il

²⁵⁰ Ibidem, p. 192 con particolare riferimento all’art. 6 co.1, del progetto di legge.

recesso anticipato del rapporto. Era inoltre prevista, in caso di dissimulazione di un rapporto di lavoro subordinato, la conversione automatica in rapporto a tempo indeterminato.

Anche alla luce di queste rigidità è possibile affermare, come del resto già sostenuto in dottrina²⁵¹, come la predisposizione di una disciplina prossima a quella del lavoro dipendente e la rigidità delle norme di tutela e delle sanzioni previste, fossero intenzionalmente volte non solo a disciplinare la nuova figura contrattuale, ma a disincentivarne contestualmente l'utilizzo. Questa proposta in definitiva pur richiamandosi tecnicamente, come vedremo, alla proposta di De Luca Tamajo, Flammia e Persiani in relazione alla individuazione di un *tertium genus*, il "lavoro atipico", è in realtà molto più vicina alla proposta di Alleva con la quale condivide l'obiettivo di restringere l'area grigia tra lavoro autonomo e subordinato in favore di quest'ultimo.

E' possibile osservare come questo comune obiettivo delle proposte "Alleva" e "Smuraglia" sia perseguito in maniera alternativa ma convergente: nella prima, attraverso un'espansione dell'area di incidenza del lavoro subordinato, riformulato in forza di un'accezione socio-economica di subordinazione e, nella seconda, attraverso una contrazione dell'area di incidenza dei contratti atipici, ottenuta per mezzo di un intervento regolatore eteronomo, rigido e disincentivante.

3.3. La proposta di legge di iniziativa popolare promossa dalla Cgil

Va infine ricordata la proposta di legge di iniziativa popolare promossa dalla Cgil nel 2003, che si prefiggeva l'obiettivo di unificare i diritti per tutte le prestazioni continuative. Sebbene tale proposta si

²⁵¹ De Luca Tamajo, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro "a progetto"*, wp C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", N. 25/2003, p. 8ss.

collocasse in continuità con la proposta di Alleva, di quest'ultima ribaltava lo schema andando a costruire una fattispecie nuova per l'art. 2094 c.c. che non solo, come in Alleva, era molto più ampia rispetto all'originale, incorporando tutti i rapporti continuativi caratterizzati dall'alienità dell'organizzazione produttiva e del risultato della prestazione di lavoro, ma nella quale trovava applicazione, in via diretta e integrale, il potere direttivo del datore di lavoro. Rispetto alla proposta di Alleva, ove erano previsti patti aggiuntivi rispetto al lavoro *sans phrase*, come il “patto di inserimento”, che potevano intensificare il potere di coordinamento del datore e in maniera complementare la rigidità del regime di tutela, nella proposta della Cgil il massimo di tutela e di poteri direttivi del datore erano il punto di partenza comuni a tutte le prestazioni continuative come sopra definite. Il lavoratore poi, attraverso eventuali accordi individuali derogatori o anche per fatti concludenti, poteva sottrarsi, in maniera più o meno ampia, alla disciplina prevista dal codice e dalla legge in materia di poteri datoriali²⁵², senza che questo, pur potendo mutare anche sensibilmente il grado di intensità della subordinazione, intesa nella tradizionale accezione di assoggettamento alle direttive datoriali, comportasse alcuna esclusione o deroga rispetto ai trattamenti economico-normativi “previsti dai contratti collettivi applicati agli altri lavoratori dipendenti della medesima impresa”²⁵³.

Tutte queste proposte, come abbiamo visto, erano animate da preoccupazioni comuni volte ad arginare il più possibile il ricorso a figure di lavoro atipiche, flessibili e puntavano ad una maggiore estensione, in grado di coprire quasi per intero l'area grigia, tra subordinazione e

²⁵² Si vedano in particolare gli artt. 2103 primo e secondo periodo, 2014, comma 2, 2106, 2100, 2101, 2102, 2108 cod. civ. e l'art. 7 della legge 20 maggio 1970 n.300.

²⁵³ La proposta di legge della CGIL, è pubblicata in “*Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*”, 2003, n.2, I, p.427.

autonomia, delle tutele previste per il contratto di lavoro subordinato tradizionale.

E' possibile osservare un doppio limite in tutti questi progetti: da un lato, il tentativo di arginare, attraverso un maggior grado di rigidità del sistema, il ricorso alle forme flessibili rischia di produrre un'incomunicabilità tra esigenze di riorganizzazione della manodopera e forme di tutela e di governo della flessibilità col pericolo di ricadute in termini di "reazioni elusive alla disciplina vincolistica sfocianti nel lavoro sommerso"²⁵⁴; dall'altro, la semplice espansione del concetto di subordinazione, in assenza di un serio ripensamento sull'adeguatezza delle tutele e dei soggetti destinatari delle stesse anche all'interno dell'attuale eterogenea area del lavoro subordinato, rischia di non riuscire a superare le contraddizioni nella redistribuzione di tutele che caratterizzano il nostro mercato del lavoro.

4. Le proposte orientate a rimodulare l'area di tutela del lavoro subordinato

Questo secondo filone di proposte è caratterizzato da un tentativo più intenso di rimodulazione delle tutele che si realizza attraverso una più netta differenziazione delle fattispecie alternative al lavoro subordinato. Sembra così emergere, rispetto alle proposte esposte nel paragrafo precedente, uno scenario più pluralista che monista dell'area del lavoro protetto, nel quale più che rivendicare un'accezione centripeta di subordinazione si propongono soluzioni giuridiche volte a governare le tensioni centrifughe rispetto all'area tradizionale del lavoro subordinato. In questa direzione, si muovono le proposte di D'Antona, quella di De Luca

²⁵⁴ Treu, *Statuto dei lavori e Carta dei diritti*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004.

Tamajo, Flammia, Persiani, quella di Biagi e Tiraboschi e quella di Amato e Treu.

4.1 Il progetto di Massimo D'Antona

Il progetto di D'Antona²⁵⁵ si sviluppa intorno a due obiettivi fondamentali: individuazione di uno zoccolo minimo di tutele per il lavoro *sans phrase* e stabilizzazione della nozione empirico-giurisprudenziale di subordinazione.

Per quanto riguarda il primo obiettivo, l'autore propone una fattispecie di "contratto di lavoro" nella quale rientrano tutte le prestazioni a carattere prevalentemente personale e coordinate "nel ciclo della produzione, o nell'organizzazione di un servizio, come fattore normale e costante dell'attività dell'impresa altrui o, nel caso di contratti associativi, quando l'associato conferisca solo lavoro senza essere titolare di effettivi poteri di controllo sulla gestione"²⁵⁶. Per questi rapporti è previsto un comune regime di tutele che l'autore considera essere pertinente al lavoro come istituto giuridico, senza aggettivazioni, e una serie di norme volte a intervenire sulla disparità che intercorre, nella posizione contrattuale, tra il lavoratore (autonomo coordinato o associato) e "l'utilizzatore normale" della sua prestazione lavorativa a carattere prevalentemente personale. Queste tutele comprendono le garanzie previste dallo Statuto dei Lavoratori in tema di libertà di opinione, salute, associazione sindacale, comportamenti discriminatori del datore, applicazione delle normative in tema di pari opportunità, diritto di sciopero, tutela dell'integrità psicofisica²⁵⁷, il principio del proporzionato ed equo compenso, il congruo

²⁵⁵ Ghezzi, *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, cit., p.195 ss.

²⁵⁶ *Ibidem*, vedi art. 1 del testo della proposta di legge.

²⁵⁷ Statuto dei Lavoratori: artt. 1, 5, 8, 14, e 15; l. n. 903 del 1977; l. n. 125 del 1992; d.lgs. 626 del 1994; l. n. 146 del 1990.

preavviso in caso di recesso e il diritto ad un adeguato indennizzo in caso di recesso privo di un serio motivo o per colpa del committente, nonché l'applicazione del processo del lavoro come previsto dagli artt. 409 c.p.c. e ss. Questo insieme di diritti, garanzie e tutele era per D'Antona il cd. "zoccolo duro".

Per quanto riguarda poi il secondo obiettivo, relativo alla stabilizzazione della nozione empirico-giurisprudenziale di subordinazione, l'autore propone di superare l'idea di subordinazione come definizione di un tipo contrattuale in favore di una subordinazione intesa quale "presunzione circa la natura del rapporto effettivamente posto in essere dalle parti, alla quale si collega l'applicazione inderogabile del diritto del lavoro"²⁵⁸. Detta presunzione richiama gli indici empirici enucleati negli anni dalla giurisprudenza attraverso una "laboriosa estrapolazione di dati social-tipici". D'Antona propone di presumere la subordinazione solo per quei rapporti caratterizzati da un'attività del prestatore che sia continuativa, esclusivamente personale, alle dipendenze dell'imprenditore e svolta in base alle direttive da questo impartite e sotto il suo controllo²⁵⁹.

L'autore procede poi alla esplicita enucleazione di cinque indici di subordinazione: lo svolgimento della prestazione nei luoghi e con gli strumenti predisposti dall'imprenditore; la soggezione a direttive puntuali e a controlli costanti sull'esecuzione della prestazione; la soggezione a vincoli di orario, a norme di comportamento personale e a sanzioni disciplinari; la previsione di un corrispettivo in misura determinata o determinabile, pagato a cadenze fisse settimanali o mensili.

Questi indici si richiamano ad un'idea forte di subordinazione, caratterizzata da una "penetrante eterodirezione spazio-temporale", e, secondo l'autore, devono essere sottoposti ad una valutazione complessiva,

²⁵⁸ Ghezzi, *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, cit., p.195 .

²⁵⁹ *Ibidem*, vedi art. 3 co. 2 della proposta di legge.

in relazione alle circostanze in cui il rapporto si svolge, mediante giudizio sintetico e non analitico.

La soluzione individuata da D'Antona è dunque duplice: da un lato, definisce lo “zoccolo duro” di tutele da applicare al lavoro *sans phrase*, inteso quale rapporto di lavoro meritevole di tutela pur in assenza dei tratti tipici del lavoro subordinato; dall'altro, individua l'area della subordinazione in senso stretto formalizzando il metodo tipologico in norma di diritto e individuando indici selettivi al fine di applicare la tutela massima prevista per il lavoro subordinato.

Rispetto alla proposta di Alleva, in D'Antona viene mantenuto lo schema a cerchi concentrici, ma il nucleo centrale di tutela massima riconosciuta al lavoro subordinato in senso stretto appare come più compatto e più accentuate sono le differenze tra questo nucleo e l'area esterna del lavoro *sans phrase*. Potremmo azzardarci a sostenere che proprio in questo stacco più netto tra le due aree sta la differenza tra natura monistica della proposta di Alleva e natura pluralistica della proposta di D'Antona. La differenza tra le proposte del resto appariva chiara ad Alleva già al tempo, al punto da spingere lo stesso autore a criticare sia la natura “pluralistica” della proposta di D'Antona, che pur individuando principi comuni per l'istituto lavoro li distribuiva poi “per tipi distinti e diversi di contratto di lavoro”²⁶⁰, sia la proposta eccessivamente restrittiva di individuazione dell'area della subordinazione in senso stretto che, sempre secondo Alleva, rischiava di ridursi ad una “riserva indiana”²⁶¹.

²⁶⁰ Ibidem, p. 189

²⁶¹ Ibidem

4.2. Il “lavoro coordinato”. La proposta di De Luca Tamajo, Flammia e Persiani

Il Progetto elaborato dai giuristi De Luca Tamajo, Flammia e Persiani²⁶², pur collocandosi tra le proposte “pluralistiche” optava per una soluzione diversa rispetto a quella individuata da D’Antona. In modo ritenuto da alcuni più “pragmatico”²⁶³, questo progetto, elaborato col sostegno di Confindustria, puntava alla definizione normativa di un *tertium genus*, tra subordinazione e autonomia: il “lavoro coordinato”. L’ambizione degli autori, infatti, era quella di superare la storica dicotomia tra lavoro autonomo e subordinato, ritenuta ormai inefficace nel leggere la complessa realtà di forme contrattuali in cui si articolava il mercato del lavoro. Per perseguire questo obiettivo occorreva innanzitutto circoscrivere con precisione le due fattispecie di lavoro autonomo e subordinato. A tal proposito, gli autori proponevano un’accezione molto stringente di subordinazione ritenendo che l’apparato di tutele a questa agganciato dovesse intervenire solo in presenza del social-tipo “storico” di lavoratore subordinato: un “lavoratore con relativamente scarsa professionalità, che svolge la sua attività - prevalentemente esecutiva e prestata in via esclusiva nell’interesse del datore di lavoro, in un’impresa organizzata secondo i modelli tradizionali - con marcato assoggettamento a specifiche e continue direttive, sotto il vincolo del rispetto di un orario di lavoro ed esonerato dalla responsabilità per quanto attiene alla produzione del risultato”²⁶⁴.

²⁶² Sandulli, *Il lavoro coordinato fra disciplina civilistica e regime previdenziale e fiscale*, ADL, 2001.p. 425 ss.; De Luca Tamajo, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l’emersione del lavoro coordinato*, ADL, 1997, p. 41 ss.

²⁶³ Ichino, *Il Diritto del Lavoro nell’Italia Repubblicana*, cit., p. 359.

²⁶⁴ Sandulli, *Il lavoro coordinato fra disciplina civilistica e regime previdenziale e fiscale*, p. 341.

Per quanto riguarda poi il lavoro autonomo, venivano fatte rientrare in tale area solo quelle prestazioni caratterizzate da un'assenza di coordinamento ovvero prive di una partecipazione all'interesse per realizzazione dell'opera, non vincolate al rispetto di un programma predisposto dal committente, e che si avvalevano per la realizzazione dell'opera di un'eventuale struttura organizzativa propria²⁶⁵. Rimaneva così tra le due categorie di autonomia e subordinazione un'insieme eterogeneo di prestazioni contraddistinte da un elevato grado di interdipendenza tra prestazione e attività imprenditoriale per la quale tale prestazione era svolta.

Caratteristiche di queste prestazioni, che gli autori facevano rientrare nella categoria di "lavoro coordinato" erano: la personalità e la continuità; la partecipazione del prestatore d'opera all'interesse in vista del quale quest'ultima è realizzata; l'autonomia nell'esecuzione con riferimento ai modi e ai tempi; la responsabilità per la produzione del risultato cui era connesso il compenso. Va osservato che particolarmente delicata era la definizione di coordinamento in relazione sia al risultato che al potere direttivo del datore. La prestazione coordinata veniva definita dagli autori, come la modalità organizzativa "che consente alla parti di adeguare costantemente la prestazione continuativa del debitore all'interesse del creditore.

In altri termini, per "coordinamento" deve essere inteso il momento attuativo di un programma di lavoro che le parti, al momento della stipulazione del contratto, non hanno determinato, in quanto hanno rinviato alla fase dello svolgimento del rapporto l'individuazione delle caratteristiche del risultato idonee, volta per volta, a realizzare il concreto interesse del creditore"²⁶⁶.

²⁶⁵ Ibidem.

²⁶⁶ Ibidem, p. 343.

Sulla base di questa interpretazione della nozione di coordinamento discende una serie di obblighi e doveri per le parti del contratto: per il committente il diritto di impartire al prestatore direttive circoscritte esclusivamente alle caratteristiche del risultato atteso, il conseguente potere di controllo su tali direttive impartite e il diritto a rifiutare la prestazione in caso di risultato prodotto difforme rispetto alle direttive impartite; per il prestatore l'obbligo di attenersi alle direttive sopra descritte del committente.

A titolo esemplificativo venivano fatte rientrare nel "lavoro coordinato" prestazioni caratterizzate da un collegamento stabile con il ciclo produttivo come il telelavoro; prestazioni che mantengono uno stretto coordinamento spazio-temporale con l'organizzazione aziendale come il lavoro dirigenziale o il lavoro dei consulenti continuativi e integrati; prestazioni che prevedono un'inserzione intermittente nella struttura d'impresa come il lavoro interinale o la fornitura di servizi inerenti il ciclo produttivo aziendale; oltre a figure quali l'agente, il rappresentante e il mandatario.

Per De Luca Tamaio, Flammia, e Persiani a questo complesso articolato di figure contrattuali residuali rispetto all'area della subordinazione e dell'autonomia, andava garantito legislativamente un nucleo minimo comune di tutele, più ricco rispetto a quanto previsto al tempo per il lavoro "parasubordinato". Oltre questa base comune, secondo gli autori, andava poi prevista una differenziazione, anche ampia, delle discipline applicabili, da dettare per lo più in sede di contrattazione collettiva e tenendo in considerazione le eterogenee tipologie di rapporti presenti all'interno della nuova area del "lavoro coordinato"²⁶⁷. L'intenzione dei proponenti era dunque quella di assecondare e "offrire spazi al desiderio sociale di diversificazione e di pluralizzazione" delle fattispecie senza necessariamente imbrigliarle, all'interno dell'area del

²⁶⁷ Ibidem, p. 342.

lavoro coordinato, in rigidi sottotipi previsti per legge. Diveniva così possibile superare “quel vincolo di inquadramento necessitato” dalla rigida dicotomia autonomia-subordinazione e porre in questo modo un freno alla forza attrattiva che il lavoro subordinato, con il suo apparato di garanzie, esercitava rispetto ad “una pluralità di figure e di modi di prestare l’attività lavorativa ad esso scarsamente omogenei. Questa analisi delle dinamiche che stanno interessando il mercato del lavoro sembra essere molto diversa, per non dire opposta, rispetto a quella di Alleva che, come abbiamo avuto modo di vedere, considerava l’intervento legislativo necessario al fine di arrestare la cd. “fuga dal lavoro subordinato”. Questa differenza tra le due analisi le quali, a prima vista, possono apparire inconciliabili, va però temperata allargando l’angolo della prospettiva. A ben vedere, infatti, l’obiettivo della proposta di De Luca Tamajo, Flammia e Persiani è più articolato in quanto non si limita a voler evitare che figure ampiamente caratterizzate da profili di autonomia finiscano impropriamente sotto le forti tutele del lavoro subordinato, ma si propone allo stesso tempo di impedire che figure caratterizzate da un forte coordinamento della prestazione, tale da esporle ad una condizione di debolezza nel contratto e sul mercato, finiscano per essere inquadrate nell’area del lavoro autonomo. L’operazione degli autori è tesa dunque a ricostruire un nuovo equilibrio tra le fattispecie contrattuali nel mercato del lavoro, equilibrio costruito intorno alla tipizzazione di un *tertium genus* che avrebbe la funzione di attrarre su di se tutti quei rapporti in posizione di confine rispetto alla classica dicotomia subordinazione-autonomia. Non solo, la costituzione di un nuovo polo attrattivo, il “contratto coordinato”, avrebbe l’effetto di sfoltire la congestione di rapporti di lavoro che insistono sulle aree dell’autonomia e della subordinazione, dotando al contempo queste di una maggiore coerenza e restituendo loro solo quelle fattispecie più congeniali al loro “archetipo normativo”. Anche la scelta di non irrigidire troppo la nuova area del lavoro coordinato, prevedendo un nucleo comune di tutele integrate per mezzo della contrattazione collettiva, offre un ventaglio

variegato di discipline applicabili, e risponde alla volontà di rafforzare la *vis* attrattiva del nuovo contratto. Proprio su quest'ultimo aspetto si esplicita la maggiore differenza rispetto alla proposta “Smuraglia” dove il *tertium genus* dei “lavori atipici”, alla luce della rigidità della normativa prevista e della vicinanza al rapporto di lavoro subordinato, sembrava, come abbiamo già notato, non in grado di promuovere quel riequilibrio, rispetto alle aree della autonomia e della subordinazione, tanto ricercato nella proposta di De Luca Tamajo, Flammia e Persiani.

4.3 La prima proposta di “Statuto dei lavori” a cura di Marco Biagi

Nel 1998, su proposta del ministro del Lavoro Tiziano Treu, viene commissionata al giuslavorista bolognese Marco Biagi l’elaborazione di una proposta di “Statuto dei lavori”²⁶⁸. Biagi - personalità pragmatica, con una solida formazione comparata e dotato di uno sguardo lucido nel mettere in evidenza i limiti sia del diritto del lavoro che delle proposte che affollavano il dibattito di quegli anni – si pone da subito un obiettivo da lui stesso definito come meno ambizioso e più concreto: ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro. Per perseguire questo scopo, vengono individuate due soluzioni: la predisposizione di un meccanismo di “certificazione” dei contratti in sede amministrativa al fine di promuovere una maggiore regolarità e stabilità nel tempo degli stessi e di metterli al riparo da “incursioni giudiziali *ex post* su rapporti di lavoro consapevolmente qualificati *ex ante* dalle parti come non di lavoro subordinato; un’azione di “rimodulazione delle tutele” volta a sdrammatizzare le differenze di trattamento normativo e contributivo tra i rapporti di di lavoro subordinato e quelli di lavoro autonomo. A differenza

²⁶⁸ AA.VV., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, Utet, 1998, p. 347.

della proposta di Alleva, orientata a fermare cd. “fuga *dal* lavoro subordinato”, e di quella di De Luca Tamajo, Flammia e Persiani, più concentrata nell’evitare l’opposto fenomeno di impropria “fuga *nel* lavoro subordinato”, preoccupazione di Biagi era di limitare quella che l’autore definiva una “fuga fisiologica” verso il lavoro sommerso, fenomeno che si realizzava quando l’eccessiva rigidità del diritto e l’insostenibile incertezza dello stesso, troppo spesso sottoposto a pronunce dei tribunali, finiva per alimentare fenomeni elusivi in danno prima di tutto ai lavoratori. Biagi si mostra apertamente critico verso le proposte volte a individuare un *tertium genus*. L’autore considera dotata di scarsa idoneità qualificatoria a governare l’area “di confine” e foriera di un forte rischio di “delavorizzazione” - rispetto ad alcune tipologie contrattuali rientranti nell’area del lavoro subordinato - la proposta di “lavoro coordinato” sostenuta da De Luca Tamajo, Flammia e Persiani. Ritiene poi eccessivamente rigida, al punto da travalicare quelli che definisce come limiti di “compatibilità economica” del sistema produttivo, la proposta di “lavori atipici” formulata nel d.d.l. n. 2049 (cd. “Smuraglia”). Queste due proposte affrontano la questione a partire dal problema della qualificazione del rapporto, mentre per Biagi sarebbe una soluzione più “convincente e praticabile” affrontare il tema “dalla parte delle tutele”, ovvero nella prospettiva di una rimodulazione della disciplina applicabile ai diversi rapporti di lavoro, rinunciando “ad ogni ulteriore intento definitorio e classificatorio di una realtà contrattuale in rapido e continuo mutamento”²⁶⁹. Pertanto Biagi procede ad individuare un nucleo essenziale, che muova nell’intento di precisare il dettato costituzionale in materia, di norme e principi inderogabili comuni a “tutti i rapporti negoziali che hanno per contenuto il lavoro”. Questo nucleo nella proposta dell’autore comprende: le tutele a presidio del lavoratore come persona; le libertà di organizzazione, associazione e attività sindacale; le tutele in tema

²⁶⁹ Ibidem, p. 368-369.

di salute e sicurezza; il diritto alla formazione continua; la normativa anti-discriminatoria; le pari opportunità; la tutela della maternità; la disciplina dei rapporti di fatto; l'accesso gratuito ai servizi per l'impiego; una retribuzione minima stabilita per legge; una stabilità minima del rapporto che andrebbe garantita attraverso un meccanismo risarcitorio; un'indennità minima di fine rapporto; una tutela graduata, legata all'anzianità di servizio, in caso di sospensione del rapporto di lavoro.

A questo nucleo di diritti indisponibili si aggiungerebbe poi una gamma di “diritti inderogabili relativi” ovvero disponibili attraverso le forme dell'autonomia collettiva, alla quale Biagi riconosce un ampio spazio, o individuale. Viene inoltre fatta una coraggiosa apertura verso ipotesi di “riallineamento verso il basso” delle tutele forti del lavoro subordinato con particolare riferimento ai temi della stabilità dell'occupazione, del preavviso e della sicurezza sociale. In particolare, per il primo dei tre temi menzionati si propone, limitatamente ad alcune tipologie contrattuali o categorie di lavoratori, di passare a una tutela risarcitoria quale rimedio contro il licenziamento illegittimo, ipotizzando inoltre una graduazione di tale tutela in relazione all'anzianità di servizio secondo il principio per il quale più il lavoro è inserito in un contesto organizzativo e maggiore è l'affidamento sulla stabilità del rapporto.²⁷⁰ Infine Biagi conclude la propria ipotesi di lavoro spingendosi a proporre un cambio ancora più netto di paradigma al fine di risolvere il complesso problema dei criteri di imputabilità delle tutele e della definizione dei confini del nucleo minimo di tutele indisponibili. Richiamandosi a quanto già avvenuto in Italia alle origini del diritto del lavoro e soprattutto alle soluzioni adottate nel Regno Unito, Biagi sostiene come sia possibile andare al di là della predisposizione di un nucleo di disciplina comune a tutti i tipi di lavoro “rinunciando definitivamente ad una definizione generale e astratta di lavoro subordinato” e facendo individuare di volta in

²⁷⁰ Ibidem, p. 371.

volta ad ogni legge il proprio ambito applicativo. Per l'autore, questa impostazione significherebbe portare fino in fondo il ribaltamento di prospettiva “dalla parte delle tutele” e consentirebbe da un lato di evitare “indebite generalizzazioni concettuali” rispetto alle figure negoziali che verrebbero fatte rientrare nel nucleo di disciplina minima comune, dall'altro renderebbe possibile una piena modulazione e graduazione delle tutele applicabili ad ogni fattispecie contrattuale attraverso una scelta specifica, di volta in volta, degli istituti da applicare, senza dover più necessariamente riferirsi alla corrispondenza con una figura generale e astratta²⁷¹.

E' forse, questa di Biagi, la prospettiva più radicale di redistribuzione delle tutele rispetto alle proposte precedentemente descritte. E' come se l'autore operasse un doppio ribaltamento di prospettiva rispetto alle proposte che prevedevano la tipizzazione di un *tertium genus*: il primo ribaltamento avverrebbe attraverso il cambio di prospettiva “dalla parte delle tutele”, mentre il secondo ribaltamento si realizzerebbe attraverso il superamento della centralità delle tipologie generali di rapporto autonomo e subordinato - quali criteri di imputazione delle tutele stesse - in favore di una scelta in capo al legislatore, degli istituti di tutela da applicare “di volta in volta” alle diverse fattispecie contrattuali, con l'integrazione successiva della contrattazione collettiva.

4.4 La “Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori” presentata da Giuliano Amato e Tiziano Treu

Nel 2002 poi l'ormai ex-ministro Tiziano Treu e il senatore Giuliano Amato presenteranno un d.d.l. intitolato “Carta dei diritti delle lavoratrici e

²⁷¹ Ibidem, p. 373.

dei lavoratori”²⁷² che ispirandosi al principio costituzionale della tutela del lavoro “in tutte le sue forme”²⁷³ si pone l’obiettivo di “dotare tutte le forme di lavoro di un quadro generale di principi e di diritti, che corrisponda, senza alcun regresso, al nuovo mondo del lavoro”.

Questo d.d.l. riprendeva dall’ipotesi di lavoro di Biagi la scelta di non andare a ridefinire le fattispecie tipiche già codificate, la volontà di sdrammatizzare, attraverso una redistribuzione delle tutele, le differenze tra lavoro autonomo e subordinato; l’idea di definire un nucleo minimo di tutele indisponibili e, al di sopra di questo, la proposta di una modulazione diversificata delle tutele a seconda delle diverse forme di lavoro, da attuarsi attraverso la via legislativa, nonché con l’integrazione dell’autonomia collettiva e, in spazi definiti per materia e soggetti, di quella individuale.

La proposta di Treu e Amato ridefiniva poi il lavoro parasubordinato, nella forma delle collaborazioni “aventi ad oggetto una prestazione d’opera coordinata e continuativa” prevista dall’art. 409 c.p.c. Il cambio di definizione, nelle intenzioni degli autori, non aveva una mera valenza nominalistica, l’intento infatti era quello di dotare tali collaborazioni di una formula “più pregnante e meno equivoca” che richiamasse una “*ratio* di tutela parzialmente diversa da quella tipica del lavoro subordinato”, una *ratio* nella quale l’assoggettamento personale tipico della subordinazione lascia lo spazio al dato della sottoprotezione socio-economica del lavoratore che assume così rilievo di criterio discrezionale per individuare le fattispecie rientranti nella nuova definizione di “lavoro economicamente dipendente”.

La rimodulazione delle tutele proposta dagli autori del d.d.l. però, rispetto al progetto di Biagi, non andava a toccare la disciplina prevista per

²⁷² >D.d.l. n. 1872 presentato il 4 dicembre del 2002.

²⁷³ Vedi Cost. art. 35.

il lavoro subordinato e operava di fatto una redistribuzione unidirezionale ovvero si limitava ad arricchire di tutele l'area della parasubordinazione.

Diversa, proprio su questo punto, era invece la proposta formulata da Pietro Ichino ne "Il lavoro e il mercato"²⁷⁴. L'autore, in continuità con le sue riflessioni in tema di valorizzazione dell'autonomia individuale e con l'obiettivo di ridurre il dualismo presente nel mercato del lavoro tra i cd. *insiders* e *outsiders* nonché, di rimuovere gli ostacoli alla concorrenza tra lavoratori e forme di lavoro, formula un'ipotesi di protezione articolata su tre fasce crescenti di tutela: una "rete di sicurezza" minima per tutti i lavoratori autonomi e subordinati; una fascia con tutele più intense per il lavoro economicamente dipendente ed una per il lavoro subordinato in senso stretto. Per quest'ultima fascia, che è tradizionalmente la più protetta, vengono previste aperture derogative a favore dell'autonomia individuale.

Su questa ipotesi di modulazione in fasce si esprimerà criticamente Adalberto Perulli²⁷⁵ mettendo in discussione l'assunto secondo il quale ad un affievolirsi delle tutele inderogabili per gli *insiders*, attraverso maggiori spazi derogativi concessi all'autonomia collettiva e individuale, corrisponderebbe un incremento di opportunità per gli *outsiders*. Secondo Perulli non solo questa relazione non è provata, ma, fino a quel momento non aveva neppure fruttato esiti significativi dal punto di vista occupazionale.

²⁷⁴ Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996, p. 54 ss.

²⁷⁵ Perulli, *Subordinazione e autonomia*, in Carinci (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Tomo II, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2007, 3-114.

5.Voci critiche rispetto alle istanze “propositive” di riforma del mercato del lavoro

Altri autori, in relazione a questo fiorire di elaborazioni propositive e innovative delle fattispecie del diritto del lavoro lamenteranno la complementare scarsa attenzione rivolta in questi anni dalla dottrina ai “margin di rilettura” del sistema vigente²⁷⁶. In particolare, Marcello Pedrazzoli, sostenitore di un’ “attrazione strutturale” del lavoro autonomo nell’area di influenza del diritto del lavoro, arriverà a proporre, quale criterio di definizione dell’ampiezza dell’area delle prestazioni di lavoro senza aggettivi, lo stesso art. 2222 del c.c.²⁷⁷ senza ritenere necessario andare ad enucleare inedite fattispecie.

Un’altra parte della dottrina poi sosterrà posizioni tecnicamente critiche nei confronti dell’introduzione di nuove fattispecie, considerate foriere di maggiore incertezza visti i nuovi indici di carattere generale che avrebbero introdotto²⁷⁸. Secondo Magrini ad esempio le nuove fattispecie “non avrebbero una sufficiente resistenza all’impatto giurisprudenziale” richiedendo per essere stabilizzate una necessaria apertura all’autonomia negoziale²⁷⁹.

Altri ancora esprimeranno perplessità ideologiche sull’elaborazione di un *tertium genus* visto, con particolare riferimento alle sembianze che

²⁷⁶ Sul punto si vedano in particolare le posizioni di Pedrazzoli in, *Intervento*, in “*Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo, in Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*”, Atti delle giornate Aidlass di Salerno, 22-23 maggio 1998, Giuffrè, 1999.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 95 ss.

²⁷⁸ Magrini, *Intervento*, in AA.VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinamento e autonomia*, Atti del Convegno di studi Roma 27 maggio 1996, Cacucci, Bari, 1997, p. 127.

²⁷⁹ *Ibidem*.

avrebbe potuto prendere nella proposta di “lavoro coordinato” di De Luca Tamajo, Flammia, Persiani, come “un cavallo di Troia costruito per residualizzare la categoria del lavoro subordinato vero e proprio”²⁸⁰, o come un’eccessiva concessione all’interesse “del datore alla temporaneità del vincolo contrattuale rispetto all’interesse del prestatore di lavoro alla conservazione del posto di lavoro”²⁸¹.

Occorre osservare che in generale queste voci, critiche rispetto alle proposte di riforma avanzate, conservavano ancora una radicata fiducia nella tenuta delle fattispecie tradizionali, prediligevano pertanto un metodo di aggiornamento interpretativo e su basi autonomistiche, piuttosto che eteronome. Alla necessità e urgenza di promuovere interventi legislativi per rispondere ai profondi mutamenti in corso, come sostenuto dagli autori più “riformisti”, si replicava poi con un invito alla prudenza davanti ad una realtà dei rapporti di lavoro ancora tutt’altro che stabilizzata. In questa prospettiva, si muove l’invito di un importante giuslavorista come Renato Scognamiglio a non mettere in discussione, almeno per il momento, il dualismo tra autonomia e subordinazione in quanto sarebbe necessario “comprendere il senso e la portata della realtà fenomenica in movimento prima di procedere alla elaborazione di concetti nuovi, in tutto o in parte diversi e sostitutivi di quelli che si sono radicati nella nostra esperienza e coscienza”²⁸².

²⁸⁰ Ferraro, *Intervento*, *Ibidem*, p. 107.

²⁸¹ Santoro Passarelli G., *Intervento*, *ibidem*, p. 213.

²⁸² Scognamiglio, *Intervento*, *ibidem*, pp. 29ss.

6. Dallo stallo del legislatore all'introduzione della fattispecie "lavoro a progetto"

6.1 Le ragioni dell'impasse

L'articolazione del dibattito dottrinale non riuscì in ogni caso a sciogliere il nodo gordiano dei criteri d'imputazione sul quale si arenavano molte delle proposte presentate. Da questo punto di vista, le proposte pluralistiche - caratterizzate da un tentativo di superare le fattispecie tradizionali, attraverso una sdrammatizzazione della dicotomia subordinazione-autonomia, e da un graduato regime di tutele, con particolare riferimento all'area "grigia" dei lavori atipici o coordinati - si sono rivelate di complessa praticabilità²⁸³; mentre, davanti allo stallo del legislatore in merito alla possibilità di riformulare le fattispecie tradizionali, l'art. 2094 c.c. ancora una volta ha dato una prova di tenuta in relazione alle spinte contrapposte a cui era sottoposto: da una parte, le pressioni per un "riallineamento verso il basso", da realizzarsi attraverso un'attenuazione dell'indisponibilità della disciplina applicabile, del complesso di tutele acquisite dal lavoro subordinato; dall'altra, i tentativi di estendere, attraverso una riformulazione del concetto di subordinazione incardinata sull'elemento della "dipendenza economica", l'area di applicazione delle tutele del lavoro subordinato, con il rischio di produrre effetti "puramente additivi"²⁸⁴ non sostenibili dal punto di vista della "compatibilità economica", come avrebbe detto Biagi, rispetto al sistema produttivo. Sembra quasi che l'art. 2094 c.c. sia riuscito a "reggersi in piedi" proprio grazie a queste due spinte contrapposte che ambivano a superarlo.

²⁸³ Ichino, *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit. p. 363.

²⁸⁴ *Ibidem*.

Fatto sta che davanti a questa situazione di *impasse* tra posizioni più conservatrici, posizioni concentrate sulla sola rimodulazione delle tutele e posizioni impegnate nella formulazione di nuove fattispecie, il più importante prodotto legislativo scaturito dal ricco dibattito del periodo è stato la “collaborazione a progetto”, considerata da alcuni quale “eredità pragmatica del filone del *tertium genus*”²⁸⁵.

6.2.I lineamenti della nuova fattispecie “lavoro a progetto”

La nuova fattispecie, enucleata dal D.lgs. del 10 settembre 2003 n. 276, sembra contraddire, nell’attuare la proposta di Biagi, l’impostazione originaria dello stesso autore. Come abbiamo già avuto modo di evidenziare, Biagi proponeva una modulazione delle tutele per materia e non a seconda delle tipologie contrattuali, con l’idea di poter superare così la necessità di riferirsi a definizioni generali e astratte. Fatto salvo un livello minimo comune di protezione per ogni prestazione effettuata a favore di terzi, l’autore prospettava dunque una individuazione delle tutele che fosse indicata di volta in volta esplicitando il perimetro di ogni intervento legislativo. Ma, come ha ben evidenziato De Luca Tamajo²⁸⁶ “l’ambizione di ripartire le garanzie lungo un *continuum* senza intervenire sulla fattispecie si è rivelata, in concreto, irrealizzabile dal momento che l’articolazione delle tutele comporta inevitabilmente l’individuazione di una pluralità di centri di imputazione dei vari cerchi di disciplina”. Così il legislatore attraverso la formula della collaborazione “a progetto”, ha scelto di dare cittadinanza giuridica alle variegata forme di “coordinazione” con l’organizzazione produttiva meritevoli di tutela.

²⁸⁵ Ibidem, p. 361.

²⁸⁶ De Luca Tamajo, *Dal Lavoro subordinato al lavoro “a progetto”*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, N. 25/2003, p. 11.

In relazione alla soluzione individuata nel d.d.l. “Smuraglia” – costruita intorno ad una figura di “contratto atipico” ampia ed inclusiva, e dotata di un intenso regime di tutele tale da sdrammatizzarne il differenziale rispetto al lavoro subordinato - questa nuova fattispecie, da un lato, viene circoscritta in maniera più rigorosa e, dall’altro, prevede un regime protettivo più debole. Sembra così prevalere nell’impostazione del legislatore la preoccupazione di limitare pratiche elusive del lavoro subordinato e distorsioni della concorrenza tramite una autonomia simulata nella scelta tipologica, rispetto all’obiettivo di riconoscere diritti e tutele alla nuova figura contrattuale²⁸⁷.

La “precisione dei contorni definitivi” e la “specificità disciplina applicabile” sono da considerare elementi peculiari all’interno di una riforma complessiva del d.lgs. 276/2003 tesa a promuovere più ampi margini di flessibilità nel mercato del lavoro attraverso fattispecie flessibili (lavoro intermittente, *staff leasing*, lavoro occasionale, maggiore liberalizzazione nei processi di esternalizzazione) controbilanciate, almeno in parte, dalla previsione di nuove garanzie e ammortizzatori sociali in favore dei lavoratori coinvolti in tali fattispecie. Questa peculiarità, secondo De Luca Tamajo, va ricercata nella “duplice *ratio*” che caratterizza il “lavoro a progetto”: da un lato, quella di offrire al datore di lavoro uno strumento con il quale inquadrare forme di collaborazione integrate nell’organizzazione produttiva; dall’altro, quella di impedire un utilizzo puramente elusivo della nuova fattispecie rispetto al contratto di lavoro subordinato. Proprio in coerenza con questa seconda *ratio* il legislatore ha previsto limiti specifici sia per quanto riguarda la definizione della nuova figura sia in relazione alla imprescindibile caratteristica della temporaneità sia per quanto concerne i meccanismi sanzionatori di conversione. Con particolare riferimento alla definizione della nuova figura, il “collaboratore a progetto” infatti non deve solo integrare tutti i

²⁸⁷ Ibidem.

caratteri delle collaborazioni continuative e coordinate, ma è chiamato a svolgere un'attività riconducibile a “progetti specifici o programmi di lavoro determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa”²⁸⁸. Alla luce di queste considerazioni e al netto del tuttora aperto dibattito dottrinale sia in tema di “natura” della nuova figura che in riferimento alla non semplice definizione stessa di “progetto”, è possibile considerare il lavoro a progetto come un sottotipo delle collaborazioni coordinate e continuative richiamate all'art. 409 c.p.c. richiedendo, rispetto a queste ultime, requisiti ulteriori al fine di limitare impieghi elusivi della nuova tipologia contrattuale.

Ad ogni modo, anche l'esperienza del “lavoro a progetto”, frutto legislativo di un variegato dibattito dottrinale che ha animato in particolare il periodo a cavallo tra gli anni '90 e 2000, può essere letta quale espressione dell'ormai diffusa consapevolezza in dottrina di come il criterio della subordinazione, così come delineato dall'art. 2094 c.c., di fronte ad un mercato del lavoro in costante evoluzione sia sempre meno in grado di svolgere la funzione di esclusiva “chiave d'accesso” allo statuto protettivo del diritto del lavoro.

²⁸⁸ Vedi primo comma art. 61 del d.lgs. 276/2003.

Capitolo quinto

GLI ANNI 2000 E I RECENTI PROGETTI IN TEMA DI RIFORMA DEL CONTRATTO DI LAVORO

1. Il contesto storico e politico

1.1 Il rilievo della dimensione europea e il “Libro bianco” sul mercato del lavoro

In questi anni, sempre più importanza rivestirà nel dibattito giuslavoristico e sulle politiche del lavoro perseguite dai governi la dimensione comunitaria. Già nel 1997, con la “Strategia europea per l’occupazione” e poi nel 2000 con il Consiglio europeo di Lisbona, erano state elaborate politiche comunitarie volte a rivitalizzare i mercati del lavoro europei di fronte alle sfide della globalizzazione attraverso indirizzi generali finalizzati a promuovere una maggiore competitività e produttività dei diversi sistemi nazionali, con l’obiettivo, tra gli altri, di aumentare entro il 2010 al 70% la percentuale degli occupati. L’ottica era quella di caratterizzare l’economia europea come “un’economia della conoscenza” fondata su ricerca, innovazione e qualità di formazione del capitale umano.

In Italia, il decennio è segnato nel suo avvio dalla presentazione nell'ottobre del 2001 del "Libro bianco sul mercato del lavoro". Con questo documento non solo si richiamava l'obiettivo europeo dell'incremento del tasso di occupazione "attraverso politiche tese a rendere più funzionante, dinamico e flessibile il mercato"²⁸⁹, ma si indicava dunque anche un cambio di prospettiva nell'intendere il sistema di tutele previste per i prestatori di lavoro. In particolare, veniva sostenuto come fosse necessario impostare il sistema di protezione intorno al lavoratore non più solo "nel rapporto di lavoro", ma con sempre maggiore attenzione alle tutele nel "mercato del lavoro", concentrandosi pertanto su un'idea di sicurezza sociale incardinata sulla persona del lavoratore nel mercato, con particolare riferimento agli strumenti di sostegno al reddito, alla formazione e al ricollocamento, piuttosto che sulla persona del lavoratore nel rapporto con il proprio datore di lavoro. In quest'ultimo ambito si apriva, come abbiamo già visto nel precedente capitolo, a possibili deroghe *in peius* della disciplina indisponibile sia per legge che attraverso un rafforzamento dell'autonomia collettiva e individuale. In attuazione del progetto delineato nel "Libro Bianco" seguirono una serie di interventi legislativi volti a promuovere una maggiore flessibilità: la riforma del contratto a tempo determinato, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 ; la riforma della disciplina dell'orario di lavoro, d. lgs. 8 aprile 2003, n. 66; e naturalmente d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che, oltre alla già citata previsione della nuova tipologia contrattuale del "lavoro a progetto", promuoveva una maggiore apertura ai privati nei servizi per l'impiego, favoriva le politiche di esternalizzazione, rendeva più flessibili tipologie contrattuali quali il lavoro a tempo parziale o il lavoro somministrato, introduceva nuove tipologie contrattuali segnate da una forte flessibilità come il contratto di lavoro intermittente, il contratto di inserimento e quello di lavoro ripartito, introduceva modifiche al contratto di

²⁸⁹ Del Punta, *Diritto del lavoro*, cit., p. 84.

apprendistato e avviava la nuova procedura di certificazione dei contratti volta a semplificarne e stabilizzarne la qualificazione. Se tempestive dunque furono le aperture verso una maggiore flessibilizzazione del mercato non può dirsi altrettanto di quello che sarebbe dovuto essere il perseguimento del complementare obiettivo di un riorientamento delle tutele “nel mercato”. Proprio di questo tipo di tutele le nuove figure contrattuali flessibili avrebbero avuto più bisogno, anche alla luce dello scarso regime protettivo per loro previsto “nel rapporto”, ma la scarsità di risorse pubbliche disponibili e l’alto livello di indebitamento dello Stato ne rallentarono e rinviarono l’attuazione. Sempre questi anni furono caratterizzati da una forte “mediatizzazione” e politicizzazione del dibattito sul diritto del lavoro. In questo senso determinanti furono i tentativi di andare a toccare l’apparato di tutele previsto per i lavoratori subordinati come nel caso, notissimo, della proposta di riforma dell’art. 18 dello Statuto dei Lavoratori in tema di tutela reale verso i licenziamenti illegittimi.

Il mercato del lavoro italiano si presentava così alla fine del primo decennio degli anni 2000, anche a seguito degli interventi sopra descritti, con una serie di problemi strutturali ancora irrisolti quali l’alto tasso di disoccupazione giovanile, femminile, e tra gli over cinquantacinque, la presenza in numero maggiore rispetto alla media europea di disoccupati di lungo periodo e un tasso di lavoro nero stimato intorno al 25% del Pil con picchi ancora più elevati nel Mezzogiorno.

1.2. Il secondo Governo Prodi e il tentativo di contenere la precarietà del lavoro

Tra il 2006 e il 2008, con il ritorno del centro-sinistra al governo, si assistette ad una rinnovata attenzione al tema delle garanzie dei lavoratori con interventi volti a promuovere un ripiegamento parziale rispetto alle misure in tema di flessibilità attuate nella precedente legislatura e una ripresa del metodo della “concertazione” con le parti sociali. Alcuni dei principali obiettivi programmatici di questa breve stagione furono indicati nel “Protocollo su previdenza, lavoro e competitività, per l’equità e la crescita sostenibile” che, sottoscritto con le parti sociali il 23 luglio 2007, venne poi parzialmente tradotto in misure legislative con la legge n. 247 del 24 dicembre 2007. Tra queste misure possiamo ricordare: l’introduzione di un tetto massimo di 36 mesi alle dipendenze di uno stesso datore di lavoro e il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato per i lavoratori con contratto a tempo determinato; l’irrigidimento della disciplina attraverso una riduzione degli spazi concessi all’autonomia individuale e il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo pieno per i lavoratori con contratti a tempo parziale; l’abolizione del lavoro somministrato a tempo indeterminato e del lavoro intermittente; incentivi per promuovere l’occupazione femminile e misure per la stabilizzazione dei cd. “precari della pubblica amministrazione”. Si possono inoltre ricordare gli interventi in materia di diritti di partecipazione dei lavoratori alla *governance* aziendale²⁹⁰, le misure di contrasto alla pratica illecita delle cd. dimissioni “in bianco”²⁹¹, nonché l’importante Testo unico del 2008 in tema di tutela della salute e sicurezza

²⁹⁰ D.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25 in attuazione della direttiva comunitaria 2000/14/CE che istituisce un quadro generale relativo all’informazione e alla consultazione dei lavoratori, in G.U. n.67 del 21 marzo 2007.

²⁹¹ Legge 17 ottobre 2008, n. 188.

dei lavoratori²⁹² che riordinava la delicata materia e si sostituiva al d.lgs. n. 626 del 1994. In ogni caso, tutti questi interventi, sia a causa della ridotta durata della legislatura sia per le contraddizioni irrisolte tra “le due sinistre” al governo, non modificheranno in maniera sostanziale l’impianto del cd. “Decreto Biagi”. Le tensioni contrapposte tra le istanze di una sinistra più “ortodossa” - sostenitrice del ritorno a una maggiore rigidità nel mondo del lavoro e favorevole ad un’integrale abrogazione del Decreto Biagi - e quelle di una sinistra più “riformista” - disponibile a promuovere una flessibilità “sostenibile” dal punto di vista sociale e preoccupata di completare sul fronte delle tutele “nel mercato” il Decreto Biagi piuttosto che abrogarlo - spinsero il “secondo governo Prodi” su una “linea mediana”²⁹³. Questa linea si caratterizzava, da un lato, per il tentativo di attenuare le maggiori asprezze in tema di flessibilità prodotte dalla legislatura precedente e, dall’altro, per la tenuta rispetto alle forti spinte per una maggiore “rigidità”, che avrebbero potuto compromettere la già debole produttività e competitività del sistema produttivo italiano nello scenario internazionale.

1.3. Dall’avvio della XVI legislatura al Governo Monti

Con la caduta nel 2008 del secondo governo Prodi e l’avvio della XVI legislatura a guida centro-destra si è assistito ad una nuova oscillazione in tema di politiche del lavoro.

²⁹² D. lgs. 9 aprile 2008, n. 31.

²⁹³ Del Punta, *Diritto del lavoro*, cit., p. 86.

Primo importante frutto del “nuovo corso” è stata la legge n. 133 del 6 agosto 2008 con la quale è stata ripristinata la “forma libera” delle dimissioni, si è reintrodotta l’abrogato contratto di lavoro intermittente e sono state corrette alcune misure volte ad una maggiore rigidità del governo precedente. In particolare, si è resa possibile, tramite contrattazione collettiva, la derogabilità *in peius* del tetto di 36 mesi per i contratti a tempo determinato sotto le dipendenze di uno stesso datore di lavoro e del diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato.

Anche da questi interventi caratterizzati da quella che potremmo definire come una “flessibilità di ritorno” rispetto al biennio precedente, non pare comunque emergere quel disegno di complessivo riordino della materia da più parti sollecitato²⁹⁴. Questo “adagiarsi” sull’impianto delle regole esistenti, al netto di qualche modifica marginale, secondo alcuni studiosi²⁹⁵, è dovuto in parte al punto di equilibrio venutosi a creare da un lato attraverso un utilizzo intenso di “flessibilità ai margini”, ovvero concentrata prevalentemente sulle figure contrattuali della cd. “zona grigia” e dotate di uno scarso regime di tutele, e dall’altro dal mantenimento integrale del tradizionale sistema protettivo per coloro che prestano lavoro in forza di un contratto di lavoro subordinato. Questo “equilibrio” pone però seri interrogativi in tema di eguaglianza ed equa redistribuzione delle tutele tra i lavoratori “economicamente dipendenti”, una categoria sicuramente più ampia rispetto ai lavoratori subordinati individuati attraverso l’art. 2094 del codice civile e che abbraccia una parte rilevante di quell’area grigia che, come abbiamo appena visto, resta in larga misura priva di un robusto sistema di protezione.

²⁹⁴ Ichino, *Scenari di riforma del mercato del lavoro*, Relazione introduttiva al seminario organizzato a Bertinoro dalla Fondazione Scuola di Politica il 4 settembre 2008, pubblicata nella rivista *ItalianiEuropei*, n. 4/2008; Vedi anche Boeri, Garibaldi, *Un nuovo contratto per tutti*, Milano Chiarelettere, 2008.

²⁹⁵ Ichino, *Scenari di riforma del mercato del lavoro italiano*, cit.

Il tema di una rimodulazione complessiva delle tutele che andasse a toccare anche il lavoro più protetto restava dunque ancora complesso da affrontare, non solo per l'equilibrio di fatto venutosi a creare, come appena descritto, ma anche alla luce dei livelli "incandescenti" che l'argomento aveva toccato pochi anni prima con il tentativo di riforma dell'art. 18 e a causa della cronica instabilità dei governi italiani che ne indeboliva inevitabilmente anche la forza riformatrice. Questo spiega in parte come, nonostante le sempre più esplicite pressioni per una riforma complessiva della materia da parte dell'Unione Europea²⁹⁶, intensificatesi nel corso della grave crisi che l'economia italiana stava attraversando almeno a partire dal 2008, si sia scelto, nel corso della XVI legislatura, di non intervenire direttamente in via legislativa conformandosi a tali pressioni, preferendo piuttosto provare ad affrontare il tema dal lato della contrattazione collettiva.

Esempio di questo atteggiamento, più tattico che strategico, è la legge n. 148 del 13 settembre 2011 "recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo". All'art. 8 di questa legge, in tema di "sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità", viene prevista la possibilità, attraverso la contrattazione aziendale, di derogare non solo alla contrattazione collettiva nazionale, ma anche alle leggi dello Stato in materia di lavoro. In particolare, il secondo comma del predetto articolo, nel quale vengono definite le possibili materie oggetto di accordi aziendali derogativi, fa rientrare tra queste materie alla lettera e) anche le "modalità di assunzione e la disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, la trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e le conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, ...". Di fatto, però, anche questo tentativo di superare

²⁹⁶ V. la lettera di Draghi e Trichet il cui testo è pubblicato su Il Sole 24 Ore del 29 settembre 2011.

“l’impasse” si è rivelato fino ad oggi improduttivo di serie conseguenze a causa dell’impegno delle più rappresentative confederazioni sindacali a non utilizzare l’ampio potere derogatorio che la suddetta legge aveva in loro favore previsto²⁹⁷.

Solo a seguito della “burrascosa” caduta del Governo Berlusconi nel novembre 2011 e con l’insediamento del Governo Monti si riuscirà ad avere la forza, originata, per il vero, più dall’emergenza per le difficilissime condizioni in cui versava l’economia italiana che grazie ad un rinnovato consenso politico, di tentare un approccio più complessivo e profondo di riforma del mercato del lavoro.

Così, dopo l’importante riforma previdenziale entrata in vigore nel dicembre 2011, il 28 giugno 2012, a seguito di intense trattative tra il governo, i partiti e le parti sociali, verrà approvata la cd. “riforma Fornero” del lavoro²⁹⁸, recante “disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita”, sulla quale torneremo nel successivo paragrafo 3 del presente capitolo.

2. Le recenti proposte in tema di riforma del mercato del lavoro

Parallelamente agli altalenanti interventi del legislatore è proseguito negli ultimi anni il dibattito *de iure condendo* intorno a possibili modelli di riforma del mercato del lavoro. Un dibattito che si è arricchito anche grazie al contributo di economisti e sociologi e che può essere ricondotto ad almeno quattro proposte formulate dalla dottrina che, a loro volta, hanno ispirato diversi progetti di legge nel corso delle ultime due

²⁹⁷ Delfino, *Le intese in deroga di cui all’art. 8, d.l. n. 138/2011 nella prospettiva pluriordinamentale*, p. 547, in *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Atti del XVII congresso nazionale di diritto del lavoro, Pisa, 7-9 giugno 2012.

²⁹⁸ Legge 28 giugno 2012, n. 92 in G.U. n. 153 del 3 luglio 2012.

legislature. Ci riferiamo in particolare alla proposta, ancora viva, di uno “Statuto dei Lavori”, promossa dall’ex-Ministro e giuslavorista Tiziano Treu, e a quella ispirata al modello della “Flexsecurity” sostenuta da Pietro Ichino, nonché alle proposte formulate rispettivamente da Tito Boeri e Pietro Garibaldi e da Massimo Pallini e Marco Leonardi.

2.1. Una critica alla proposta di “Statuto dei Lavori”

Per quanto riguarda la proposta di “Statuto dei lavori” abbiamo già avuto modo, nel precedente capitolo, di illustrarne gli aspetti che più ci interessava approfondire in questa sede. Qui ci limitiamo a ricordare come, a differenza delle proposte che ci accingiamo a descrivere, lo “Statuto dei lavori”, nel prevedere una graduazione di tutele dal lavoro subordinato al lavoro autonomo, non metta in discussione, ma anzi confermi, lo statuto protettivo previsto per il lavoro subordinato. Nella stessa direzione sembra inoltre muoversi la proposta formulata sempre da Tiziano Treu con Cesare Damiano ed Enrico Letta “Un lavoro stabile, sicuro e di qualità. Misure per il contrasto alla precarietà del lavoro”²⁹⁹ dove maggiore attenzione si pone al tema della formazione del lavoratore, anche con riferimento agli indirizzi dell’Unione Europea, nonché all’utilizzo del periodo di prova e dell’apprendistato come forme principali d’accesso, anche attraverso la previsione di specifici incentivi, al lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Critico, sia rispetto a questo orientamento sia rispetto alle proposte tese ad una semplice estensione dell’area di tutela dal lavoro subordinato

²⁹⁹ Vedi in <http://www.partitodemocratico.it/doc/69199/un-lavoro-stabile-sicuro-e-di-qualit.htm>.

al lavoro “parasubordinato”³⁰⁰, proposte che trovano invece un largo consenso tra le forze politiche del centro-sinistra, è Pietro Ichino. Questi, da sempre molto attento all’analisi economica del diritto e a quelli che Biagi aveva già definito come i “vincoli alla compatibilità economica” del diritto del lavoro, considera “insostenibile” l’ipotesi di una estensione *tout court* delle tutele del lavoro subordinato all’area della “parasubordinazione”³⁰¹. Questa estensione infatti si scontrerebbe con una forte elasticità della domanda di lavoro “flessibile”, ovvero con una domanda molto sensibile ad aumenti del costo e delle rigidità dei rapporti di lavoro. Il rischio dunque, secondo l’autore, sarebbe quello di assistere ad un incremento della disoccupazione e del lavoro nero a fronte di datori di lavoro non più disponibili ad assumere nuovi lavoratori se non attraverso contratti “flessibili”³⁰². Allo stesso tempo l’autore considera “inefficaci”, rispetto al superamento delle diseguaglianze che interessano il mercato del lavoro italiano, le proposte che, come lo “Statuto dei Lavori”, promuovono una modulazione delle tutele senza toccare le garanzie previste per il lavoro subordinato. Le analisi e le proposte di Ichino, infatti, sono orientate al superamento di quello che l’autore definisce il “dualismo” del mercato del lavoro italiano e che separa nettamente i lavoratori “protetti da quelli poco o per nulla protetti, i regolari dagli irregolari, i dipendenti delle imprese medio-grandi da quelli delle piccole, i

³⁰⁰ In questo senso sembrava andare sia il referendum proposto nel 2002 da Verdi, Rifondazione Comunista e parte dei Democratici di Sinistra - che promuoveva l’idea di estendere la disciplina dell’art. 18 per come previsto per le imprese medio-grandi anche alle imprese con meno di 15 dipendenti – oltre alle proposte di riforma del mercato del lavoro, volte a ridurre drasticamente le differenze tra lavoro subordinato e parasubordinato estendendo a quest’ultimo larga parte delle tutele del primo o attraverso una forte disincentivazione, con rigidità normative, dei rapporti “atipici”(si pensi qui rispettivamente alla già descritta proposta di Alleva e al ddl. Smuraglia, nonché, secondo Pietro Ichino, a diverse misure intraprese dal Governo Prodi nel corso del biennio 2006-2008).

³⁰¹ Ichino, *Scenari di riforma del mercato del lavoro italiano*, cit., p. 3.

³⁰² *Ibidem*, p. 4.

lavoratori del centro-nord da quelli del mezzogiorno”³⁰³. L’autore si concentra in particolare sul cd. “dualismo delle tutele” tra lavoratori protetti, forza lavoro con un contratto subordinato a tempo indeterminato, e lavoratori sottoprotetti ovvero prestatori sostanzialmente dipendenti, ma ai quali non viene applicato lo Statuto dei Lavoratori. Questo tipo di mercato del lavoro per Pietro Ichino è fortemente iniquo, in quanto scarica gran parte della flessibilità di cui necessita il sistema produttivo solo su una parte della forza lavoro generando, da un lato, situazioni strutturali di precarietà di lungo periodo, che poco hanno a che fare con il merito dei lavoratori interessati, e posizioni di rendita dall’altro. Non solo, il modello duale si rivela, per l’autore, anche inefficiente in quanto disincentiva l’investimento nella formazione del lavoratore “precario”, produce effetti negativi per quanto riguarda l’allocazione delle risorse umane e la promozione del merito all’interno della fascia di lavoratori più protetti ed espone gli imprenditori, più attenti alla formazione del capitale umano, alla concorrenza di chi fa un uso più disinvolto della flessibilità della forza lavoro³⁰⁴. In questa prospettiva, la proposta di “Statuto dei Lavori”, che mantiene la figura del contratto a termine e le collaborazioni coordinate e continuative, si limita, secondo Ichino, ad estendere a queste ultime una tutela “blanda” facendole rientrare nell’area del lavoro economicamente dipendente, e limitandosi così solo a scalfire, attraverso una riduzione marginale del differenziale di tutele tra lavoratori protetti (subordinati) e sottoprotetti (parasubordinati), il “dualismo” del mercato. Non solo, anche qualora lo “Statuto dei Lavori” prevedesse una tutela più intensa per il lavoro sostanzialmente dipendente senza però modificare la disciplina applicabile all’area del lavoro subordinato, si rischierebbe immediatamente di ricadere nei limiti, relativi all’elasticità della domanda di lavoro

³⁰³ Vedi la Relazione al d.d.l. n. 1006 presentato alla Presidenza del Senato il 7 agosto 2013, in http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede_v3/Ddliter/testi/41819_testi.htm.

³⁰⁴ Ibidem, p.2.

flessibile, delle proposte che prevedono una semplice estensione delle tutele del lavoro subordinato.

2.2. Pietro Ichino e la proposta di flexsecurity: la necessità di rimodulare la disciplina inderogabile del lavoro subordinato

Pietro Ichino propone di superare in altro modo il dualismo che affligge il mercato del lavoro, attraverso un “contratto unico” applicabile a tutti i lavoratori economicamente dipendenti e che si sostituisca in via generale, al netto di specifiche eccezioni, ad ogni forma di contratto a termine sia subordinato che “parasubordinato”.

Questa soluzione, risalente nel pensiero dell'autore, nasce da una riflessione in tema di “fuga dal lavoro subordinato” egli aveva già sviluppato a cavallo tra gli anni '80 e '90 e che aveva trovato poi una prima formulazione nell'opera “Il lavoro e il mercato” del 1996³⁰⁵ e più recentemente nel saggio “Scenari di riforma del mercato del lavoro italiano” del 2008³⁰⁶.

Nel corso degli ultimi anni, la proposta, anche a seguito dell'intenso dibattito che la stessa ha suscitato in sede universitaria, politica e sindacale, viene sottoposta a continui aggiustamenti, specificazioni e integrazioni con particolare riferimento sia alle tecniche legislative adottate³⁰⁷ sia per quanto riguarda la disciplina applicabile al rapporto di

³⁰⁵ Pietro Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996. Cap. V. Alla proposta qui formulata di riforma del mercato del lavoro si era poi ispirato il d.d.l. n.2075 del 4 febbraio 1997 presentato dal senatore Franco Debenedetti.

³⁰⁶ Pietro Ichino, *Scenari di riforma del mercato del lavoro italiano*, cit.

³⁰⁷ Con il d.d.l. 1481 del 15 marzo 2009 intitolato “Disposizioni per il superamento del dualismo del mercato del lavoro, la promozione del lavoro stabile in strutture produttive flessibili e la garanzia di pari opportunità nel lavoro per le nuove generazioni”, Ichino disegna il passaggio al nuovo sistema di tutele attraverso due istituti “sperimentali” che

richiedono un'adesione volontaria delle parti: il "contratto di transizione" - un contratto collettivo stipulato tra un gruppo di imprese e una o più organizzazioni sindacali che istituisca un'agenzia al fine di garantire per i nuovi lavoratori assunti (ai quali verrà applicato il nuovo regime protettivo in tema di licenziamento), "nel caso di perdita del posto, sostegno del reddito e assistenza intensiva nel mercato del lavoro..." (ddl n. 1481/2009, p.4) - e il "contratto di ricollocazione al lavoro" - stipulato tra l'agenzia istituita con il "contratto di transizione" e il lavoratore economicamente dipendente che prevede l'obbligo per la prima di erogare un trattamento di sostegno al reddito oltre a servizi di formazione, riqualificazione e di supporto alla ricerca di nuova occupazione e il dovere per il secondo di mettersi a disposizione per le attività che l'agenzia gli proporrà. Con il d.d.l. n. 555 presentato alla presidenza del Senato il 18 aprile 2013 intitolato "Misure sperimentali per la promozione dell'occupazione e il superamento del dualismo fra lavoratori protetti e non protetti. Modifiche alla legge 28 giugno 2012 n. 92, in materia di contratto a termine, di lavoro intermittente e di associazione in partecipazione", che attraverso un contratto collettivo "aziendale di sperimentazione" consente il passaggio ad nuovo sistema di tutele sulla traccia del d.d.l. 1481/2009 - ovvero, superato il periodo di prova di 6 mesi, il diritto ad una indennità di licenziamento per il licenziamento economico od organizzativo e l'obbligo per il datore di lavoro di offrire al dipendente licenziato per motivi non disciplinari la possibilità di stipulare un "contratto di ricollocazione", se il lavoratore ha superato i due anni di anzianità di servizio - sia per i lavoratori subordinati a tempo indeterminato, sia per quelli a tempo determinato, sia per le collaborazioni autonome continuative (v. artt.3-5); Il d.d.l. 1481/2009 e il d.d.l. 555/2013 prevedono dunque il passaggio al nuovo sistema di tutele su base volontaria stipulando, attraverso contrattazione collettiva, il "contratto di transizione" o il "contratto sperimentale aziendale". Un'altra forma di passaggio al nuovo sistema di tutele è poi quello previsto nei d.d.l. n. 1873 presentato al senato l'11 novembre del 2009 e il d.d.l. 1006 presentato sempre al Senato il 7 agosto 2013 e recanti lo stesso titolo: "Codice dei rapporti di lavoro. Modifiche al Libro V del codice civile". In entrambi i testi viene utilizzata una diversa tecnica legislativa, non si prevede più il passaggio al nuovo sistema attraverso una sperimentazione volontaria, ma si propone direttamente di novellare gli articoli del codice civile in materia di lavoro. Diverso esempio di tecnica legislativa per promuovere il nuovo sistema di tutele proposto da Ichino è poi quello rappresentato dalla Legge delega n.4727, d'iniziativa dei deputati Raisi e Della Vedova, presentata in data 7 aprile 2011, alla Camera dei Deputati, con la quale si chiedeva al Governo di intervenire in materia attraverso Decreto Legislativo. Infine va ricordato l'ultimo tentativo, questa volta riuscito a seguito di una votazione positiva in Senato, da parte di Ichino di far approvare almeno una parte dei nuovi istituti di tutela previsti nei suoi progetti. Stiamo parlando dell'emendamento all'articolo unico della Legge di stabilità 2014 (art. 132-bis) che consente alle regioni di sperimentare un "contratto di ricollocazione" ispirato ai principi di "condizionalità" di quello previsto nei d.d.l. precedentemente illustrati, in favore di soggetti fruitori di ammortizzatori sociali, anche in deroga, e di lavoratori in stato di disoccupazione involontaria.

lavoro economicamente dipendente³⁰⁸, assumendo così la forma di diversi disegni di legge presentati dallo stesso Pietro Ichino divenuto nel frattempo parlamentare nel 2008 con l'avvio della XVI legislatura.

Di seguito, richiamiamo la proposta di riforma nella sua formulazione più recente, ovvero quella definita nel disegno di legge n. 1006, presentato da Ichino al Senato il 7 agosto 2013³⁰⁹, in tema di “Modifiche al Libro V del codice civile”.

Nell'introduzione a questo testo normativo, l'autore ribadisce come il bisogno di protezione del lavoratore non nasca dalla subordinazione tradizionalmente intesa, che considera quale “fatto essenzialmente tecnico-giuridico”³¹⁰, ma “dallo squilibrio di potere contrattuale tipico della situazione di dipendenza economica del lavoratore dall'impresa”³¹¹. Questo tipo di dipendenza viene assunta dall'autore quale “fattispecie generale del sistema giuslavoristico”³¹². Nella delicata e conseguente operazione di redistribuzione delle tutele applicabili e di ridefinizione dei contenuti della disciplina inderogabile, Pietro Ichino indica esplicitamente

³⁰⁸ Pensiamo qui in particolare ai mutamenti che hanno interessato un istituto delicato, dal punto di vista sociale ed economico, quale il contratto di ricollocazione che determina i contenuti dell'assistenza nel mercato del lavoro prevista per lavoratore licenziato: l'anzianità di servizio necessaria al godimento del trattamento complementare di disoccupazione a carico dell'azienda, passa da un anno come previsto nell'art. 3 del d.d.l. 1481 del 2009, ai due del d.d.l. 1006 del 2013; la copertura temporale dello stesso trattamento viene poi gradualmente ridotta: 4 anni nel d.d.l. 1481/2009; 3 anni nel d.d.l. 1873/2009; 2 anni nel d.d.l. 1006/2013; l'ammontare del trattamento per il primo anno passa poi dal 90% dell'ultima retribuzione, così nei d.d.l. 1481 e 1873 del 2009, all'80% del d.d.l. 1006/2013; inoltre a differenza dei primi due disegni di legge nel d.d.l. 1006/2013 non viene più previsto l'obbligo di sostegno al reddito del lavoratore licenziato per le aziende con meno di 15 dipendenti.

³⁰⁹ D.d.l. n. 1006 comunicato alla Presidenza del Senato il 7 agosto 2013 dal titolo: “Codice dei rapporti di lavoro. Modifiche al Libro V del codice civile”.

³¹⁰ D.d.l. 1006/2013, p. 6.

³¹¹ Ibidem.

³¹² Ibidem.

il criterio logico al quale si attiene: “per un verso tutte le protezioni che si ritengono inderogabilmente necessarie per i lavoratori subordinati devono essere estese anche agli altri lavoratori operanti in condizioni di effettiva dipendenza economica; per altro verso, le protezioni che si ritengono eccessive per questi ultimi non possono essere considerate inderogabilmente necessarie neppure per i lavoratori subordinati”³¹³.

Per quanto riguarda poi i contenuti della disciplina applicabile, lo “standard minimo” previsto per il lavoro economicamente dipendente si contraddistingue, rispetto al tradizionale contratto di lavoro subordinato, per un maggiore grado di flessibilità nel rapporto e per una più intensa protezione del lavoratore nel mercato.

In tema di flessibilità in entrata, la nuova disciplina prevede un percorso di stabilizzazione “a tutele crescenti” modulato su tre livelli ordinati in relazione alla durata del rapporto tra il lavoratore ed il datore. Il primo livello corrisponde al “periodo di prova”, di massimo sei mesi, durante il quale ciascuna delle parti può recedere dal rapporto senza onere di preavviso. Concluso il periodo di prova, l’assunzione diviene definitiva e il servizio prestato fino a quel momento si computa ai fini dell’anzianità del lavoratore³¹⁴. Il secondo livello copre invece il periodo che separa la conclusione della prova dal raggiungimento del secondo anno di anzianità di servizio. Durante questo lasso di tempo, il lavoratore ha diritto, in caso di licenziamento non disciplinare³¹⁵, ad una indennità³¹⁶ computata in

³¹³ Ibidem, p. 6.

³¹⁴ Vedi art. 2096, co. 4 del d.d.l. 1006/2013.

³¹⁵ A seguito delle modifiche introdotte dalla cd. Riforma Fornero del Lavoro, l. 92/2012, va considerata anche l’ipotesi nella quale il lavoratore perda il posto in conseguenza di un licenziamento disciplinare di cui sia stata accertata l’illegittimità in sede giudiziale, cautelare o di merito e al quale non abbia fatto seguito la reintegrazione (v. art. 2120 co. 1 d.d.l. 1006/2013).

relazione alla durata del rapporto e all'offerta di un "contratto di ricollocazione" che prevede servizi di formazione, riqualificazione e di supporto alla ricerca di nuova occupazione con il complementare dovere, per il lavoratore, di mettersi a disposizione per le diverse attività che gli verranno proposte. Il terzo livello, al quale si accede superato il secondo anno di anzianità, prevede infine che il lavoratore licenziato possa beneficiare, oltre che dell'indennità prevista già per il livello precedente, di tutti i servizi collegati al "contratto di riqualificazione" a norma dell'art. 2120 d.d.l. 1006/2013, compreso il trattamento complementare di disoccupazione³¹⁷, dal quale rimangono invece esclusi i lavoratori con meno di due anni di anzianità di servizio³¹⁸.

³¹⁶ L'indennità di licenziamento è regolata dal secondo comma dell'art. 2119 del d.d.l. 1006/2013 dove si chiarisce come "al lavoratore che abbia superato il periodo di prova è dovuta dal datore di lavoro, in aggiunta a quanto è oggetto del contratto di ricollocazione di cui all'art. 2120, un'indennità pari a tanti dodicesimi della retribuzione lorda complessivamente goduta nell'ultimo anno di lavoro, quanti sono gli anni compiuti di anzianità di servizio in azienda ...".

³¹⁷ Il trattamento complementare di disoccupazione, a norma dell'art. 2120 del d.d.l. 1006/2013 lettera a), prevede "l'erogazione a cura e spese del datore di lavoro o committente, per la parte non coperta da programmi statali o regionali, anche mediante un'agenzia terza, di un trattamento complementare per il periodo di disoccupazione effettiva e involontaria, tale che il trattamento complessivo ammonti all'80 per cento dell'ultima retribuzione per il primo anno, essendo la retribuzione di riferimento soggetta al limite massimo di 40.000 euro annui; qualora lo stato di disoccupazione effettiva e involontaria si protragga oltre il primo anno, l'ammontare complessivo del trattamento garantito al lavoratore si riduce al 70 per cento per il secondo;...".

³¹⁸ Nel d.d.l. 1006/2013 viene dunque meno il quarto livello di tutela, previsto rispettivamente dall'art. 7 del d.d.l. 1481/2009 e dall'art. 2119 del d.d.l. 1873/2009, al quale potevano accedere i lavoratori che avevano maturato venti anni di anzianità di servizio. Per questi lavoratori, oltre a tutte le tutele già descritte per il "terzo livello", operava, in tema di licenziamento economico od organizzativo illegittimo, una presunzione di discriminazione in ragione dell'età con conseguente possibile applicazione della tutela reale prevista dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970. In realtà nel d.d.l. 1006/2013 sopravvive ancora una diversità di disciplina per questi lavoratori, anche se molto più attenuata, quando si dispone che, superati i venti anni di anzianità di servizio, la porzione dell'indennità di licenziamento corrispondente alla maggiore anzianità venga calcolata in due mensilità di retribuzione per anno anziché una, come previsto nei livelli di tutela precedenti.

In tema di flessibilità in uscita, la proposta di Pietro Ichino si concentra sulla disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ovvero dettato da ragioni di natura economica od organizzativa dell'impresa. Per questo tipo di licenziamento, la proposta dell'autore è quella di sottrarre al sindacato giudiziale la valutazione riguardo alle esigenze economiche, organizzative o comunque inerenti alla produzione presentate dal datore sia per quanto riguarda la loro sussistenza sia per quanto riguarda la loro idoneità a giustificare il recesso. Qualora il lavoratore ne faccia denuncia, il giudice potrà solo limitarsi a controllare “la sussistenza di motivi discriminatori determinanti, o motivi di mero capriccio, intendendosi per tali quei motivi futili totalmente estranei alle esigenze economiche, organizzative o produttive aziendali”³¹⁹. A tutela del lavoratore, dunque, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'autore propone di non applicare più la disciplina prevista dall'art. 18 dello “Statuto dei Lavoratori”, ma solo un congruo indennizzo rappresentato dall'indennità di licenziamento ex art. 2119, 2° c. del d.d.l. 1006/2013. La tutela reale, prevista dall'articolo 18 in caso di licenziamento illegittimo, continua invece ad essere applicata nell'ipotesi di licenziamento discriminatorio, per rappresaglia o comunque per motivo illecito.

Per quanto riguarda poi le tutele nel mercato, come abbiamo già avuto modo di vedere, l'istituto di riferimento è rappresentato dal “contratto di ricollocazione” che prevede, da una parte, misure volte a tutelare la stabilità del reddito del lavoratore durante le fasi di disoccupazione involontaria, attraverso un trattamento complementare di disoccupazione, pari all'80% dell'ultima retribuzione per il primo anno, e al 70% per il secondo, e, dall'altra, attraverso l'attivazione di misure volte a promuovere la formazione, la riqualificazione e la ricollocazione del

³¹⁹ Vedi art. 2119 co. 6 del d.d.l. 1006/2013.

lavoratore, sull'esempio delle esperienze degli ordinamenti nordeuropei, con particolare riferimento all'esempio danese.

Il disegno di legge prevede poi che il nuovo sistema di tutele descritto³²⁰ venga applicato solo ai rapporti di lavoro costituiti dopo la sua entrata in vigore. Questa scelta, espressa nell'art. 4 del d.d.l., ha l'obiettivo di sdrammatizzare e rendere graduale il superamento del vecchio sistema di protezione, evitando improvvisi e drastici mutamenti sia con riferimento alla disciplina del mercato del lavoro, sia per quanto riguarda i servizi in esso disponibili. Pietro Ichino qui si richiama esplicitamente al metodo che i politologi definiscono come *layering*³²¹ e che prevede l'istituzione di “un nuovo ordinamento applicabile soltanto alle fattispecie – in questo caso: i rapporti di lavoro – che vengono a esistenza da un dato momento in poi”³²².

In tema di qualificazione del rapporto, Pietro Ichino, come abbiamo già sottolineato, supera il concetto di subordinazione tecnico-giuridica per adottare, quale criterio determinante al fine di accedere alla nuova disciplina applicabile, una nozione di “dipendenza economica” ancorata a criteri rigorosamente quantitativi. Viene considerato prestatore di lavoro dipendente chi trae dal singolo rapporto più di due terzi del proprio reddito complessivo di lavoro, a meno che il reddito del lavoratore non superi i 40.000 euro lordi annui oppure che il lavoratore sia iscritto ad un albo od

³²⁰ Qui il riferimento è alla proposta di novella degli articoli 2118, 2119 e 2120 del codice civile rispettivamente in materia di “Recesso del datore di lavoro o committente”, “Licenziamento per motivo economico, tecnico od organizzativo”, “Assistenza nel mercato del lavoro al lavoratore licenziato”.

³²¹ Questo metodo è stato proposto per la prima volta dall'economista G. Saint Paul in “*On the political Economy of Labour Market Flexibility*”, intervento alla NBER Macroeconomic Annual, 1993, Cambridge Mass., Mit Press, 1993.

³²² Vedi introduzione al d.d.l. n. 1481/1999, p. 3.

ordine professionale incompatibile con la posizione di dipendenza, si pensi qui, a titolo di esempio, agli ordini dei notai o degli avvocati³²³.

Su questa nozione di “lavoro dipendente” si incardina dunque quel complesso di tutele che l’autore considera essere lo “*standard* minimo universale di protezione della continuità del lavoro e del reddito”³²⁴. Questa definizione per Pietro Ichino è più appropriata rispetto a quella di contratto unico che sembra presupporre la cancellazione di ogni altra forma contrattuale. La proposta dell’autore è però ben più articolata: egli infatti prevede ancora una fattispecie di rapporto di lavoro subordinato in senso tecnico quale sottoinsieme del “lavoro dipendente” caratterizzato dalla soggezione al potere direttivo del datore³²⁵. A questo rapporto vengono applicate, in via esclusiva, norme che richiamano specifici poteri riconosciuti al datore di lavoro quali lo *ius variandi* in materia di mansioni³²⁶, il potere di variare la distribuzione dell’orario del lavoro³²⁷, l’elemento complementare al potere direttivo ovvero l’assoggettamento del lavoratore subordinato alle disposizioni per l’esecuzione del lavoro impartite dal titolare dell’azienda o dai suoi preposti³²⁸, la facoltà di scelta

³²³ D.d.l. n. 1006 del 7 agosto 2013 intitolato “Codice dei rapporti di lavoro. Modifiche al Libro V del codice civile”.

³²⁴ D.d.l. n. 1481 del 25 marzo 2009.

³²⁵ Nel d.d.l. n. 1006 del 7 agosto 2013 intitolato “Codice dei rapporti di lavoro. Modifiche al Libro V del codice civile” viene riformulato l’art. 2094 c.c. definendo quale prestatore di lavoro subordinato “colui che si sia obbligato, dietro retribuzione, a svolgere per una azienda in modo continuativo una prestazione di lavoro personale soggetta al potere direttivo del datore”.

³²⁶ *Ibidem*, art. 2103.

³²⁷ *Ibidem*, art. 2107, co. 4.

³²⁸ *Ibidem*, art. 2104, co.2 .

del software informatico nei rapporti di telelavoro³²⁹ e quelli relativi al distacco del lavoratore presso un'azienda diversa³³⁰.

Non solo, l'autore prevede ulteriori modulazioni di tutela, senza mettere in discussione lo "standard minimo", con riferimento a fattispecie come il telelavoro, il lavoro a domicilio o il lavoro domestico³³¹ caratterizzate da diversi vincoli spazio-temporali; o nel caso di controprestazioni datoriali che, oltre alla retribuzione, prevedano anche attività di formazione o addestramento, come per l'apprendistato nelle sue diverse tipologie³³²; o ancora quando la prestazione abbia un carattere professionale o venga svolta nell'ambito di programmi locali di servizio alla persona o alla comunità, come nel caso delle collaborazioni di pubblica utilità³³³.

Va inoltre sottolineato come neppure la fattispecie del contratto a termine venga in realtà eliminata, anzi, ne viene prevista una tipologia stipulabile "senza necessità di motivazione", nel caso di prima assunzione di un lavoratore alle dipendenze di un'azienda³³⁴. Questa fattispecie vede applicata una disciplina di "sostanziale indifferenza" rispetto al nuovo contratto di "lavoro dipendente": in caso di perdita incolpevole del posto di lavoro - per licenziamento, mancato rinnovo o mancata proroga del contratto a termine - è infatti previsto il diritto ad un'indennità di licenziamento proporzionata all'anzianità di servizio, come previsto nell'art. 2119 del d.d.l. 1006/2013. Non solo, il periodo di lavoro trascorso in forza di un contratto a termine, qualora il rapporto dovesse proseguire a

³²⁹ Ibidem, art. 2123, co.3.

³³⁰ Ibidem, art. 2124.

³³¹ Ibidem, art. 2123.

³³² Ibidem, artt. 2130 e 2131.

³³³ Ibidem, artt. 2132-2134.

³³⁴ Vedi art. 2097, co. 1 del d.d.l. 1006/2013.

tempo indeterminato, viene calcolato ai fini dell'anzianità di servizio con conseguente accesso ai diversi livelli di protezione nel mercato descritti dall'art. 2120 del d.d.l. appena richiamato. Viene poi mantenuto, per il rapporto di lavoro a termine senza necessità di motivazione, il limite di durata massima di 36 mesi. Disciplina diversa, in base alla quale non si applica la previsione dell'indennità per perdita incolpevole del posto di lavoro, è invece prevista sia in caso di termine apposto in forza di un contratto collettivo a norma dell'art. 2071 del d.d.l. sia per altre specifiche ipotesi, come il lavoro stagionale o quello intermittente, elencate alle lettere di cui al secondo comma dell'articolo 2097³³⁵.

Tutte queste modulazioni di disciplina e differenziazioni tra forme contrattuali rispondono alla ricerca di un equilibrio, da parte dell'autore, tra la necessità di semplificare e portare a sintesi, attraverso la proposta di novella al codice civile, le migliaia di norme che regolano attualmente il mercato del lavoro e l'esigenza di conservare una pluralità di tipologie contrattuali al fine di rispondere efficacemente alle articolate richieste della parte datoriale onde prevenire possibili "fughe" dal nuovo contratto di lavoro dipendente.

Pietro Ichino riconosce poi una funzione rilevante, nel modulare ulteriormente il nuovo sistema di tutela da lui disegnato, all'autonomia individuale e alla contrattazione collettiva, attraverso la previsione di ampi spazi derogatori, anche in favore della contrattazione di secondo livello.

³³⁵ Le fattispecie previste dalle lettere di cui al secondo comma dell'art. 2097 del d.d.l. 1006/3013 sono: lavori stagionali; sostituzione di altro lavoratore il cui rapporto sia per qualsiasi motivo temporaneamente sospeso; assunzione in funzione di spettacoli o di stagione teatrale; assunzione in funzione di fiere, mercati, manifestazioni commerciali a carattere temporaneo, o altre esigenze a carattere meramente occasionale o straordinario, compresi i casi di lavoro accessorio (art. 2101); assunzione con contratto a termine di durata non inferiore a un anno, prorogabile o rinnovabile fino a un massimo di sei anni, per attività di ricerca scientifica o di insegnamento; assunzioni per prestazioni intermittenti; assunzione di giovane in funzione di apprendistato (art. 2130), assunzione di dirigente; assunzione da parte di persona fisica per lo svolgimento di servizi alla famiglia.

La modulazione crescente delle tutele nel rapporto, il minor grado di rigidità in uscita, previsto per il lavoro subordinato, la differenziazione “sostenibile” delle forme contrattuali e l’ampio margine derogativo lasciato alla contrattazione collettiva, sono tutte scelte che sembrano andare nella direzione di una maggiore flessibilità. Questa caratteristica della proposta in esame insieme all’intensa opera di semplificazione disegnata dall’autore, sono considerate dallo stesso come i due principali strumenti con i quali perseguire l’obiettivo di superare alcune delle rigidità di una normativa ritenuta “prolissa, ermetica e ampollosa”³³⁶. Proprio nei caratteri della “ipertrofia” e della “pervasività” del diritto del lavoro italiano, segnato, secondo l’autore, da una generale diffidenza per l’autonomia individuale, che porta a ridurre al minimo gli spazi disponibili, vanno dunque ricercate le cause dei diversi “dualismi” che caratterizzano il nostro mercato del lavoro. Questa situazione, per Ichino, produce l’effetto di spingere sia datori che prestatori a rifugiarsi nell’area grigia dei cosiddetti “lavori atipici” e delle collaborazioni autonome al fine di limitare i “costi di transazione”³³⁷ che sono chiamati a sopportare. In questa prospettiva, sempre secondo l’autore, le proposte che tendono solo ad un maggior irrigidimento dell’area del lavoro atipico rischiano di promuovere nuove forme di elusione anche da quest’ultimo verso aree del mercato del lavoro segnate da una ancora più marcata autonomia, pensiamo qui alle cd. “partite Iva” o addirittura verso il lavoro nero.

³³⁶ Vedi introduzione al d.d.l. 1006/2013.

³³⁷ Quando si riferisce ai costi di transazione, Ichino si richiama alla teoria del noto economista Ronald Coase (Coase R.H., *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 1937; Id, *Impresa, mercato e diritto*, Il Mulino, Bologna, 1995) e ripresa poi da diversi studiosi di diritto del lavoro. Per costi di transazione si intendono tutti quei costi connessi all’organizzazione di un’attività, come, a titolo di esempio: il costo della continua stipulazione dei contratti e della loro rinegoziazione; il costo delle informazioni; il costo della determinazione volta per volta del regolamento negoziale e del meccanismo per la risoluzione di eventuali conflitti. (vedi anche Nogler, Corazza, *Risistemare il diritto del lavoro*, Liber amicorum Marcello Pedrazzoli, ed. Franco Angeli, 2012, p. 368 ss.

Secondo Ichino, dunque questa impostazione si rivelerebbe non solo come inefficace, ma addirittura controproducente proprio rispetto all'obiettivo di rafforzare le tutele dei lavoratori atipici sostanzialmente dipendenti e di ridurre le disuguaglianze, nel regime protettivo, tra questi ultimi e i lavoratori subordinati. Solo grazie ad un'attenta opera di ridefinizione del nucleo inderogabile delle tutele previste per il rapporto di lavoro subordinato, volta a limitarne i costi di transazione, e attraverso un complementare irrobustimento delle protezioni previste per il lavoratore "nel mercato", in un quadro giuridico più semplice e prevedibile, sarà possibile vincere la sfida di prevedere uno *standard* minimo di tutela per tutti i lavoratori economicamente dipendenti senza compromettere la "compatibilità economica" dell'operazione.

Numerose e severe sono state le critiche a questa proposta di riforma. Alcuni hanno accusato Ichino di svalutare teleologicamente la disciplina giuslavoristica fondata sui "valori" costituzionali in favore di un'impostazione economica fondata sugli "interessi", snaturando così il ruolo stesso del diritto del lavoro e mettendosi al servizio di una cultura dell'utilità e del profitto³³⁸. Altri hanno attaccato la tenuta economica del regime di tutela, previsto dalla riforma, per il lavoratore "nel mercato" mettendone in discussione la sostenibilità, con particolare riferimento alle imprese con meno di quindici dipendenti e, più in generale, riguardo alle gravi inefficienze del sistema italiano di politiche attive del lavoro da leggere per di più nella dimensione dei difficili anni di crisi, con conseguente aumento del tasso di disoccupazione, che il Paese sta attraversando³³⁹. Altri hanno messo in discussione l'applicabilità della

³³⁸ Caruso, *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *Formazione e mercato del lavoro in Italia e in Europa*, Atti del XV Congresso Aidlass, S. Margherita di Pula, 1-3 giugno 2006, Giuffrè, 2007, p.97.

³³⁹ Marco Crippa, *Luci e ombre della flexsecurity di Pietro Ichino*, in *Bollettino ADAPT*, 16 marzo 2009; Alessandro Riccobono, *Qualificazione del contratto e controllo della fattispecie nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 2011, p. 179 ss.

proposta, chiaramente ispirata al modello danese, al contesto Italiano così diverso per “estensione territoriale, popolazione, capacità produttiva, efficienza della pubblica amministrazione” e segnato da un diffuso minor senso civico sia in relazione alla fedeltà fiscale che per quanto riguarda l’utilizzo corretto del sistema di sicurezza sociale³⁴⁰.

A sostegno di queste critiche, sembrano poi rilevare altri elementi distintivi del mercato del lavoro italiano quali: l’alta percentuale di disoccupazione di lungo periodo, la bassa mobilità dei lavoratori e la presenza di aree regionali con scarsa densità industriale, pensiamo qui in particolare alla situazione che interessa intere regioni del mezzogiorno. Altri ancora hanno sollevato dubbi di legittimità costituzionale³⁴¹ e di compatibilità rispetto al diritto comunitario³⁴² in merito alla scelta di sottrarre al giudice il sindacato giudiziale sul licenziamento economico-organizzativo; altri infine hanno messo in guardia da possibili abusi del datore di lavoro nell’utilizzare il licenziamento per motivo oggettivo considerando irrinunciabile non solo il sindacato del giudice, ma la stessa natura reale della tutela prevista dall’articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori. In generale, possiamo osservare come, nonostante Ichino si sia sempre dichiarato un riformista di sinistra, normalmente proprio “la sinistra” politica, sindacale e gli autori che in dottrina possono essere accostati a quest’area politica hanno nutrito fortissimi diffidenze verso le proposte dell’autore. Secondo queste critiche, l’effetto dell’impostazione e delle soluzioni individuate da Ichino non sarebbe tanto quello di costruire

³⁴⁰ Maria Teresa Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, in atti del XVII Congresso Nazionale di diritto del lavoro, Pisa, 7-9 giugno 2012, Giuffrè, Milano, 2013, p. 169.

³⁴¹ Vedi l’argomentazione difensiva rispetto a queste critiche dello stesso Ichino, *La Corte Costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti*, in *Diritto del lavoro e Corte Costituzionale*, a cura di R. Scognamiglio, Napoli, ed. Scientifiche Italiane, 2006, pp. 129-140.

³⁴² Maria Teresa Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit. nota 344, p. 218 ss.

un nucleo comune di tutele per i lavoratori dipendenti, quanto di distruggere il nucleo rigido di tutela conquistato con tanti sforzi dal movimento operaio nel corso del Novecento, aprendo le porte alla flessibilità anche dentro le mura della “cittadella” del lavoro subordinato.

Al netto di tutte queste critiche, però, quella di Pietro Ichino resta tuttora la più articolata elaborazione recente in tema di riforma del diritto e del mercato del lavoro, rappresentando per chiunque voglia avanzare proposte in tema, un fondamentale e stimolante punto di riferimento.

2.3. Il contratto unico a tutele crescenti proposto da Tito Boeri e Pietro Garibaldi e il d.d.l. “Nerozzi” del 2010

Di grande rilievo nel dibattito recente è stata poi la proposta di contratto unico formulata dagli economisti Tito Boeri e Pietro Garibaldi. Partendo da un’analisi sullo sviluppo del mercato del lavoro tra gli anni Novanta e nel corso degli anni Duemila, i due autori analizzano gli effetti degli interventi legislativi volti a promuovere una maggiore flessibilità del mercato: se da un lato, osservano, si è rilevato un calo sensibile della disoccupazione dall’11% del 1995 al 6% del 2006, anno in cui la proposta è stata per la prima volta formulata, dall’altro le condizioni dei lavoratori nel mercato sono rimaste fortemente diseguali. Gli autori, in sintonia con le considerazioni di Pietro Ichino, nel loro lavoro mettono in evidenza queste diseguaglianze e con la loro proposta di “contratto unico” si pongono l’obiettivo di superarle o quantomeno attenuarle.

In particolare, si concentrano sul fatto che la maggiore flessibilità, dovuta ad un incremento dell’offerta di forme contrattuali atipiche, caratterizzate da minori tutele e maggiori rischi di licenziamento per i lavoratori, cd. “flessibilità ai margini”, ha certamente promosso una maggiore facilità di accesso, ma ad un mercato del lavoro “secondario”. Vengono infatti distinti dagli autori due tipi di mercato del lavoro: uno

“primario”, dove si applica la disciplina protettiva del contratto a tempo indeterminato ed uno “secondario”, parallelo al primo, nel quale si applicano molte meno tutele ed occupato da lavoratori a termine e parasubordinati. Questo “dualismo” che caratterizza il mercato del lavoro vede poi concentrarsi nel mercato “secondario” la grande maggioranza delle nuove assunzioni, andando a colpire di conseguenza in maniera più pesante le nuove generazioni che si affacciano sul mercato. Secondo i due economisti questo è dovuto, almeno in parte, a scelte legislative che hanno privilegiato la flessibilità di accesso, concentrandola su forme contrattuali atipiche o a tempo determinato, senza intaccare la rigidità dello statuto protettivo, con particolare riguardo, in tema di flessibilità in uscita, alla disciplina dei licenziamenti del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Altro elemento di iniquità che caratterizza il mercato del lavoro per Boeri e Garibaldi è poi la diversità di trattamento tra lavoratori del mercato “primario” e “secondario” con riferimento alle tutele previste nel mercato: mentre per i primi sono previsti i trattamenti più generosi, per i secondi gli strumenti di sostegno al reddito e gli incentivi a ritrovare una nuova occupazione sono scarsissimi.

Per i due economisti però il problema non è tanto la diversità di trattamento che contraddistingue i lavoratori del mercato primario da quelli del mercato secondario, quanto l'impermeabilità che caratterizza il rapporto tra i due mercati, comprovata dal fatto che, secondo le rilevazioni dagli stessi effettuate, in media ogni anno solo un lavoratore a termine su dieci e un lavoratore parasubordinato su venti riescono a passare dal mercato “secondario” al mercato “primario”. La cd. “precarità” non sarebbe dunque generata da un'accentuata diversità nei regimi protettivi tra lavoratori, ma dalla difficoltà di accesso ad un regime più intenso di tutele per chi entra nel mercato del lavoro attraverso forme contrattuali atipiche o a termine. La soluzione proposta dagli autori, coerentemente a questa considerazione, si pone l'obiettivo di promuovere una maggiore facilità di accesso al mercato del lavoro più protetto, senza però

retrocedere, irrigidendo la disciplina, in tema di flessibilità in entrata. Viene così proposto un “percorso verso la stabilità”³⁴³ che, senza rinunciare ai vantaggi occupazionali portati dalla flessibilità in entrata, accompagni il lavoratore, attraverso un regime gradualmente più intenso di tutele, ad un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Lo strumento col quale gli autori traducono questo orientamento è un “contratto unico” a tutele crescenti.

Per descrivere con maggiore precisione il contratto unico proposto dagli autori possiamo prendere come testo di riferimento quello del d.d.l. n. 2000, presentato alla presidenza del Senato il 5 febbraio 2010 con il titolo “Istituzione di un contratto unico di ingresso” e avente come primo firmatario il senatore Paolo Nerozzi³⁴⁴. Questo d.d.l. infatti si ispira esplicitamente, traducendola in legge, alla proposta di Boeri e Garibaldi con l’obiettivo di “ricomporre in uno schema unitario (il contratto unico) le prestazioni oggi più esposte alla precarizzazione, offrendo contestualmente alle imprese quella maggiore flessibilità in entrata necessaria per scommettere con minor rischio sulle performance di produzione nel medio periodo”³⁴⁵. Il “contratto unico di ingresso” si propone di diventare la forma “tipica” di prima assunzione a tempo indeterminato per il lavoro dipendente e prevede un’articolazione in due fasi: una “fase di ingresso” e una “fase di stabilità”. Nella fase di ingresso, per la quale è stabilito un limite massimo di durata di tre anni, il lavoratore se licenziato per motivi economici³⁴⁶, o comunque non

³⁴³ Boeri e Garibaldi, *Un nuovo contratto per tutti*, cit., e sempre di Boeri e Garibaldi, *Dieci riforme a costo zero*, Chiarelettere, 2011.

³⁴⁴ Vedi in http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Ddliter/testi/34907_testi.ht.

³⁴⁵ *Ibidem*, introduzione al d.d.l., p. 4.

³⁴⁶ “Resta comunque ferma l’applicazione della normativa vigente in caso di licenziamento disciplinare e di licenziamento del quale il giudice ravvisi un motivo determinante discriminatorio ovvero un motivo futile totalmente estraneo alle esigenze proprie del processo produttivo”. Art. 4 del d.d.l. 2000/2010.

disciplinari, ha in ogni caso diritto alla sola tutela obbligatoria nella forma di un'indennità di licenziamento pari a cinque giorni di retribuzione per ogni mese di prestazione lavorativa. L'incremento graduale di tutela della stabilità del rapporto è così rappresentato dal collegamento tra l'ammontare dell'indennità e la durata del rapporto stesso. Con l'inizio della successiva "fase di stabilità" si applica invece la normativa prevista in caso di licenziamento per il lavoro subordinato con la relativa tutela "reale" laddove prevista dall'ordinamento³⁴⁷.

La durata della fase di ingresso può essere modulata, nel rispetto del limite massimo di tre anni, dalla contrattazione collettiva o direttamente dalle parti che in ogni momento possono pattuire l'inizio della "fase di stabilità".

La nuova fattispecie di "contratto unico di ingresso" non sostituisce alcuna delle forme contrattuali attualmente esistenti, ma si limita ad assorbire, attraverso una conversione automatica prevista per legge³⁴⁸, i contratti a termine di quei lavoratori che percepiscono una retribuzione annua inferiore ai 25.000 euro lordi³⁴⁹ e i contratti di lavoro autonomo continuativo, di lavoro a progetto e di associazione in partecipazione che, ricevendo più dei due terzi del proprio reddito complessivo di lavoro da uno stesso committente, percepiscano meno di 30.000 euro lordi l'anno³⁵⁰. Tutte queste fattispecie che rientrerebbero, in forza di una conversione automatica sulla base di criteri rigorosamente quantitativi, nella disciplina del contratto unico di inserimento, di fatto descrivono quella che per gli autori è l'area della "dipendenza economica" nel mercato del lavoro.

³⁴⁷ Art. 4. Co. 2, d.d.l. 2000/2010.

³⁴⁸ Vedi artt. 8 e 11 del d.d.l. 2000/2010.

³⁴⁹ "Con riferimento ad una prestazione a tempo pieno ovvero l'importa equivalente pro quota per prestazioni di durata inferiore" art. 8, let. A.

³⁵⁰ "...tale limite si dimezza per i primi due anni di iscrizione ad una gestione di previdenza obbligatorio", art. 11, let. A del d.d.l.

Quest'area non sarebbe dunque individuata semplicemente da un insieme di fattispecie "parasubordinate" o a tempo determinato intese in senso generale, ma richiederebbe ulteriori requisiti di specificazione connessi al livello retributivo del lavoratore e, nei casi di lavori parasubordinati, allo stato di monocommittenza, o di committenza nettamente prevalente, del lavoratore³⁵¹. Questa soluzione sembra seguire l'impostazione tecnica suggerita al tempo da Marco Biagi, secondo il quale sarebbe più efficace determinare di volta in volta per legge la disciplina da applicare alle diverse fattispecie piuttosto che costruire giuridicamente nuove fattispecie astratte di lavoro alle quali ricondurre in via generale una specifica disciplina protettiva. Così anche nel d.d.l. "Nerozzi", ispirato alla proposta di Boeri e Garibaldi, non viene definita una nuova fattispecie di "lavoro economicamente dipendente", ma ci si limita a disegnare una nuova forma contrattuale, il contratto unico di ingresso, prevedendo specificamente a quali, tra le fattispecie già esistenti, andrà necessariamente applicata la disciplina di questo nuovo contratto. Al di là della tecnica adottata però, la proposta di Tito Boeri e Pietro Garibaldi si riduce nella sostanza a graduare nel tempo una transizione di forme contrattuali a tempo determinato e parasubordinate nell'area della disciplina del lavoro subordinato a tempo indeterminato. Questa scelta si espone alla critica di chi, come Ichino, la ritiene difficilmente sostenibile per le imprese. Se da un lato, infatti, la proposta "Boeri-Garibaldi" va ad aumentare, attraverso la previsione di un'indennità automatica in caso di licenziamento per motivi economici, le tutele per i lavoratori a termine e parasubordinati economicamente dipendenti, dall'altro, prospettando un approdo, solo dilazionato temporalmente durante la "fase di ingresso", all'intero regime protettivo del lavoro subordinato, rischia di essere eccessivamente gravosa, dal punto di vista dei "costi assicurativi complessivi del sistema", per il

³⁵¹ Come abbiamo già evidenziato nel testo, l'art. 11 del d.d.l. 2000/2010 fa riferimento al prestatore che tragga più di due terzi del proprio reddito da un solo committente.

datore di lavoro. Pare inoltre legittimo chiedersi se, nell'ottica dell'interesse del lavoratore, la soluzione adottata dagli autori sia sufficiente a sventare normalmente, attraverso il solo disincentivo economico dell'indennità crescente di licenziamento, il recesso dal rapporto da parte del datore al fine ad evitare la temuta applicazione del regime protettivo previsto nella "fase di stabilità". Il rischio del recesso al termine della "fase di ingresso" pare poi ancora più forte per quei lavoratori con basse mansioni che non richiedono un particolare investimento formativo da parte del datore. Tale aspetto sembra essere in contraddizione con l'attenzione degli stessi autori espressa attraverso le soglie di retribuzione individuate con riferimento alla dipendenza economica e finalizzata a tutelare soprattutto questo tipo di lavoratori in quanto più deboli sia nel rapporto con il datore che nel mercato del lavoro. La proposta in esame inoltre, nella formula descritta dal d.d.l. "Nerozzi", non prevedendo alcuno strumento di tutela "nel mercato" per il lavoratore, rischia di rivelarsi inefficace, sempre secondo Ichino, al fine di superare i dualismi che caratterizzano il mercato del lavoro italiano³⁵².

2.4. Massimo Pallini e Marco Leonardi: una proposta ispirata al diritto tedesco

Una terza proposta, ispirata alle recenti riforme attuate in tema di flessibilità in uscita da Francia e Germania, è poi quella formulata da Marco Leonardi e Massimo Pallini. Anche in questo caso, obiettivo della proposta è il contrasto alle forme di precarietà e ai dualismi che interessano il mercato del lavoro. Secondo gli autori la causa principale della precarietà nel mondo del lavoro va ricercata nella "grande convenienza economica e gestionale che spinge le aziende a ricorrere in

³⁵² Ichino, *Scenari di riforma*, cit. p.8.

modo illecito, ma quanto mai diffuso, a contratti “parasubordinati” per assolvere mansioni che debbono essere svolte dal lavoro continuativo”³⁵³. Questa pratica ha reso nei fatti per l’impresa “perfettamente fungibili” i rapporti di lavoro parasubordinati rispetto ai rapporti subordinati. Da ciò ne consegue che un ulteriore irrigidimento della disciplina del rapporto subordinato attraverso una limitazione più stringente per quanto riguarda ad esempio la possibilità di stipulare contratti a termine, come prevede la proposta di “contratto unico” di Boeri e Garibaldi, rischia di spingere le imprese ad un maggior utilizzo dei più convenienti contratti “parasubordinati”³⁵⁴. La proposta degli autori si concentra proprio sul tentativo di superare l’abusata distinzione tra lavoro subordinato e forme di collaborazione svolte in maniera organica e continuativa all’interno dell’organizzazione aziendale. A questo scopo, viene proposto di “ripensare la stessa nozione e la disciplina legale del lavoro dipendente” in modo da ricomprendere in un unico contratto “sia il lavoro qualificato come subordinato secondo i canoni dettati dal codice civile del 1942 sia il lavoro formalmente autonomo ma prestato in modo esclusivo o prevalente “in” e “per” un’organizzazione imprenditoriale”³⁵⁵. Alla luce del conseguente “ampliamento dei destinatari” del regime protettivo previsto, oggi per il solo lavoro subordinato, che questa nuova definizione comporterebbe, vengono introdotti maggiori margini di flessibilità sia in entrata che in uscita. In tema di flessibilità in entrata, si propone un’estensione ragionevole del periodo di prova (da sei a dodici mesi), da calcolarsi in relazione alla natura delle mansioni assegnate. In tema di flessibilità in uscita, poi, prendendo spunto da provvedimenti già attuati in

³⁵³ Leonardi, Pallini, *Contratto unico contro la precarietà*, NalMerito.com, 19 febbraio 2008.

³⁵⁴ Pensiamo qui alla diversa disciplina in tema di licenziamento, alla non applicazione dei minimi contributivi previsti da contratti nazionali o ancora alle sensibilmente più leggere aliquote contributive.

³⁵⁵ *Ibidem*

Germania e proposti in Francia con l'obiettivo di ridurre il contenzioso giudiziario in tema di licenziamenti, viene prevista per legge, per le sole imprese con più di quindici dipendenti, "un'indennità economica di licenziamento" da aggiungersi al periodo di preavviso. L'idea è quella di utilizzare questa indennità al fine di disincentivare il ricorso giudiziario del lavoratore verso i licenziamenti per motivi economici e organizzativi. L'indennità verrebbe così offerta obbligatoriamente dal datore al lavoratore il quale deve scegliere di rinunciarvi prima di poter ricorrere davanti al giudice. Questa soluzione non va dunque a modificare, come prevede Ichino, né a ritardare, come nella proposta Boeri-Garibaldi, l'applicazione della tutela reale prevista dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, ma interviene in una fase anteriore al licenziamento attraverso la previsione di un indennizzo monetario utilizzato come deterrente verso il possibile ricorso giudiziario del lavoratore.

A differenza delle proposte precedentemente illustrate, quella di Leonardi e Pallini prevede che la nuova disciplina sia immediatamente efficace per tutti i lavoratori e non solo per i nuovi contratti, evitando così differenze di trattamento tra *insider* e *outsider*.

Secondo gli autori questa proposta sarebbe in grado di appianare le differenze di trattamento che contraddistinguono il lavoro subordinato dal lavoro parasubordinato in condizioni "sostanzialmente identiche in seno alla stessa impresa". Anche qui il pericolo, come già nella proposta Boeri-Garibaldi, è però quello di un aumento del rischio assicurativo complessivo del sistema tale da rendere la proposta di difficile sostenibilità. In particolare, secondo Ichino³⁵⁶, occorre considerare come rispetto a quanto avviene in Germania, dove la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro viene molto raramente disposta dal giudice, in Italia la situazione ad oggi è ben diversa. E' quindi più probabile che il

³⁵⁶ Ichino, *Scenari di riforma*, cit. p. 9, in questo saggio l'autore ricorda come in Germania solo nel 5 per cento dei casi in cui il giudice riconosca come illegittimo il licenziamento viene disposto il reintegro.

lavoratore scelga comunque di affrontare il contenzioso giudiziario, dal quale può ottenere oltre alla reintegrazione anche il risarcimento del danno, risultando così insufficiente il deterrente dell'indennità monetaria prevista.

Al di là delle soluzioni tecniche adottate in tema di modifiche al regime di tutela per il lavoratore, anche in questa proposta viene condivisa la prospettiva di un'area di lavoro dipendente comprensiva di una parte di collaborazioni oggi considerate autonome e dunque più ampia rispetto alla nozione codicistica di subordinazione prevista dall'articolo 2094 c.c.

2.5. Il “contratto unico di inserimento formativo” previsto nel d.d.l. n. 2630 del 2009

Un'ultima proposta di contratto unico che può essere utile ricordare in questa sede è quella formulata nel d.d.l. n. 2630, presentato il 22 luglio 2009 alla Presidenza della Camera dei Deputati da Marianna Madia e intitolata “Disposizioni per l'istituzione di un contratto unico di inserimento formativo e per il superamento del dualismo nel mercato del lavoro”³⁵⁷. Obiettivo della proposta di legge è quello di “agevolare le assunzioni a tempo indeterminato e renderle più convenienti”, senza creare un contratto diverso da quello di lavoro a tempo indeterminato. Percorsi di formazione, flessibilità nella fase di ingresso e forti incentivi alle imprese, volti a promuovere una maggiore stabilità del rapporto di lavoro, sono gli strumenti utilizzati per perseguire l'obiettivo.

Il d.d.l. istituisce così il “contratto unico di inserimento formativo” (CUIF), un contratto a causa mista³⁵⁸ di natura subordinata, che, andando

³⁵⁷ Vedi in http://www.parlamento.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/testi/36597_testi.ht.

³⁵⁸ La causa mista prevede, accanto alla causa di scambio (lavoro verso retribuzione) tipica del contratto di lavoro subordinato, l'obbligo della formazione del lavoratore in capo al datore.

a riformare l'apprendistato professionalizzante, prevede “un percorso incentivato di accesso o reinserimento al lavoro suddiviso in un primo periodo a tempo determinato, denominato “abilitazione”, a cui segue l'assunzione a tempo indeterminato. All'atto dell'assunzione a tempo indeterminato, inizia il periodo denominato “consolidamento professionale”, di durata pari al periodo di abilitazione”.

Durante il periodo di “abilitazione”, la cui durata stabilita in sede di contrattazione collettiva può andare da un minimo di sei mesi a un massimo di tre anni, sono previsti incentivi sia sul fronte retributivo che su quello contributivo per il datore di lavoro. A parità di inquadramento, il lavoratore assunto con il CUIF può percepire una retribuzione inferiore, fino al 65 per cento della retribuzione di riferimento, che aumenterebbe gradualmente, qualora venissero raggiunti gli obiettivi formativi, fino al raggiungimento della parità con il suo livello di riferimento entro la fine del periodo di “abilitazione”³⁵⁹. La contribuzione applicata in questo periodo, qualora l'azienda dimostri nei tempi e con le modalità previste dal CCNL di settore di aver svolto l'attività di formazione, viene ridotta al 25 per cento della retribuzione lorda. Per quanto riguarda poi la disciplina del recesso, durante l' “abilitazione” il rapporto può essere interrotto per giusta causa o, in ogni caso, con il semplice obbligo di preavviso. La scelta in tema di flessibilità in uscita in questo caso è molto forte ammettendo di fatto fino al termine del periodo di “abilitazione” il licenziamento *ad nutum*, salvo il rispetto dei termini di preavviso. Un regime simile non sarebbe oggi possibile per il contratto a tempo determinato, nel quale, fino alla data di scadenza indicata nell'assunzione, è ammesso solo il licenziamento per giusta causa³⁶⁰. Al termine del periodo di “abilitazione”

³⁵⁹ Vedi art. 3 in tema di retribuzioni ed incentivi del d.d.l. 2630/2009.

³⁶⁰ Nel contratto a termine non è previsto il licenziamento per giustificato motivo oggettivo o soggettivo.

poi, il datore può decidere di interrompere il rapporto con il solo obbligo di preavviso di sessanta giorni.

Al fine di incentivare la trasformazione a tempo indeterminato del contratto, il d.d.l. prevede sgravi contributivi ancora più consistenti per il datore che decida di assumere il lavoratore al termine del periodo di abilitazione. Questi ulteriori sgravi caratterizzano il periodo di “consolidamento professionale” la cui durata è pari a quella del periodo di abilitazione e nel quale viene prevista una contribuzione pari rispettivamente al 21 per cento della retribuzione lorda per il primo anno, al 23 per il secondo e al 25 per il terzo. Nel periodo di consolidamento professionale, viene applicata la disciplina normalmente prevista per il contratto di lavoro subordinato compreso il diritto di accedere a parità di condizioni “agli ammortizzatori sociali, alle tutele e prestazioni sociali, alle eventuali procedure di mobilità e di incentivazione alla ricollocazione”³⁶¹.

Per disincentivare poi possibili abusi nell’utilizzo del nuovo strumento contrattuale, la proposta di legge dispone che possono procedere a nuove assunzioni mediante il CUIF solo i datori di lavoro che nei due anni precedenti “non abbiano interrotto il rapporto di lavoro con più del 50 per cento dei lavoratori assunti con il medesimo CUIF”³⁶².

Con il “contratto unico di inserimento formativo” si vuole introdurre un’unica forma incentivata di accesso al lavoro subordinato. Il CUIF infatti si propone di “assorbire” le diverse modalità di accesso al mercato del lavoro abrogando e sostituendosi all’apprendistato professionalizzante e di alta qualifica, al lavoro ripartito e intermittente, nonché al contratto di formazione e lavoro. Per quanto riguarda poi i contratti a tempo determinato nel d.d.l. sono specificamente elencati i casi in cui è possibile

³⁶¹ Vedi art. 10 del d.d.l.

³⁶² Vedi art. 7 del d.d.l.

l'apposizione di un termine³⁶³ e vengono contestualmente abrogate le estensioni causali, anche con riferimento al contratto di lavoro accessorio, previste dalla legge numero 133 del 6 agosto 2008. Viene poi stabilito un limite inderogabile per la stipulazione dei cd. contratti parasubordinati. I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, ai sensi dell'art. 409 c.p.c., i rapporti occasionali e a progetto, previsti dal decreto legislativo 276/2003, nonché le prestazioni d'opera, ex articolo 2222 c.c., eseguite senza autonoma organizzazione e senza una piena autonomia nelle modalità di svolgimento della prestazione, non possono essere instaurate per basse qualifiche³⁶⁴ e per le mansioni il cui contenuto è prevalentemente esecutivo³⁶⁵. Da questa disposizione è possibile, da un lato, individuare le fattispecie di lavoro autonomo che si vogliono superare e, dall'altro, in modo complementare, definire i margini di estensione dell'area del lavoro sottoprotetto proposti nel d.d.l. in esame. Tutte le fattispecie di lavoro autonomo sopra elencate infatti "in caso di basse mansioni e di mansioni il cui contenuto è prevalentemente esecutivo", di fatto non possono essere più considerate come fattispecie di lavoro autonomo e dovranno necessariamente essere disciplinate o attraverso il CUIF o attraverso il normale contratto a tempo indeterminato o ancora, se rientranti nelle ipotesi specificamente previste, attraverso altri contratti a tempo determinato.

³⁶³ L'articolo 2 del d.d.l. in tema di ambito di applicazione del contratto unico di inserimento formativo (CUIF) prevede specifiche eccezioni per quanto riguarda le situazioni e le forme contrattuali nelle quali è ancora possibile apporre un termine: il contratto di somministrazione di lavoro; i contratti a natura stagionale; in caso di sostituzione di lavoratori assenti e per i quali sussiste il diritto alla conservazione del posto; in caso di picchi produttivi non programmabili e circoscritti nel tempo, previo accordo sindacale; per assunzioni nell'ambito di specifici spettacoli o programmi radiofonici o televisivi; nel caso di esecuzione di un'opera o di un servizio a carattere straordinario o occasionale.

³⁶⁴ Per la definizione delle "basse qualifiche" il d.d.l. al quarto comma dell'articolo 2 rinvia alle definizioni individuate dalla contrattazione collettiva.

³⁶⁵ Così viene previsto nel terzo comma dell'art. 3 del d.d.l.

Rispetto alle precedenti proposte illustrate anche in questo caso viene condivisa l'idea di istituire una nuova figura contrattuale che "assorba" l'area del lavoro atipico "precario" al fine di orientarlo su un percorso di stabilizzazione verso il contratto a tempo indeterminato. È interessante osservare come il d.d.l. "Madia" non parli mai esplicitamente di "dipendenza economica" né utilizzi il criterio della monocommittenza agganciato a tetti retributivi al fine far emergere le fattispecie sostanzialmente dipendenti e perciò sottoprotette. Il d.d.l. in esame sembra piuttosto concentrarsi sulle modalità esecutive³⁶⁶ della prestazione e sul livello delle mansioni richieste al lavoratore, quali criteri per limitare l'instaurazione di contratti di lavoro autonomo e parasubordinato.

Anche in questa proposta, dunque, come in quella di Boeri-Garibaldi-Nerozzi, non vengono riformulate né la nozione né la disciplina del normale contratto subordinato a tempo indeterminato né vengono avanzate proposte di riforma degli strumenti di tutela del lavoratore nel mercato. Il lavoro si concentra piuttosto nel predisporre una serie di incentivi e strumenti di flessibilità in entrata che rendano, nell'intenzione degli autori, più sostenibile e uniforme il percorso di accesso al contratto a tempo indeterminato senza però interrogarsi sulla sostenibilità del "punto di approdo": la tradizionale disciplina del lavoro subordinato. Porsi questa domanda è però cruciale al fine di comprendere se il datore, al netto degli incentivi e degli strumenti di flessibilità messi a disposizione nella fase di ingresso, deciderà nella maggioranza dei casi di stabilizzare o meno il lavoratore.

³⁶⁶ Si fa riferimento nel testo del d.d.l., come già menzionato, ai criteri dell'assenza di una autonoma organizzazione e della presenza di limiti posti all'autonomia della prestazione.

Capitolo Sesto

La rimodulazione dell'area del lavoro subordinato nella “Riforma Fornero”

1. *“Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita”*

Dando seguito agli impegni assunti nel proprio discorso di insediamento in relazione alle richieste più volte sollecitate in sede europea di intraprendere misure volte a rendere più efficiente e competitivo il mercato del lavoro italiano³⁶⁷, il Governo Monti, in data 5 aprile 2012, ha sottoposto al Parlamento un “ampio e articolato” progetto di riforma trasformato poi in legge dallo stesso Parlamento il 28 giugno³⁶⁸.

Obiettivo dell'ambiziosa riforma era quello di disporre “misure e interventi intesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione”. A questo scopo il testo di legge intendeva: favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili “ribadendo il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato”, cosiddetto “contratto dominante”, quale forma comune di rapporto di lavoro”;

³⁶⁷ Tra queste sollecitazioni l'ultima e più esplicita è rappresentata dalla già citata lettera inviata, il 5 agosto 2011, dalla Banca Centrale Europea e firmata da Mario Draghi e Jean-Claude Trichet che, in tema di riforme del mercato del lavoro, suggerisce come “Dovrebbe essere adottata una accurata revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento dei dipendenti, stabilendo un sistema di assicurazione dalla disoccupazione e un insieme di politiche attive per il mercato del lavoro che siano in grado di facilitare la riallocazione delle risorse verso le aziende e verso i settori più competitivi”.

³⁶⁸ Legge 28 giugno 2012, n. 92 in G.U. n. 153 del 3 luglio 2012.

valorizzare l'apprendistato quale "modalità prevalente di ingresso dei giovani nel mondo del lavoro"; redistribuire "in modo più equo le tutele dell'impiego, da un lato, contrastando l'uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità progressivamente introdotti nell'ordinamento con riguardo alle tipologie contrattuali" e, dall'altro, adeguando alle mutate condizioni del mercato la disciplina del licenziamento "con previsione altresì di un procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione delle relative controversie"; rendere "più efficiente, coerente ed equo l'assetto degli ammortizzatori sociali e delle politiche attive in una prospettiva di universalizzazione e di rafforzamento dell'occupabilità delle persone"; contrastare la diffusa elusione "degli obblighi contributivi e fiscali degli istituti contrattuali esistenti"³⁶⁹.

Il legislatore sembra dunque voler rispondere positivamente all'orientamento dell'Unione europea in tema di riforme del mercato del lavoro incentrato sulla cosiddetta *flexsecurity* ed espresso in un Libro Verde della Commissione europea del 2006³⁷⁰.

Da un lato, infatti si intende rafforzare e universalizzare il regime di tutele (*security*) del lavoratore "nel mercato", dall'altro, si ritiene opportuno rivedere gli elementi di flessibilità con particolare riferimento alla fase di uscita dal rapporto (*flexibility*). A questi propositi va poi aggiunto quello di una razionalizzazione, alla luce dell'altalenante e incompleta legislazione sull'argomento, delle numerose forme contrattuali atipiche presenti nel nostro ordinamento ribadendo al contempo la centralità e il favore dell'ordinamento per il contratto di lavoro subordinato

³⁶⁹ Vedi articolo 1 della Legge 92/2012.

³⁷⁰ Libro Verde della Commissione delle Comunità europee del 22 novembre 2006, COM (2006) 708 def., dal titolo "*Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*".

a tempo indeterminato quale “contratto dominante” e dell’apprendistato quale contratto “prevalente” d’ingresso.

Oltre agli indirizzi europei, è possibile rinvenire nell’articolato in esame l’influenza del recente dibattito italiano in tema di contratto unico. Sebbene le soluzioni adottate dalla legge si differenzino rispetto alle proposte illustrate nei precedenti paragrafi, elementi quali l’attenzione alle tutele nel mercato, la revisione del licenziamento per motivi economici, la centralità del lavoro subordinato a tempo indeterminato e dell’apprendistato, nonché la preoccupazione di impedire che attraverso l’uso improprio di contratti atipici si eluda la disciplina del lavoro subordinato, richiamano numerosi degli spunti contenuti in queste proposte.

1.1. La tutele nel mercato

In relazione alla riforma delle tutele stabilite per il lavoratore nel mercato, il testo prevede, da un lato, una chiara distinzione tra sussidi di disoccupazione³⁷¹ e tutele in costanza del rapporto³⁷², mentre dall’altro, mira a ridurre il dualismo tra lavoratori dipendenti e atipici, nonché quello tra lavoratori di imprese medio-grandi e lavoratori di imprese sotto i 15 dipendenti.

In tema di sussidi di disoccupazione, viene istituita, a partire dal primo gennaio 2013, l’Assicurazione Sociale per l’Impiego (ASpI) che, al termine di un periodo transitorio nel quale si affiancherà alle attuali misure contro la disoccupazione, dal primo gennaio 2017, si sostituirà

³⁷¹ Come previsti all’art. 2 della Legge 92/2012.

³⁷² Come previste all’art. 3 della Legge 92/2012.

all'indennità di mobilità ordinaria³⁷³ con la funzione di “fornire ai lavoratori che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione un'indennità mensile di disoccupazione”³⁷⁴. Rispetto all'indennità di mobilità l'ASpI prevede un'indennità più generosa³⁷⁵, anche se per un periodo di tempo più limitato, e comprende un maggior numero di categorie di lavoratori. Per quanto riguarda l'ambito applicativo l'ASpI, oltre a comprendere tutti i lavoratori dipendenti, viene estesa anche agli apprendisti, agli artisti e ai soci lavoratori di cooperativa che abbiano stabilito, in ragione del rapporto associativo, un rapporto in forma subordinata. I requisiti richiesti al lavoratore sono, oltre allo stato di disoccupazione, il versamento di almeno un anno di contribuzione contro la disoccupazione nel biennio precedente alla disoccupazione e due anni di anzianità di assicurazione contributiva. L'ASpI verrà erogata ai lavoratori di età inferiore ai cinquantacinque anni per un periodo massimo di dodici mesi, mentre, per i lavoratori di età pari o superiore ai cinquantacinque anni, per un periodo massimo di diciotto mesi. Per i contratti a termine, viene previsto un contributo aggiuntivo che, in caso di trasformazione a tempo indeterminato del rapporto a termine, si converte in un incentivo alla stabilizzazione prevedendo la restituzione al datore degli ultimi sei mesi di contributi aggiuntivi versati.

Per quanto riguarda poi i lavoratori che non rientrano nei requisiti contributivi dell'ASpI, in particolare lavoratori atipici, la riforma prevede, al comma 51 dell'art. 2, l'istituzione di una mini-ASpI. Questa assicurazione è attivabile da quei lavoratori, in stato di disoccupazione, che

³⁷³ Vedi Circolare INPS n.2, del 7 gennaio 2013.

³⁷⁴ Vedi art. 2 co. 1 della Legge 92/2012.

³⁷⁵ L'indennità, a norma del co. 7 dell'art. 2 della Legge 92/2012 è pari al 75% della retribuzione mensile nei casi in cui la stessa sia pari o inferiore all'importo di 1180 euro mensili. Nei casi in cui la retribuzione sia maggiore, l'indennità viene incrementata di una somma pari al 25% del differenziale tra la retribuzione mensile e il predetto importo.

abbiano versato almeno tredici settimane di contributi da attività lavorativa negli ultimi dodici mesi precedenti all'inizio del periodo di disoccupazione. L'indennità verrà corrisposta mensilmente per un numero di settimane pari alla metà delle settimane di contribuzione nei dodici mesi precedenti alla fine del rapporto di lavoro. Rispetto alla precedente indennità di disoccupazione ordinaria a requisiti ridotti si modifica dunque la modalità di erogazione dell'indennità, che avveniva in un unico contributo, e viene meno, con un effetto estensivo della potenziale platea di beneficiari tra i lavoratori atipici, il requisito dei due anni di anzianità contributiva.

Sul fronte delle tutele in costanza di rapporto, coerentemente all'intento di distinguere più chiaramente i sussidi di disoccupazione dalle integrazioni salariali in caso di riduzione o sospensione delle ore lavorate, la riforma prevede, con effetto dal 2016, l'abrogazione della cassa integrazione guadagni straordinaria (CIGS) per esigenze non connesse alla conservazione del posto di lavoro, ovvero in caso di procedure concorsuali con cessazione di attività, nonché in ogni caso in cui lo stato dell'azienda sia tale da non far prevedere una prospettiva di ripresa al termine dell'intervento di sostegno del reddito³⁷⁶. In sostituzione della CIGS abrogata interverrà l'ASpI che verrà estesa anche a tutte quelle imprese che, pur non rientrando nell'ambito di applicazione della Cassa, beneficiavano dei trattamenti da questa previsti in regime di deroga (cd. Cassa integrazione in deroga). Al fine poi di omogeneizzare il "balcanizzato" regime di ammortizzatori sociali italiani, la Legge stabilisce l'estensione della cassa integrazione guadagni (CIG), con i relativi obblighi contributivi, a tutte le imprese che oggi non ne sono coperte. Questa estensione non avviene direttamente a carico dell'Inps, ma

³⁷⁶ La valutazione in merito alle prospettive di ripresa e la salvaguardia dei livelli occupazionali sarà effettuata sulla base di criteri oggettivi che verranno emanati dal Ministero del Lavoro.

attraverso l'istituzione di fondi bilaterali di solidarietà costituiti attraverso accordi e contratti collettivi. L'istituzione di questi fondi a favore di tutte le imprese non coperte da CIG avverrà su base obbligatoria le imprese con più di quindici dipendenti e su base volontaria per quelle con meno di quindici dipendenti³⁷⁷. Si prevede poi l'istituzione di un "fondo residuale" destinato alle sole imprese con più di quindici dipendenti al fine di garantire l'integrazione salariale³⁷⁸.

1.2. La flessibilità in uscita

Per quanto riguarda la riforma della flessibilità in uscita la scelta del legislatore è stata quella di intervenire sulle conseguenze del licenziamento senza modificarne i presupposti ovvero senza intervenire sulle ragioni giustificatrici³⁷⁹. L'obiettivo era quello di rendere, attraverso una riduzione e una maggiore prevedibilità dei costi, meno rigida la disciplina del licenziamento per il lavoro subordinato al fine di incentivarne l'utilizzo e favorirne così una rinnovata centralità quale "contratto dominante".

In caso di licenziamento discriminatorio³⁸⁰ permane la tutela reale prevista dall'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori. Il giudice, un volta

³⁷⁷ Vedi comma 10 dell'art. 3 della Legge.

³⁷⁸ Questo fondo, come quelli bilaterali, sono finanziati con contributi dei datori di lavoro e dei lavoratori, ripartiti obbligatoriamente nella misura rispettivamente di due terzi e un terzo, con un contributo aggiuntivo del datore di lavoro dell'1,5% in caso di utilizzo dell'istituto.

³⁷⁹ Le ragioni giustificatrici del licenziamento rimangono disciplinate dall'art. 3 della legge n.604 del 1966. Per una disamina recente e approfondita dell'istituto del licenziamento discriminatorio si veda M. Barbera, Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2013, p.1.

³⁸⁰ ovvero ai sensi del comma 42 art. 1 della Legge 92/2012: "intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni

dichiarata la nullità del licenziamento³⁸¹, ordina al datore di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro, “indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro³⁸²”.

Rimane in ogni caso in capo al lavoratore, fermo restando il diritto al risarcimento del danno, “la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un’indennità pari a quindici mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, e che non è assoggettata a contribuzione previdenziale”³⁸³.

In caso di licenziamento disciplinare, per le sole imprese con più di quindici dipendenti, il giudice, qualora accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, può annullare il licenziamento e disporre la reintegrazione solo quando il fatto contestato risulti insussistente o rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle

legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell’articolo 1345 del codice civile,…”.

³⁸¹ ai sensi dell’art. 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108.

³⁸² Vedi co. 42, art. 2 della L. 92/2012. Oltre alla reintegrazione il lavoratore, nei casi in cui sia stata accertata la nullità del licenziamento, ha diritto, a titolo di risarcimento del danno subito, ad un’indennità stabilita dal giudice e “commisurata all’ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell’effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative”. In ogni caso l’indennità non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è inoltre condannato al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali con riferimento al periodo intercorso tra il licenziamento e la reintegrazione.

³⁸³ Ibidem.

previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili³⁸⁴. Nelle altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa è prevista invece una tutela obbligatoria: il giudice “dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un' indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo”³⁸⁵. Si passa dunque, nel licenziamento disciplinare, da un precedente regime di tutela unitaria, nel quale la reintegrazione veniva applicata indipendentemente dal tipo di vizio accertato dal giudice, ad un regime di tutela differenziata, dove in

³⁸⁴ Anche in caso di licenziamento disciplinare illegittimo sanzionabile con la reintegrazione il datore è condannato “al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso, la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro e' condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione”. Il regime di tutele in questo caso risulta meno intenso rispetto a quello prevista per il licenziamento discriminatorio: pensiamo in particolare al tetto massimo delle dodici mensilità (per il licenziamento discriminatorio è invece previsto solo un tetto minimo di cinque mensilità) per l'indennità risarcitoria e alla deduzione da questa non solo di quanto il lavoratore ha effettivamente percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, ma anche di quanto avrebbe potuto potenzialmente percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In dottrina, alcuni hanno sottolineato questa distinzione definendo come “tutela reintegratoria piena” quella prevista per il licenziamento discriminatorio e “tutela reintegratoria attenuata” quella prevista per il licenziamento disciplinare. Vedi Maria Teresa Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, p.195ss., in “Il diritto del lavoro al tempo della crisi”, atti del XVII Congresso Nazionale di diritto del lavoro, Pisa, 7-9 giugno 2012, ed. Giuffrè.

³⁸⁵ Vedi co.42 , art. 2 della L. 92/2012.

relazione al vizio accertato il giudice può stabilire la tutela reintegratoria o la sola tutela risarcitoria.

Per quanto riguarda infine il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ovvero determinato da “ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”³⁸⁶, la riforma prevede anche qui il passaggio da un regime unitario di tutela ad un regime differenziato. Per le sole imprese che occupino più di quindici dipendenti il giudice può disporre la reintegrazione del lavoratore solo qualora accerti “la manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo”. E' importante sottolineare come in questo caso, diversamente da quanto previsto in tema di licenziamento disciplinare per le ipotesi di reintegrazione, il giudice non sia dunque tenuto disporre il reintegro, ma possa decidere, in base ad una propria valutazione, se applicare la reintegrazione o la tutela obbligatoria. In tutti gli altri casi si applica invece la tutela obbligatoria prevista per il licenziamento disciplinare³⁸⁷ sempre che, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento non risulti determinato da ragioni discriminatorie o da ragioni disciplinari che richiedano la sanzione reintegratoria. In tema di riforma della disciplina del licenziamento, diverse sono state le critiche della dottrina. Alcuni autori hanno messo in evidenza come la nuova disciplina, in contraddizione con la volontà del legislatore di semplificare e dare maggiore certezza dei tempi alle parti nella risoluzione delle controversie relative al recesso, lasci ancora un ampio margine di

³⁸⁶ Vedi art. 3 della Legge n. 604 del 15 luglio 1966.

³⁸⁷ Rispetto alla tutela obbligatoria prevista per il licenziamento disciplinare, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo “ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsti”, si tiene conto, oltre ai criteri di cui al quinto comma, “delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni”.

discrezionalità al giudice sia nel determinare il tipo di tutela³⁸⁸, reale od obbligatoria, sia in relazione al *quantum* del risarcimento che, a differenza delle diverse proposte di contratto unico illustrate, non viene ancorato a criteri oggettivi relativi all'anzianità di servizio del lavoratore³⁸⁹. Del resto anche il Governo pare tradire la consapevolezza di questi difetti attraverso la previsione, al fine di decongestionare il possibile contenzioso giudiziario, di una procedura preventiva di conciliazione obbligatoria in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo³⁹⁰ e di un rito

³⁸⁸ Si pensi qui in particolare alla incerta distinzione, rimessa alla discrezionalità del giudice, tra “insussistenza” e “manifesta insussistenza” del giustificato motivo con particolare riguardo al licenziamento per motivo oggettivo. In questo caso, a seconda che il giudice qualifichi il licenziamento illegittimo come tale per “insussistenza” o per “manifesta insussistenza” del motivo oggettivo, può seguire una disciplina di tutela sensibilmente diversa per le parti: nel primo caso obbligatoria e, nel secondo, reale.

³⁸⁹ Leonardi, Pallini, La riforma Fornero osservata senza pregiudizi, il Mulino, n.3/2012, giugno 2012;

³⁹⁰ Vedi art. 40, commi 3- 9 della Legge 92/2012 nei quali viene disposto quanto segue: “La Direzione territoriale del lavoro trasmette la convocazione al datore di lavoro e al lavoratore nel termine perentorio di sette giorni dalla ricezione della richiesta: l'incontro si svolge dinanzi alla commissione provinciale di conciliazione di cui all'articolo 410 del codice di procedura civile. 4. La comunicazione contenente l'invito si considera validamente effettuata quando è recapitata al domicilio del lavoratore indicato nel contratto di lavoro o ad altro domicilio formalmente comunicato dal lavoratore al datore di lavoro, ovvero è consegnata al lavoratore che ne sottoscrive copia per ricevuta. 5. Le parti possono essere assistite dalle organizzazioni di rappresentanza cui sono iscritte o conferiscono mandato oppure da un componente della rappresentanza sindacale dei lavoratori, ovvero da un avvocato o un consulente del lavoro. 6. La procedura di cui al presente articolo, durante la quale le parti, con la partecipazione attiva della commissione di cui al comma 3, procedono ad esaminare anche soluzioni alternative al recesso, si conclude entro venti giorni dal momento in cui la Direzione territoriale del lavoro ha trasmesso la convocazione per l'incontro, fatta salva l'ipotesi in cui le parti, di comune avviso, non ritengano di proseguire la discussione finalizzata al raggiungimento di un accordo. Se fallisce il tentativo di conciliazione e, comunque, decorso il termine di cui al comma 3, il datore di lavoro può comunicare il licenziamento al lavoratore. 7. Se la conciliazione ha esito positivo e prevede la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, si applicano le disposizioni in materia di Assicurazione sociale per l'impiego (ASpl) e può essere previsto, al fine di favorirne la ricollocazione professionale, l'affidamento del lavoratore ad un'agenzia di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a), c) ed e), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. 8. Il

processuale accelerato per tutti i procedimenti in materia di licenziamento e di qualificazione del rapporto di lavoro³⁹¹. Tra gli altri, Massimo Pallini e

comportamento complessivo delle parti desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa, e' valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'articolo 18, settimo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, e per l'applicazione degli articoli 91 e 92 del codice di procedura civile. 9. In caso di legittimo e documentato impedimento del lavoratore a presenziare all'incontro di cui al comma 3, la procedura può essere sospesa per un massimo di quindici giorni».

³⁹¹ Si vedano in proposito i commi dal 48 al 68 dell'art. 2 della Legge 92/2012 che prevedono quanto segue: "48. La domanda avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento di cui al comma 47 si propone con ricorso al tribunale in funzione di giudice del lavoro. Il ricorso deve avere i requisiti di cui all'articolo 125 del codice di procedura civile. Con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi. A seguito della presentazione del ricorso il giudice fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti. L'udienza deve essere fissata non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il giudice assegna un termine per la notifica del ricorso e del decreto non inferiore a venticinque giorni prima dell'udienza, nonché un termine, non inferiore a cinque giorni prima della stessa udienza, per la costituzione del resistente. La notificazione e' a cura del ricorrente, anche a mezzo di posta elettronica certificata. Qualora dalle parti siano prodotti documenti, essi devono essere depositati presso la cancelleria in duplice copia. 49. Il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile, e provvede, con ordinanza immediatamente esecutiva, all'accoglimento o al rigetto della domanda. 50. L'efficacia esecutiva del provvedimento di cui al comma 49 non può essere sospesa o revocata fino alla pronuncia della sentenza con cui il giudice definisce il giudizio instaurato ai sensi dei commi da 51 a 57. 51. Contro l'ordinanza di accoglimento o di rigetto di cui al comma 49 può essere proposta opposizione con ricorso contenente i requisiti di cui all'articolo 414 del codice di procedura civile, da depositare innanzi al tribunale che ha emesso il provvedimento opposto, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla notificazione dello stesso, o dalla comunicazione se anteriore. Con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi o siano svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa e' comune o dai quali si intende essere garantiti. Il giudice fissa con decreto l'udienza di discussione non oltre i successivi sessanta giorni, assegnando all'opposto termine per costituirsi fino a dieci giorni prima dell'udienza. 52. Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato, anche a mezzo di posta elettronica certificata, dall'opponente all'opposto almeno trenta giorni prima della data fissata per la sua costituzione. 53. L'opposto deve costituirsi mediante deposito in cancelleria di memoria difensiva a norma e con le decadenze di cui all'articolo 416 del codice di procedura civile. Se l'opposto intende chiamare un terzo in causa deve, a pena di decadenza, farne dichiarazione nella memoria difensiva. 54. Nel caso di chiamata in causa a norma degli articoli 102, secondo comma, 106 e 107 del codice di procedura

Marco Leonardi mettono in dubbio l'effettiva capacità che questi procedimenti previsti dalla riforma possano efficacemente disincentivare il ricorso al contenzioso giudiziario³⁹² e propongono, riprendendo la

civile, il giudice fissa una nuova udienza entro i successivi sessanta giorni, e dispone che siano notificati al terzo, ad opera delle parti, il provvedimento nonché il ricorso introduttivo e l'atto di costituzione dell'opposto, osservati i termini di cui al comma 52. 55. Il terzo chiamato deve costituirsi non meno di dieci giorni prima dell'udienza fissata, depositando la propria memoria a norma del comma 53. 56. Quando la causa relativa alla domanda riconvenzionale non è fondata su fatti costitutivi identici a quelli posti a base della domanda principale il giudice ne dispone la separazione. 57. All'udienza, il giudice, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammissibili e rilevanti richiesti dalle parti nonché disposti d'ufficio, ai sensi dall'articolo 421 del codice di procedura civile, e provvede con sentenza all'accoglimento o al rigetto della domanda, dando, ove opportuno, termine alle parti per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione. La sentenza, completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione. La sentenza è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. 58. Contro la sentenza che decide sul ricorso è ammesso reclamo davanti alla corte d'appello. Il reclamo si propone con ricorso da depositare, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione, o dalla notificazione se anteriore. 59. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova o documenti, salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione ovvero la parte dimostri di non aver potuto proporli in primo grado per causa ad essa non imputabile. 60. La corte d'appello fissa con decreto l'udienza di discussione nei successivi sessanta giorni e si applicano i termini previsti dai commi 51, 52 e 53. Alla prima udienza, la corte può sospendere l'efficacia della sentenza reclamata se ricorrono gravi motivi. La corte d'appello, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammessi e provvede con sentenza all'accoglimento o al rigetto della domanda, dando, ove opportuno, termine alle parti per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione. La sentenza, completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione. 61. In mancanza di comunicazione o notificazione della sentenza si applica l'articolo 327 del codice di procedura civile. 62. Il ricorso per cassazione contro la sentenza deve essere proposto, a pena di decadenza, entro sessanta giorni dalla comunicazione della stessa, o dalla notificazione se anteriore. La sospensione dell'efficacia della sentenza deve essere chiesta alla corte d'appello, che provvede a norma del comma 60. 63. La Corte fissa l'udienza di discussione non oltre sei mesi dalla proposizione del ricorso. 64. In mancanza di comunicazione o notificazione della sentenza si applica l'articolo 327 del codice di procedura civile. 65. Alla trattazione delle controversie regolate dai commi da 47 a 64 devono essere riservati particolari giorni nel calendario delle udienze. 66. I capi degli uffici giudiziari vigilano sull'osservanza della disposizione di cui al comma 65. 67. I commi da 47 a 66 si applicano alle controversie instaurate successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge. 68. I capi degli uffici giudiziari vigilano sull'osservanza della disposizione di cui al comma 67”.

³⁹² Leonardi, Pallini, *La riforma Fornero osservata senza pregiudizi*, il Mulino, n.3/2012, giugno 2012;

soluzione già presentata nella loro proposta di contratto unico ispirata al diritto tedesco e in particolare alla cd. “riforma Hartz”, di stabilire, in caso di licenziamento per giustificato motivo, un’indennità automatica di licenziamento, modulata in relazione all’anzianità di servizio del lavoratore licenziato. Questa indennità dovrebbe essere in ogni caso offerta dal datore di lavoro al momento del licenziamento e, qualora il lavoratore decidesse di accettare, decadrebbe automaticamente dal diritto di impugnare il licenziamento³⁹³.

Altre critiche in dottrina si concentrano poi sull’inefficacia della riforma della flessibilità in uscita con riferimento al permanere di uno degli elementi caratterizzanti il dualismo del nostro mercato del lavoro: la diversità di disciplina prevista per le imprese con meno di 15 dipendenti. Sul punto alcuni³⁹⁴ hanno fatto notare come si sia persa l’occasione per “ricollocare in un quadro unitario tutte le tutele contro il licenziamento illegittimo”³⁹⁵ ancorandole a nuovi criteri distintivi: non più agganciati alla sola dimensione occupazionale (con più o meno di quindici dipendenti), ma, ad esempio, “maggiormente in grado di denotare la capacità economica” dell’impresa³⁹⁶.

1.3. La flessibilità in entrata

In tema di flessibilità in entrata e di riforma delle fattispecie contrattuali, il legislatore, con il duplice obiettivo di arrestare la cosiddetta “fuga dal lavoro subordinato”, da un lato, e di ridurre l’abuso di forme contrattuali “precarie”, dall’altro, ha optato per un intervento di riduzione

³⁹³ Ibidem.

³⁹⁴ Maria Teresa Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., p.195 ss.

³⁹⁵ Ibidem, p. 193.

³⁹⁶ Ibidem.

del grado di flessibilità. Questa maggiore rigidità, nel quadro complessivo della riforma, andrebbe a bilanciarsi con le contrazioni di tutela appena illustrate in tema di licenziamento. Il legislatore sembra dunque essere ben consapevole del fatto che una rimodulazione delle tutele e un ridisegno delle fattispecie contrattuali poco attento alla “compatibilità economica” con il mercato del lavoro esporrebbe la riforma al rischio di produrre effetti negativi relativamente sia ai livelli occupazionali, che al tasso di lavoro regolare.

L'intervento in esame in ogni caso non si spinge a ridurre sensibilmente, per abrogazione, le diverse forme di contratti flessibili³⁹⁷, preferendo concentrarsi sull'apportare a queste ultime limiti più precisi e stringenti per quanto riguarda le condizioni di utilizzo. Questo approccio non deve indurre l'interprete ad una sottovalutazione degli effetti della riforma che, come avremo in seguito modo di vedere, produce significative conseguenze nella ridefinizione del rapporto tra area dell'autonomia e area della subordinazione.

Per quanto riguarda il contratto di apprendistato il legislatore sceglie di favorirne l'utilizzo, quale modalità prevalente di ingresso, attraverso l'abrogazione del contratto di inserimento. Allo stesso tempo però le disposizioni introdotte dall'art. 16, al fine di limitare i possibili abusi nell'impiego di questo contratto da parte delle imprese, si espongono al rischio di renderne più complesso l'utilizzo³⁹⁸.

³⁹⁷ L'unica forma contrattuale abrogata dalla riforma è il contratto di inserimento.

³⁹⁸ Le disposizioni introdotte dall'art.16 della legge 83/2012 in modifica della legge 167 del 2011 prevedono, oltre al limite minimo di durata del contratto di apprendistato, che non può essere inferiore ai 12 mesi, una serie di vincoli per il datore di lavoro: Il numero complessivo di apprendisti che un datore di lavoro può assumere, direttamente o indirettamente per il tramite delle agenzie di somministrazione di lavoro ai sensi dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, non può superare il rapporto di 3 a 2 rispetto alle maestranze specializzate e qualificate in servizio presso il medesimo datore di lavoro; tale rapporto non può superare il 100 per cento per i datori di lavoro che occupano un numero di lavoratori inferiore a dieci unità. E' in ogni caso esclusa la possibilità di assumere in

Con riferimento poi alla disciplina del contratto a termine, la riforma da un lato, ne liberalizza l'uso, esonerando il datore dall'onere di provare la sussistenza di requisiti tecnici, produttivi, organizzativi o sostitutivi che giustificano l'apposizione del termine, limitatamente ai soli contratti di prima assunzione con una durata massima di dodici comprensivi di proroga³⁹⁹; dall'altro però prevede limitazioni aggiuntive con riguardo alle possibili reiteratezioni del contratto⁴⁰⁰ e aggravati in termini di costo del lavoro. stabilendo un aumento contributivo ai fini previdenziali pari all'1,4%. Questo aumento, giustificato dalla maggiore propensione del lavoratore a termine ad usufruire degli ammortizzatori sociali⁴⁰¹ e finalizzato a ridurre il ricorso al contratto a termine, viene restituito all'impresa, per un periodo massimo di sei mensilità, in caso di successiva assunzione a tempo indeterminato del lavoratore, trasformandosi così in un

somministrazione apprendisti con contratto di somministrazione a tempo determinato di cui all'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Il datore di lavoro che non abbia alle proprie dipendenze lavoratori qualificati o specializzati, o che comunque ne abbia in numero inferiore a tre, può assumere apprendisti in numero non superiore a tre ... L'assunzione di nuovi apprendisti e' subordinata alla prosecuzione del rapporto di lavoro al termine del periodo di apprendistato, nei trentasei mesi precedenti la nuova assunzione, di almeno il 50 per cento degli apprendisti dipendenti dallo stesso datore di lavoro. Dal computo della predetta percentuale sono esclusi i rapporti cessati per recesso durante il periodo di prova, per dimissioni o per licenziamento per giusta causa. Qualora non sia rispettata la predetta percentuale, è consentita l'assunzione di un ulteriore apprendista rispetto a quelli già confermati, ovvero di un apprendista in caso di totale mancata conferma degli apprendisti pregressi. Gli apprendisti assunti in violazione dei limiti di cui al presente comma sono considerati lavoratori subordinati a tempo indeterminato, al di fuori delle previsioni del presente decreto, sin dalla data di costituzione del rapporto. 3-ter. Le disposizioni di cui al comma 3-bis non si applicano nei confronti dei datori di lavoro che occupano alle loro dipendenze un numero di lavoratori inferiore a dieci unità”.

³⁹⁹ Art. 1 comma 9.

⁴⁰⁰ All'art. 1 comma 9 viene previsto un aumento significativo degli intervalli obbligatori da rispettare in caso di successive assunzioni a termine che vengono portati da 10 a 60 giorni per le fattispecie contrattuali con durata inferiore a 6 mesi e da 20 a 90 giorni per le fattispecie contrattuali con durata superiore a 6 mesi

⁴⁰¹ Il contributo ricordiamo che viene utilizzato per finanziare l'ASpl.

incentivo alla stabilizzazione. La riforma inoltre ha introdotto la disposizione secondo la quale il rapporto di lavoro instaurato a termine, superati complessivamente i 36 mesi di durata, comprensivi di proroghe e rinnovi, per l'effetto della successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti con lo stesso datore di lavoro, si converta in contratto a tempo indeterminato⁴⁰².

Dalla combinazione di questi interventi è possibile rilevare come il legislatore abbia inteso complessivamente disincentivare il ricorso a questa fattispecie rendendone più semplice l'utilizzo per i soli contratti di prima assunzione. In dottrina⁴⁰³ sono state sollevate perplessità con riferimento al periodo di dodici mesi previsto per i contratti acausali. Questo periodo, per lunghezza, si esporrebbe infatti a possibili abusi dei datori che intendano operare un *turn-over* scegliendo normalmente di non stabilizzare una parte della forza lavoro. Questa osservazione pare tuttavia dover essere mitigata dalla previsione nella legge di un limite massimo del 6% per questa tipologia di assunzioni in relazione alla totalità dei lavoratori in forza all'unità produttiva.

1.4.L'intervento sui rapporti di "confine" tra lavoro autonomo e subordinato

Foriere di più importanti conseguenze e ben al di là di un semplice intervento di rifinitura sono invece le disposizioni previste per quei contratti di lavoro autonomo situati "ai confini" dell'area della subordinazione. Qui il legislatore si pone l'obiettivo di redistribuire più equamente le tutele attraverso limiti più severi, definizioni più stringenti e

⁴⁰² Vedi art. 1 delle 92/2012.

⁴⁰³ Maria Teresa Carinci., *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, cit. p. 188.

un sistema sanzionatorio capace di attrarre nell'area del lavoro subordinato quei contratti autonomi considerati nella sostanza elusivi della normativa gravante sul lavoro dipendente.

Con riferimento al lavoro a progetto, la legge, accogliendo l'orientamento giurisprudenziale più rigoroso, dispone che i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale, e senza vincolo di subordinazione, debbano essere riconducibili a uno o più progetti specifici determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore⁴⁰⁴. Rispetto a quanto previsto dal comma 1 dell'articolo 61 del d.lgs. n. 276 del 2003, viene così cancellato qualsiasi riferimento a "fasi" o "programmi" di lavoro. Viene inoltre specificato come il progetto debba essere funzionalmente collegato a un determinato risultato finale e non possa consistere in una mera riproposizione dell'oggetto sociale del committente con riguardo al coordinamento con l'organizzazione e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa⁴⁰⁵. Vengono poi esclusi dalla definizione di progetto prestazioni che comportino lo svolgimento di compiti meramente esecutivi o ripetitivi⁴⁰⁶. Al fine di rafforzare sensibilmente l'operatività di queste prescrizioni, il legislatore prevede che, in caso di accertata mancanza di uno specifico progetto per come previsto dalle norme appena richiamate, il contratto venga trasformato *ipso facto* in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Il progetto viene dunque considerato quale elemento essenziale di validità del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa e la sua mancanza determina una presunzione assoluta di

⁴⁰⁴ Vedi art. 1, co. 23 della Riforma in modifica del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, questo tipo di prestazioni possono essere individuate dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

qualificazione del rapporto come subordinato⁴⁰⁷. Una presunzione *iuris tantum* di subordinazione viene invece prevista qualora l'attività del collaboratore sia svolta con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dell'impresa del committente. In questa circostanza dunque il datore ha diritto alla prova contraria⁴⁰⁸.

Restano in ogni caso escluse dalla disciplina del lavoro a progetto le collaborazioni coordinate e continuative il cui contenuto concreto sia riconducibile alle attività professionali intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali. Pertanto qualora il contenuto concreto della prestazione non sia riconducibile a tali attività, l'iscrizione del lavoratore ad un albo professionale non è considerata circostanza idonea di per sé a determinare l'esclusione dal campo di applicazione della disciplina del contratto a progetto⁴⁰⁹.

La tecnica delle presunzioni viene utilizzata dal legislatore anche al fine di limitare l'uso improprio del lavoro autonomo in generale, ossia reso da persona titolare di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto (le cd. partite IVA). In particolare, la legge prevede al comma 26 che le prestazioni lavorative rese da persona titolare di partita IVA, salvo che sia fornita prova contraria da parte del committente, siano considerate come rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, qualora ricorrano almeno due dei seguenti presupposti: che la collaborazione con il medesimo committente abbia una durata complessiva superiore a otto mesi annui per due anni consecutivi; che il corrispettivo derivante da tale collaborazione, anche se fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi, costituisca più dell'80 per cento dei corrispettivi annui complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco di due anni solari consecutivi; che il collaboratore disponga di una

⁴⁰⁷ Art. 1, co. 24, Legge 83/2012.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, art. 1, co. 23.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, art. 1, comma 27.

postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente. Vengono così individuati alcuni indici di presunzione in relazione rispettivamente alla continuità della prestazione, alla prevalente monocommittenza e all'inserimento nella organizzazione d'impresa del datore. Queste presunzioni, operando nel senso di una trasformazione del rapporto di lavoro autonomo in una collaborazione coordinata e continuativa, non prevedono alcun indice che richiami la eterodirezione tecnico-giuridica chiarendo come, nel rapporto oggetto della trasformazione, sia da ricercare non tanto l'elemento della subordinazione, quanto quello dalla dipendenza economica, intesa quale *status* del lavoratore nel mercato da rintracciare con riferimento a specifiche caratteristiche del rapporto di lavoro. La Legge prevede poi tre requisiti che, anche qualora ci si trovi in presenza dei presupposti di trasformazione sopra elencati, escludono la presunzione di collaborazione coordinata e continuativa: quando la prestazione sia connotata da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività; quando la prestazione sia svolta da soggetto titolare di un reddito annuo da lavoro autonomo non inferiore a 1,25 volte il livello minimo imponibile ai fini del versamento dei contributi previdenziali di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 2 agosto 1990, n. 233; quando ci si trovi in presenza di prestazioni lavorative svolte nell'esercizio di attività professionali per le quali l'ordinamento richiede l'iscrizione ad un ordine professionale - ovvero ad appositi registri, albi, ruoli o elenchi professionali qualificati - e detta specifici requisiti e condizioni⁴¹⁰. Rispetto al lavoro a progetto, dunque, sono previsti dei requisiti di esclusione più ampi che non richiedono necessariamente la riconducibilità della prestazione ad attività per cui è richiesta l'iscrizione all'albo professionale, essendo sufficiente un più generico riferimento ad attività connotate da

⁴¹⁰ Ibidem.

elevate competenze teoriche o tecnico-pratiche anche non riconosciute da uno specifico titolo. Non solo, al di là della “qualità” della prestazione, viene in rilievo anche un generico criterio di esclusione puramente reddituale.

Occorre inoltre ricordare che, una volta avvenuta la trasformazione del rapporto di lavoro autonomo in collaborazione coordinata e continuativa, al rapporto trasformato viene applicata integralmente la disciplina prevista dalla legge n. 276 del 2003, ivi compreso l’articolo 69 comma 1 come modificato dalla legge n. 92 del 2012. L’applicazione di queste disposizioni richiede così all’interprete di verificare necessariamente la riconducibilità del rapporto trasformato ad uno specifico progetto che, se mancante, determina una successiva automatica trasformazione del contratto, attraverso una presunzione questa volta *iuris et de iure*, in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato⁴¹¹. Quest’ultima trasformazione, che può rivelarsi assai probabile, visti i requisiti più stringenti richiesti dalla Riforma in tema di riconducibilità ad un progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, rende possibile la riconduzione di rapporti contrattuali formalmente autonomi, come le partite IVA, all’area del lavoro subordinato.

2.Riflessioni conclusive sulla Riforma in tema di ridefinizione dell’area del lavoro subordinato

Attraverso il complesso sistema di presunzioni, assolute e relative, nonché di esclusioni appena descritto, con riferimento ai lavoratori autonomi e alle collaborazioni a progetto, la Riforma ridisegna l’area del lavoro dipendente spingendosi ben oltre il tradizionale criterio della eterodirezione e aprendo a diversi metodi di qualificazione del rapporto.

⁴¹¹ Vedi art. 1, co. 23 della legge 92/2012.

Questa operazione viene svolta senza andare a modificare la definizione di lavoro subordinato prevista dall'articolo 2094 c.c. anche se, come vedremo, la definizione ne esce chiaramente ridimensionata.

Risulta assai arduo inquadrare l'operazione svolta dalla Riforma attraverso i diversi criteri interpretativi elaborati dalla dottrina nel corso degli anni. L'impressione prevalente è quella di trovarsi di fronte ad una serie di soluzioni ambigue e contraddittorie che aprono a diversi criteri e tecniche interpretative senza operare una vera e propria scelta.

La definizione di rapporto di lavoro subordinato resta incentrata sul criterio tecnico-giuridico della eterodirezione previsto dal codice civile. Attraverso il sistema di presunzioni tuttavia si apre alla possibilità di trasformare in lavoro subordinato una serie di rapporti autonomi caratterizzati da una condizione di dipendenza economica del lavoratore. Nell'accertare questa condizione, il legislatore fa riferimento a specifici indici, quantitativamente descritti, quali la monocommittenza prevalente, la continuità della prestazione e l'inserimento nell'impresa, tutti indici connessi al rapporto di lavoro, ma rivelatori di uno *status* di debolezza del lavoratore nel mercato. In particolare, continuità, monocommittenza e inserimento definiscono una condizione nella quale il lavoratore si trova nella difficoltà di offrire sul mercato, a più committenti, i propri servizi e quindi risulta più esposto nel momento in cui l'unico, o il prevalente committente, dovesse recedere dal rapporto.

In ogni caso questi indici che potremmo definire di "dipendenza economica", ove accertati, trasformano il rapporto, salvo il diritto alla prova contraria da parte del committente, in contratto a progetto. Il contratto a progetto sembra così porsi quale fattispecie attrattiva dei rapporti caratterizzati da "dipendenza economica". A ben vedere, però, perché il rapporto autonomo "economicamente dipendente" sia qualificato come rapporto di lavoro a progetto non è sufficiente l'accertamento degli indici previsti dall'articolo 69 *bis* del d.lgs. 276 del 2003, come modificato dalla "Legge Fornero", essendo richiesto un ulteriore ed essenziale

requisito: la riconducibilità, che deve risultare dal contratto scritto, ad un progetto funzionalmente collegato ad un determinato risultato finale. Ove questo requisito non venga soddisfatto, infatti, come abbiamo già visto, opera una ulteriore presunzione, questa volta assoluta, che trasforma il rapporto in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Sembra così riconquistare centralità la natura dell'obbligazione dedotta nel contratto. Infatti, l'elemento della non riconducibilità dell'obbligazione dedotta ad un risultato diviene determinante, in una valutazione che va filtrata dal sistema di presunzioni ed esclusioni previste dalla Legge, al fine della trasformazione di un rapporto formalmente autonomo in subordinato. La ritrovata centralità del risultato ai fini qualificatori appare in contraddizione con l'orientamento dottrinale, maggioritario già da diversi decenni⁴¹², secondo il quale è da considerarsi superato il valore discretivo del dualismo obbligazione di mezzi – obbligazione di risultato⁴¹³. Secondo questo orientamento tale distinzione non solo si è rivelata assai debole e fallace dal punto di vista dogmatico, ma, anche dal punto di vista funzionale, sarebbe incapace di individuare caratteri esclusivi delle due fattispecie. Da un lato, viene rilevato come la funzionalizzazione della prestazione ad un risultato non possa considerarsi quale carattere distintivo del lavoro autonomo, basti pensare alle diverse forme di responsabilizzazione, incentivazione e organizzazione della prestazione che, con particolare riferimento al cd. *project work*, sempre più spesso possono caratterizzare anche il lavoro subordinato⁴¹⁴; dall'altro, si è evidenziato come nelle obbligazioni di mezzi l'utilità attesa non possa circoscriversi alla mera sfera motivazionale del creditore, - con la

⁴¹² Perulli, *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del lavoro a progetto*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, p.1 ss.; nonché il celebre studio di Mengoni, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1954, I, 185 ss.

⁴¹³ Borzaga, *Lavorare per progetti. Uno studio su contratti di lavoro e nuove forme organizzative d'impresa*, Padova 2012, p. 99.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 17 ss.

conseguenza di relegare il risultato su di un piano di estraneità e indifferenza giuridica sia rispetto alle modalità di esecuzione della prestazione, sia rispetto al perfezionarsi dell'adempimento di questa – dovendosi piuttosto riconoscere, anche per questo tipo di obbligazioni, la funzionalizzazione ad un risultato perseguito dal creditore e rilevante dal punto di vista giuridico: ossia quello di fruire della diligente prestazione del lavoratore⁴¹⁵. Si è inoltre notato come la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato sia poco affidabile anche dal punto di vista della imputabilità della responsabilità per inadempimento. Infatti secondo la dottrina prevalente⁴¹⁶, e più di recente anche per la Corte di Cassazione⁴¹⁷, sia per le obbligazioni di mezzi che per quelle di risultato soltanto l'impossibilità sopravvenuta può giustificare il mancato adempimento della prestazione da parte del debitore, con la conseguenza che solo su quest'ultimo graverà l'onere della prova della circostanza esimente, mentre il creditore sarà tenuto ad una prova limitata all'inadempimento della obbligazione e al relativo danno subito⁴¹⁸. Verrebbe così superata la tesi “personalistica” dell'inadempimento per le obbligazioni di mezzi, secondo la quale l'inadempimento sarebbe stato imputabile solo in caso di accertata colpa del debitore⁴¹⁹.

⁴¹⁵ Pallini, *Il lavoro a progetto in Italia e in Europa*, Il Mulino, 2006, p. 101; Mengoni, *Obbligazioni di “risultato” e obbligazioni di “mezzi”*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1954, I, 185 ss.; Perulli, *Il lavoro autonomo*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 177 ss.

⁴¹⁶ Castronovo, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa diritto privato*, 2008, p.3 ss.; Di Majo, *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa diritto privato*, 2012, p. 121 ss.;

⁴¹⁷ Navarra, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto di vista sulla giurisprudenza*, in *Europa diritto privato*, 2000, p.533 ss.

⁴¹⁸ Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013, p. 143 ss.,

⁴¹⁹ Lorenzi, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 399 ss.

In dottrina, non sono comunque mancate voci alternative all'orientamento teso a svalutare la rilevanza ai fini qualificatori della funzionalizzazione della prestazione ad un risultato⁴²⁰. Questi autori, pur riconoscendo l'inefficacia discreta del dualismo tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi in merito alla natura della responsabilità contrattuale e del regime di prova per inadempimento, non considerano tale dualismo privo di valore dogmatico⁴²¹. Infatti, spostandosi sul piano della ripartizione del rischio contrattuale in caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione, è possibile rilevare una sensibile differenza tra i due tipi di obbligazioni, tanto significativa da incidere sulla stessa causa del contratto⁴²². Questa differenza viene in rilievo con maggiore chiarezza qualora si risalga al “nucleo distintivo” tra le due obbligazioni che si riferisce alla struttura dell'adempimento: le obbligazioni di mezzi si distinguono infatti per una struttura ad “adempimento continuato”; mentre le obbligazioni di risultato sono caratterizzate da una struttura ad “adempimento istantaneo”⁴²³. Se nelle obbligazioni ad “adempimento continuato” ogni frazione di tempo impegnata dal debitore rappresenta una parte dell'adempimento, con conseguente progressiva maturazione di un compenso in relazione al tempo impiegato nella prestazione dovuta, nelle obbligazioni ad “adempimento istantaneo”, anche nel caso di un rapporto segnato dalla continuità (si parla in questa circostanza di obbligazioni ad “esecuzione continuata”⁴²⁴), il diritto al compenso matura solo al momento del

⁴²⁰ Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013, p. 143 ss.;

⁴²¹ D'Amico, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato*, Napoli, 1999, p. 99 ss.; Ghezzi, *Il contratto di agenzia*, Bologna, 1970, p. 16 ss.

⁴²² Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, cit., p. 144.

⁴²³ Oppo, *I contratti di durata*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1943, I, pp. 143-180.

⁴²⁴ Oppo infatti, distingue tra contratti ad “adempimento continuato” e contratti a “esecuzione continuata”, ossia rapporti caratterizzati da una serie di prestazioni che si

raggiungimento del risultato al quale la prestazione è funzionalmente legata. Conseguentemente, per le obbligazioni ad “adempimento continuato”, in caso di impossibilità sopravvenuta, il lavoratore avrà diritto al compenso maturato progressivamente fino al sopraggiungere della impossibilità, mentre per le obbligazioni ad “adempimento istantaneo” il lavoratore, nel caso in cui l’impossibilità si realizzi prima che si sia perfezionato l’adempimento, non avrà diritto ad alcun compenso. E’ stato sottolineato in dottrina⁴²⁵ come tale distinzione in merito alla ripartizione del rischio a seguito dell’avvenuta impossibilità della prestazione interessi direttamente la connotazione della “causa” del contratto. Secondo questo orientamento, dunque, la necessità di una funzionalizzazione della prestazione del lavoratore a progetto ad un risultato determinato non sarebbe “afflitta da debolezza dogmatica”⁴²⁶ in quanto utilizzerebbe ai fini qualificatori l’elemento discrezionale dello schema causale dell’obbligazione ad adempimento istantaneo.

In questo quadro, paiono assumere maggiore rilievo, ai fini della distinzione tra obbligazione ad adempimento istantaneo ed obbligazione ad adempimento continuato, i termini nei quali il lavoratore viene retribuito. Sembra questo dato richiamare l’importanza ai fini qualificatori che già in passato alcuni autori avevano attribuito alla controprestazione⁴²⁷. Infatti se

ripetono nel tempo. I contratti ad “esecuzione continuata” possono comunque essere caratterizzati da un’obbligazione di risultato nel caso in cui l’oggetto dell’obbligazione consista in una serie di prestazioni ciascuna dotata di una propria autonomia (“esecuzione periodica”), qualora invece le prestazioni che si succedono nel tempo non siano chiaramente distinguibili e si riducano ad una disponibilità, di carattere personale, delle energie lavorative del debitore (“esecuzione reiterata”) la prestazione viene ricondotta alla struttura dell’obbligazione di mezzi.

⁴²⁵ Ghera, *Sul lavoro a progetto*, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, 2005, I, p. 193-224; Ghezzi *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, 2004, Roma, p. 320.

⁴²⁶ Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, cit., p. 147.

⁴²⁷ Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, 1989, p. 29, dove si sviluppa un “percorso di indagine” sul lavoro subordinato teso a “identificare la fattispecie generale e astratta di lavoro subordinato, non soltanto in base ad un’analisi

nel caso di rapporto subordinato organizzato per progetti specifici il mancato raggiungimento del risultato non compromette il diritto al corrispettivo del lavoratore - salvo poter incidere sull'*an* o sul *quantum* dell'eventuale compenso aggiuntivo previsto in relazione alla buona riuscita del progetto⁴²⁸ - , nel caso di rapporto autonomo o a progetto questo limite, tutelato per il lavoro subordinato eterodiretto dall'art. 36 della Costituzione, non sussiste, potendo la pattuizione tra datore e lavoratore investire, in caso di mancato raggiungimento del risultato, anche la garanzia della retribuzione minima.

Sebbene alla luce di quanto appena esposto il dibattito in dottrina sul tema sia ancora aperto, con la riforma Fornero, ma a ben vedere già a partire dall'introduzione nel nostro ordinamento della fattispecie del "lavoro a progetto", la distinzione "antica" tra obbligazioni di mezzi e di risultato è rientrata a pieno titolo tra gli elementi che l'interprete è chiamato a considerare ai fini qualificatori. Del resto, il riemergere di questa distinzione, che aveva mantenuto un rilievo nella giurisprudenza ben oltre l'operazione di svalutazione attuata dalla dottrina⁴²⁹, non va

dei connotati qualificanti la c.d. prestazione principale, ma di ambedue le prestazioni in concorso tra loro, in ragione dell'ipotesi (confortate in partenza da alcune significative acquisizioni dottrinali circa la peculiare corrispettività della retribuzione) che, in nessun altro contratto di scambio così chiaramente come nel contratto di lavoro subordinato, alcuna delle due prestazioni si pone come amorfa rispetto alla caratterizzazione della fattispecie"; Si veda anche in tema della valenza qualificatoria delle modalità di computo del corrispettivo: Cataudella, *La donazione mista*, Milano, 1970, p.55 ss.; Zoppoli, *Riflessioni su contratto di lavoro e corrispettività*, in *Lav. Dir.*, 1988, p. 585 ss.; De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974; Treu, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968.

⁴²⁸ Cfr, Cass. 1 dicembre 2010, n. 24361, in *Diritto e Giustizia*, 2010; Cass. 22 gennaio 2009, n. 1632, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 1, p. 102.

⁴²⁹ Si veda in proposito la pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte del 28 luglio 2005, n. 15781, in *Europa e diritto privato*, 2006, p.797 ss.

considerato come un'anomalia del nostro ordinamento, trovando tuttora un ampio riscontro in diversi dei paesi dell'Unione Europea⁴³⁰.

Altra caratteristica del testo di Legge in tema di qualificazione del rapporto di lavoro consiste nell'esplicitare la convivenza tra il metodo sussuntivo e il metodo tipologico. Infatti, mentre da un lato, come abbiamo già visto, non viene modificata la fattispecie astratta del lavoro subordinato e la relativa qualificazione per sussunzione ad essa delle diverse fattispecie concrete, dall'altro, l'individuazione di tre criteri presuntivi, di cui almeno due necessari, finalizzati alla trasformazione per presunzione di rapporti formalmente autonomi in collaborazioni coordinate e continuative, richiama un criterio di qualificazione per approssimazione caratteristico del metodo tipologico. In quest'ultimo caso, il tipo contrattuale di riferimento sarebbe dunque quello del lavoro a progetto al quale però ci si riferisce non individuando, come avviene in caso di fattispecie astratta per il metodo sussuntivo, la necessaria compresenza di specifici elementi caratterizzanti la fattispecie (il progetto, l'autonomia del collaboratore in funzione del risultato, il coordinamento con il committente, la durata che deve essere determinata o determinabile, l'irrilevanza del tempo impiegato per l'esecuzione della prestazione, l'assenza di un vincolo di subordinazione) ma, riferendosi ad una valutazione, rimessa all'interprete,

⁴³⁰ Si pensi qui alla distinzione tra contratto di servizio (*Diensvertrag*) e contratto d'opera (*Werkvertrag*) nel diritto tedesco (R. Wank, Tipi contrattuali con prestazioni di servizi in RFT, in Lav. Dir., 1997, 220 ss.); o all'utilizzo, che tuttora viene fatto, della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato da parte della giurisprudenza spagnola e francese, (M.C. Crespo Mora, Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR, in InDret, vol 2, 2013; F. Piraino, Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile, in Europa dir. priv., 2008, p.85 s.); o ancora alle differenze in tema di responsabilità che il diritto britannico riconosce al *contract of service* rispetto al *contract for service* (P.Davies, lavoro subordinato e lavoro autonomo, in Diritto delle Relazioni Industriali, 2000, p. 210); o infine nel diritto dell'Unione Europea all'avvenuto recepimento nei Principi *Unidroit* in tema di contratti commerciali internazionali della distinzione tra *duty to achive a specific result* e *duty of best efforts* (Art. 5.1.4).

in merito alla presenza di “almeno due dei tre indici” presuntivi relativi agli elementi della continuità (“che la collaborazione con il medesimo committente abbia una durata complessiva superiore a otto mesi annui per due anni consecutivi”), della prevalente monocommittenza (“che il corrispettivo derivante da tale collaborazione, anche se fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi, costituisca più dell'80 per cento dei corrispettivi annui complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco di due anni solari consecutivi”) e dell'inserimento nell'organizzazione del committente (“che il collaboratore disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente”).

Non è dunque previsto un indice specifico relativo all'elemento del “coordinamento” della prestazione, un elemento che, differenziandosi dall'eterodirezione in base ai diversi spazi di autonomia riconosciuti al lavoratore, caratterizza il lavoro a progetto rispetto a quello subordinato. L'assenza di questo elemento potrà comunque essere provata, essendo le presunzioni suddette, come del resto già menzionato, presunzioni relative, dal committente che intenda impedire la trasformazione del rapporto autonomo in rapporto di collaborazione coordinata e continuativa.

In questo modo la fattispecie del lavoro a progetto attrae su di sé tutti quei rapporti di lavoro caratterizzati da prevalente monocommittenza, continuità e inserimento, qualora non venga provata l'assenza di coordinamento e naturalmente a condizione che siano caratterizzati da un progetto funzionale ad uno specifico risultato. Non solo, secondo certa dottrina⁴³¹, i rapporti soggetti alle presunzioni di collaborazione coordinata e continuativa non possono limitarsi alle sole cd. “Partite IVA”. Infatti, il semplice dato della scelta di un regime fiscale non può considerarsi di per sé preclusivo delle predette presunzioni nei confronti di quei lavoratori che si trovino nelle medesime condizioni pur senza aver aperto una partita IVA

⁴³¹ Pallini, Il lavoro economicamente dipendente, cit., p. 88.

o perché “lavoratori in nero” o perché inquadrati irregolarmente come prestatori di lavoro occasionale. A conforto di questa impostazione, sembra essere la giurisprudenza della Corte di Cassazione quando afferma il principio secondo il quale le presunzioni relative, a differenza di quelle assolute, possono essere suscettibili di applicazione analogica rispetto alle “ipotesi sostanzialmente corrispondenti a quelle previste dalla legge in modo espresso”⁴³².

E’ così possibile parlare di un’espansione dell’ambito di applicazione della disciplina del lavoro a progetto, una espansione nella quale emerge però un aspetto contraddittorio. Da un lato, infatti, il legislatore sembra prevedere un rafforzamento della capacità attrattiva della fattispecie astratta del lavoro a progetto attraverso il metodo tipologico impiegato nel sistema di presunzioni relative con riferimento ai rapporti di lavoro autonomo, interpretabile in un senso più ampio rispetto alle sole partite IVA come previsto dal testo della norma; dall’altro, la fattispecie viene connotata in maniera più rigorosa con riferimento ai limiti stringenti previsti per il progetto: che deve essere necessariamente collegato ad un risultato “che non può consistere in una mera riproposizione dell’oggetto sociale del committente” e che non può comportare “lo svolgimento di compiti meramente esecutivi o ripetitivi”.

L’effetto paradossale sarebbe quindi quello di una maggiore *vis* attrattiva della fattispecie lavoro a progetto, in forza delle presunzioni *iuris tantum* già descritte, alla quale però, in ragione dei requisiti stringenti previsti per il progetto, seguirebbe una probabile seconda trasformazione in rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. E’ come se in questo modo la fattispecie del lavoro a progetto venisse utilizzata per attrarre forme di lavoro autonomo che, in mancanza di uno specifico

⁴³² Ibidem, p. 88; cfr, Cass. Sez. II 26 ottobre 2000, n. 14128, in Giust. Civ. Mass. 2000, 2184; Cass. Sez. lav. 7 gennaio 1994, n. 94, in Giur. It., 1994, 1160;

progetto, verrebbero poi stabilizzate come lavoro subordinato. La fattispecie lavoro a progetto rischia così di presentarsi come un “imbuto”: ampia dal punto di vista dei rapporti che possono esserne attratti, ma stretta dal punto di vista dei rapporti che, in assenza di progetto, possono essere in essa stabilizzati, con l’effetto di tradursi, *de facto*, in una porta d’ingresso verso il lavoro subordinato a tempo indeterminato per quei rapporti pienamente autonomi da un punto di vista formale ma rientranti nei termini previsti dalle presunzioni di cui all’art. 69 bis del d. lgs. 276/2003.

Questa situazione rischia di generare una grande incertezza qualificatoria sia dal punto di vista della connotazione della fattispecie, con riferimento alla possibilità di determinare con chiarezza gli elementi necessari in base ai quali un rapporto possa essere definito come subordinato, sia dal punto di vista della denotazione della fattispecie, con riferimento alla possibilità di delineare con precisione i confini della disciplina applicabile.

Si assiste al contempo ad una sorta di “doppia espansione” della fattispecie lavoro subordinato che attrae su di se, da una lato, le collaborazioni coordinate e continuative non riconducibili ad un progetto e, dall’altro, tutti quei rapporti formalmente autonomi che, salvo prova contraria del non coordinamento da parte del committente, rientrano in almeno due delle presunzioni previste dall’art. 69 *bis* senza essere però riconducibili ad un progetto.

Viene così ridisegnata un’area di applicazione della disciplina prevista per il lavoro subordinato che si estende oltre i rapporti caratterizzati dall’elemento dell’eterodirezione andando a ricomprendere sia i rapporti eterorganizzati, nel caso di collaborazioni coordinate e continuative prive di progetto, sia i rapporti economicamente dipendenti, ossia di lavoro formalmente autonomo ma presumibili, salvo prova contraria, quali collaborazioni coordinate e continuative e privi di progetto. E’ come se questa doppia espansione comprendesse due diverse nozioni di etero-

organizzazione: una più stringente, incardinata sugli elementi qualificatori richiesti al lavoro a progetto, e una più ampia, relativa ai soli elementi presuntivi previsti dall'art. 69 bis.

Ricostruire in questo quadro una fattispecie unitaria di lavoro subordinato quale sintesi dei rapporti ai quali applicare la relativa disciplina risulta un'operazione assai ardua. Anche qualora si definisse come rapporto di lavoro subordinato quel rapporto caratterizzato da etero-organizzazione e avente ad oggetto una obbligazione ad adempimento continuato (ossia un'obbligazione non riconducibile ad uno specifico risultato), si incorrerebbe nel problema di una definizione non univoca di etero-organizzazione alla luce di quanto sopra esposto.

Un dato appare però difficilmente equivocabile: l'art. 2094 incentrato sul criterio dell'etero-direzione viene in questo quadro a configurarsi, per l'effetto della riconducibilità all'area del lavoro subordinato di una pluralità di rapporti caratterizzati dal solo elemento dell'etero-organizzazione, quale sottotipo del lavoro dipendente, uscendone così ridimensionato nella propria funzione qualificatoria.

Per quanto sia apprezzabile la volontà del legislatore di sanzionare l'abuso di contratti autonomi sostanzialmente dipendenti, la soluzione tecnica individuata, ossia il sistema di presunzioni e le conseguenti trasformazioni del rapporto in collaborazioni a progetto o in contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, appare alquanto macchinosa e incerta negli esiti alla luce degli ampi spazi lasciati all'interprete. E' da sottolineare come questa incertezza insista poi su possibili discipline applicabili sensibilmente diverse, da quella del lavoro pienamente autonomo a quella del lavoro subordinato, con ampi margini di rischio sia per il lavoratore, in termini di prevedibilità del regime di tutela applicabile, che per l'imprenditore, con riferimento alla prevedibilità dei costi del contratto.

Sembrano, da questo punto di vista, preferibili le soluzioni ridefinitorie proposte da Pietro Ichino o da Tito Boeri e Pietro Garibaldi

nelle quali viene data una definizione positiva, unitaria e ancorata ad inequivocabili criteri quantitativi, del tipo di rapporto al quale applicare la disciplina del lavoro subordinato.

Al di là della confusa tecnica definitoria utilizzata dal legislatore, occorre poi interrogarsi sulla sostenibilità degli effetti della riforma. Come abbiamo detto, la Legge produce un'estensione dell'area del lavoro subordinato. A questa estensione segue una rimodulazione del regime di tutela del lavoro subordinato che si concentra su una maggiore flessibilità in uscita con particolare riferimento alla diversa disciplina prevista in tema di licenziamenti per motivi economici e disciplinari. Anche in questo caso però, se l'impostazione del legislatore nel senso di una riduzione dell'utilizzo della tutela reintegratoria pare condivisibile, la soluzione tecnica individuata lascia un eccessivo margine interpretativo al giudice sia per quanto riguarda il tipo di tutela, reale od obbligatoria, sia per quanto riguarda il *quantum* che, a differenza della altre proposte illustrate di contratto unico, non viene agganciato in maniera vincolante all'anzianità di servizio del lavoratore rendendo così meno prevedibili, da una parte, i costi per l'imprenditore e, dall'altra, l'ammontare del risarcimento per il lavoratore.

Sebbene dunque la Riforma scelga di muoversi nella direzione giusta sia per quanto riguarda la ridefinizione dell'area di tutela del lavoro subordinato, sia con riferimento alla rimodulazione delle tutele previste nel rapporto, le tecniche normative utilizzate risentono gravemente della natura compromissoria conseguenza del quadro politico nel quale la Legge è stata formulata. Purtroppo la mediazione non si è però limitata a produrre soluzioni ponderate in grado di conciliare esigenze diverse, ma ha finito per "contaminare" le scelte tecniche con un'ambiguità che rende la legge di complessa e incerta applicazione.

Proprio alla luce di questa incertezza appare difficile una valutazione sulla "compatibilità economica" dell'equilibrio individuato tra rimodulazione della disciplina applicabile e ridefinizione dell'area della

subordinazione. E' comunque possibile osservare come ad un'estensione così impegnativa dell'area del lavoro subordinato sarebbe stato preferibile seguisse una modifica più netta della disciplina del licenziamento per motivi oggettivi, prevedendo ad esempio l'accesso alla tutela reale solo in caso di licenziamento per motivi discriminatori e per specifici casi previsti in tema di licenziamento disciplinare.

Ma come abbiamo evidenziato questo è solo uno dei potenziali problemi della Riforma, la valutazione della "compatibilità economica" va infatti affrontata sotto una prospettiva più ampia che non si limiti a considerare l'equilibrio tra tutele e estensione dell'area di protezione, ma tenga conto anche della certezza e della semplicità del diritto applicabile nonché della capacità della Riforma di limitare il contenzioso giudiziario.

Sulla base di quanto già detto, appare negativo sia il giudizio in merito alla certezza del diritto, sia la valutazione relativa all'effetto di semplificazione normativa.

Per quanto riguarda poi gli effetti in materia di riduzione del contenzioso giudiziario, anche alla luce di quanto emerso dal primo rapporto di valutazione della legge presentato dal Governo nel gennaio del 2014⁴³³, non è ancora possibile esprimere un giudizio sebbene, dai dati parziali raccolti fin'ora, sia rilevabile un utilizzo più frequente della procedura conciliatoria di cui all'art. 1 della Riforma in caso di licenziamento per motivo oggettivo⁴³⁴.

Sempre sulla base del rapporto stilato dal Ministero è poi possibile notare come, per il momento, siano stati disattesi gli obiettivi di un maggiore utilizzo sia del contratto di apprendistato, quale normale forma

⁴³³ Ministero del lavoro e delle politiche sociali, "Il primo anno di applicazione della legge 92/2012", Quaderno n.1, gennaio 2014, in www.lavoro.gov.it.

⁴³⁴ Ibidem, p. 43; Leonardi, *Mercato del lavoro il monitoraggio non basta*, 28 gennaio 2014, in www.lavoce.info.

di ingresso nel mercato del lavoro⁴³⁵, sia del contratto subordinato a tempo indeterminato, quale “contratto dominante”⁴³⁶. La stretta attuata sulle forme contrattuali più flessibili, come le collaborazioni a progetto e i contratti a chiamata, dunque, pur avendo ridotto l’utilizzo di questi contratti, non ha implementato l’area del lavoro stabile a tempo indeterminato. A conferma di questo dato, oltre al mancato incremento di attivazioni di contratto di apprendistato e al costante decremento delle attivazioni di contratti a tempo indeterminato, va poi letto l’aumento di contratti a tempo determinato, anche grazie alla forma “acausale” introdotta dalla Legge⁴³⁷.

Prematura appare invece la valutazione sull’effettiva estensione della platea degli aventi diritto ai riformati istituti dell’ASpI, della cassa integrazione⁴³⁸.

Una recente ricerca condotta da Cappellini, Ferraresi e Molinari sugli effetti della Riforma nel primo anno successivo alla sua approvazione sembra portare però a considerazioni parzialmente diverse rispetto al rapporto ministeriale⁴³⁹. Secondo questi autori, che concentrano la propria analisi sui dati forniti dalla Regione Toscana, nel quadro complessivo di una riduzione dei posti di lavoro, le attivazioni di contratti a tempo indeterminato sarebbero aumentate, nel corso del 2013, in proporzione maggiore rispetto a quelle dei contratti a termine. Una considerazione che pare testimoniare un effetto positivo, in attesa di dati più esaustivi, con riferimento all’obiettivo di una maggiore stabilizzazione dei rapporti di

⁴³⁵ Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Il primo anno di applicazione della legge 92/2012*, Quaderno n.1, gennaio 2014, in www.lavoro.gov.it, p. 35.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 32.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁴³⁸ Leonardi, *Mercato del lavoro il monitoraggio non basta*, cit.

⁴³⁹ Cappellini, Ferraresi, Molinari, *Il lavoro dopo la riforma Fornero*, in www.lavoce.info, 22 febbraio 2014.

lavoro. Va in ogni caso sottolineato come questo studio di fatto confermi, in relazione al rapporto stilato dal Ministero, il sensibile contenimento nel ricorso, da parte dei datori di lavoro, all'utilizzo di forme contrattuali cd. 'precarie' a seguito dell'approvazione della Riforma.

In definitiva, possiamo osservare come sebbene la Legge Fornero si sia mossa lungo corrette direttrici di riforma del mercato del lavoro – riduzione degli spazi elusivi alla disciplina del lavoro subordinato, maggiore flessibilità in uscita per i licenziamenti economici e riorganizzazione in chiave universalistica degli ammortizzatori sociali - il complesso contesto politico nel quale è stata generata ha finito per comprometterne parzialmente, attraverso l'ambiguità delle scelte tecniche adottate, l'efficacia. A conferma di questa valutazione tendenzialmente negativa, va ricordato come, fin da subito dopo l'approvazione della Riforma, il dibattito politico⁴⁴⁰ e dottrinale⁴⁴¹ abbia a più riprese esplicitato la propria insoddisfazione in merito alle soluzioni individuate nel testo mettendone in luce la “cattiva redazione”, la complessità e le contraddizioni fino ad argomentarne non solo l'inutilità, ma la dannosità stessa in riferimento all'impatto sul mercato del lavoro⁴⁴². Una pioggia di critiche che colpisce ancora di più se si pensa che molte di queste provengono direttamente dalle forze politiche e dalle parti sociali che sono state direttamente coinvolte nella redazione del testo. Questo aspetto, insieme all'assenza di autorevoli giuristi che abbiano rivendicato esplicitamente la collaborazione alla scrittura del testo difendendone le

⁴⁴⁰ M. Sacconi, intervista del 1 settembre 2012 al quotidiano “Il Tempo”; G. Cazzola, intervista del 25 giugno 2012 al quotidiano “Il Messaggero”; S. Fassina, intervista del 21 marzo 2012 al quotidiano “La Stampa”.

⁴⁴¹ A. Perulli, *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, in *Lav. Dir.*, 2012, p. 553; G. Ferraro, *Il lavoro autonomo nella riforma del mercato del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, p. 990.

⁴⁴² Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, cit. pp. 80-86; Perulli, *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del lavoro a progetto*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, p. 1; Vallebona, *La Riforma del lavoro*, Torino, 2012, p. 33.

soluzioni, ha portato alcuni autori a definire la Legge una Riforma “senza padri”⁴⁴³.

3.Oltre la riforma Fornero: dal Governo Letta alla proposta di Jobs Act

In questo clima, con l’insediamento nell’aprile del 2013 del Governo Letta, si è provveduto ad apportare alcune modifiche al testo della Riforma attraverso la Legge 99 del 2013. Con riferimento alle novità introdotte in tema di disciplina delle fattispecie contrattuali, è da rilevare come questo nuovo intervento muova nel senso di una semplificazione del contratto di apprendistato e di un incremento della flessibilità in entrata per i contratti a termine, le collaborazioni e il lavoro occasionale ⁴⁴⁴. A ben vedere, però, queste modifiche si limitano a dei ritocchi che, pur insistendo nell’incentivazione del contratto di apprendistato e volendo scommettere sul *trand* positivo delle nuove attivazioni di contratti a termine attraverso la possibilità di un utilizzo più disinvolto della fattispecie “acausale” e una riduzione dei tempi di intervallo tra contratti successivi, non incidono sull’estensione dell’area del lavoro subordinato né sulla *vis* attrattiva o sul regime di tutele dello stesso.

L’insoddisfazione per gli interventi recenti in materia di mercato del lavoro trova del resto conferma sia nel programma di lavoro, denominato “Impegno Italia”⁴⁴⁵ che il Presidente del Consiglio Letta ha presentato il 12 febbraio 2014, il giorno prima di rassegnare le proprie dimissioni al

⁴⁴³ Ibidem, p. 84; Mariucci, *E’ proprio un very bad text?*, *Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, in *Lav. Dir.*, 2012, p. 415 ss.

⁴⁴⁴ Ministero del lavoro e delle politiche sociali, “Il primo anno di applicazione della legge 92/2012”, *Quaderno n.1*, gennaio 2014, in www.lavoro.gov.it, p. 2.

⁴⁴⁵ Il documento *Impegno Italia 2014* è reperibile in <http://www.governo.it/GovernoInforma/documenti/impegnoitalia.pdf>.

Capo dello Stato, sia nella proposta di *Jobs Act*⁴⁴⁶, ancora in via di definizione, presentata dal Partito Democratico nel gennaio 2014.

Entrambe le proposte sono caratterizzate dalla comune volontà di semplificare sensibilmente le regole del mercato del lavoro attraverso l'adozione di un "codice del lavoro semplificato" che raccolga e riordini in un Testo Unico "breve e facilmente comprensibile la disciplina del lavoro, anche a beneficio degli operatori stranieri"⁴⁴⁷. Comune è anche l'intento di proseguire nel percorso avviato dalla Riforma Fornero di una universalizzazione degli ammortizzatori sociali e degli strumenti di sostegno al reddito in caso di perdita del posto di lavoro⁴⁴⁸. Viene poi affermata la volontà di razionalizzare e ridurre le diverse forme contrattuali "atipiche" che caratterizzano il nostro mercato del lavoro. Infine, ed è questo forse il tema che più si avvicina all'oggetto del nostro lavoro di ricerca, viene posto l'obiettivo, con l'intento di "superare il dualismo del mercato del lavoro italiano tra protetti e precari", di definire "un contratto di inserimento a tutele crescenti"⁴⁴⁹. Questa formulazione sembra così richiamarsi alle proposte di contratto unico formulate da Ichino e da Boeri e Garibaldi, le quali prevedono appunto un percorso a tutele crescenti, con riferimento all'anzianità di servizio, al fine di accedere alla disciplina del lavoro subordinato. L'identica formula utilizzata sia in "Impegno Italia 2014" sia nel "*Jobs Act*" è però ancora troppo generica e, in assenza di ulteriori elementi descrittivi, pare impossibile predire quali soluzioni tecnico-giuridiche possa prefigurare. In particolare, appare ancora indefinita la scelta relativa ai soggetti potenziali beneficiari del nuovo contratto, se tutti i nuovi assunti o solo i neo entranti

⁴⁴⁶ In <http://www.partitodemocratico.it/doc/263807/jobs-act.htm>.

⁴⁴⁷ Impegno Italia 2014, cit., p. 14.

⁴⁴⁸ Ibidem, p. 13.

⁴⁴⁹ Ibidem.

nel mercato del lavoro, ma soprattutto occorrerà capire come verrà modulato il regime di tutele, non solo con riferimento al periodo di inserimento, ma con particolare riguardo al fase di stabilizzazione. Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, andrà valutato se si intende modificare ulteriormente, rispetto a quanto previsto nella Riforma Fornero, il nocciolo duro di tutele inderogabili previste per il lavoro subordinato a tempo indeterminato. Questa valutazione non potrà fare a meno di prendere in considerazione, da una parte, la scelta definitiva della fattispecie del nuovo contratto e, dall'altra, la relativa *vis* attrattiva in riferimento alle fattispecie di lavoro economicamente dipendente.

Capitolo Sesto

LA NOZIONE DI SUBORDINAZIONE NEL DIRITTO TEDESCO

1. La posizione prevalente nella dottrina tedesca: il criterio della dipendenza personale

Nel diritto tedesco non è presente una nozione normativa generale di lavoro subordinato, questo dato ha accresciuto notevolmente il ruolo della dottrina e della giurisprudenza in tema di qualificazione del rapporto di lavoro. L'orientamento maggioritario in dottrina si rifà ad una definizione risalente al 1928 ed enucleata dal giurista Alfred Hueck⁴⁵⁰ secondo il quale il lavoratore subordinato è colui che, sulla base di un contratto privato, si obbliga a lavorare al servizio altrui. Quest'ampia nozione viene poi precisata attraverso il criterio della dipendenza personale, ricavato a contrario (*negative definition*) dal concetto di libertà personale contenuto nel paragrafo 84, comma 1, seconda frase, del HGB (Codice del commercio) relativo al rappresentante di commercio, dove viene descritto come lavoratore autonomo quel lavoratore che è "sostanzialmente libero di gestire la propria attività e i propri tempi di lavoro"⁴⁵¹. La dipendenza personale (*personliche Abhaengigkeit*), distinta da quella economica, è caratterizzata da due elementi: l'assoggettamento al potere direttivo del datore e l'inserimento del lavoratore in un'organizzazione imprenditoriale altrui. Secondo questo orientamento prevalente dunque il lavoratore subordinato può essere descritto come un prestatore di servizi che svolge

⁴⁵⁰ Hueck, Nipperdey, Arbeitsrecht I, 1. Ed. 1928, § 8 II, p. 33.

⁴⁵¹ BAG 26.09.2002 – 5 AZB 19/01, NJW 2003, 161; BAG 29.05.2002 – 5 AZR 161/01, NZA 2002, 1232; BAG 16.02.2000 – 5 AZB 71/99.

un'attività sotto le direttive del datore e all'interno dell'organizzazione imprenditoriale di quest'ultimo.⁴⁵²

La giurisprudenza in tema di qualificazione del rapporto di lavoro segue un approccio tipologico che, sotto l'influenza del concetto di dipendenza personale, prende come punto di riferimento interpretativo non tanto il contratto, quanto lo *status* del lavoratore nel rapporto.⁴⁵³ La funzione della disciplina lavoristica infatti viene rinvenuta dalla dottrina nella esigenza di protezione che l'ordinamento riconosce al lavoratore in situazione di debolezza.⁴⁵⁴ La dipendenza personale è il criterio distintivo di questo *status* di debolezza e delimita l'abito di applicazione del diritto del lavoro. Nella propria elaborazione giurisprudenziale la Corte federale del lavoro (Bundesarbeitsgericht - BAG) ha elaborato una serie di indici caratterizzanti il lavoro subordinato⁴⁵⁵: l'assoggettamento al potere direttivo in riferimento al luogo della prestazione; l'assoggettamento a tale potere in riferimento al tempo della prestazione; l'assoggettamento a tale potere in riferimento alle modalità della prestazione; la collaborazione nell'ambito dell'impresa; l'utilizzo di mezzi e di strumenti lavorativi messi a disposizione del datore di lavoro⁴⁵⁶. La dipendenza personale quale

⁴⁵² BAG 09.07.2003 – 5 AZR 595/02 (juris); BAGE 1977, 226.

⁴⁵³ BAG 20.01.2010 – 5 AZR 106/09, AP Nr. 120 zu § 611; BAG 22.08.2001 – 5 AZR 502/99, AP Nr. 109 zu § 611 BGB; BAG 19.01.2000 – 5 AZR 644/98.

⁴⁵⁴ Lieb, RdA 1977, 210; Maschmann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, p.15; Richardi, in: Münchener Handbuch des Arbeitsrechts, 3. Aufl. 2009, § 16 Rn. 43 ff.; Thüsing, in: Henssler / Willemsen / Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 2012, Vor § 611 Rn. 59; Wank, Arbeitnehmer und Selbständiger, 1987; Wank, DB 1992, 90; Wank, RdA 1999, 271; Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, p. 15.

⁴⁵⁵ BAG 20.09.2000 – 5 AZR 61/99, NZA 2001, 551; BAG 15.02.1965 – 5 AZR 358/63, AP Nr. 6 zu § 611 BGB; BAG 16.03.1972 - 5 AZR 460/71, AP Nr. 10 zu § 611 BGB; BAG 08.06.1967 - 5 AZR 461/66, AP Nr. 6 zu § 611 BGB.

⁴⁵⁶ Analisi effettuata dall'*Institut für Arbeits- und Berufsforschung der Bundesanstalt für Arbeit* in merito alla problematica della "parasubordinazione", IAB-Werkstattbericht n. 7 del 25.11.1996.

elemento distintivo della subordinazione resta però, secondo diversi autori⁴⁵⁷, una formula generica e di ampia interpretazione. Il BAG consapevole di questo limite riserva una particolare attenzione alla valutazione dell'intensità della dipendenza personale "determinabile solamente sulla base di una valutazione di tutte le circostanze concrete"⁴⁵⁸. Per guidare l'interprete in questa valutazione e con l'obiettivo di dotare la nozione di dipendenza personale di una struttura definitoria più complessa e meglio adattabile, la giurisprudenza ha elaborato ulteriori indici quali: l'intensità dell'assoggettamento al potere direttivo; la dipendenza gerarchica; un rigido vincolo di orario; un obbligo di prestazione regolare sul posto di lavoro; l'ampiezza delle mansioni svolte; il luogo del lavoro; gli strumenti lavorativi da mettere a disposizione; la gestione di dati del personale.⁴⁵⁹ Secondo Buchner, per quanto possano essere enucleati indici sempre più precisi e diversificati, l'intensità della dipendenza personale resta un elemento non quantificabile e necessariamente rimesso alla valutazione del giudice. Lo stesso autore rileva come, in considerazione del fatto che anche il lavoratore autonomo può essere soggetto ad un certo grado di dipendenza, attraverso limitazioni sui tempi e le modalità di esecuzione della propria prestazione, l'intensità della dipendenza risulti essere non un semplice criterio per affinare gli strumenti interpretativi, ma un elemento decisivo per la qualificazione del rapporto. Viene così messa ulteriormente in evidenza la fragilità della nozione di dipendenza personale e l'ampio margine discrezionale concesso all'interprete.⁴⁶⁰

⁴⁵⁷ Herbert Buchner, Ridefinire la nozione di subordinazione, il dibattito in Germania, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 86, 2000, 2, p. 346; Preis, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2014, § 611 Rn. 54; Thüsing, in: Henssler / Willemsen / Kalb, *Arbeitsrecht Kommentar*, 2012, Vor § 611 Rn. 59.

⁴⁵⁸ Herbert Buchner, *ibidem*. V. BAG 15.03.1978, AP BGB § 611 Nr. 26; BAG 13.01.1983 NJW 1984, 1985.

⁴⁵⁹ Herbert Buchner, *ibidem*.

⁴⁶⁰ Herbert Buchner, *ibidem*.

2. Il lavoratore parasubordinato nel diritto del lavoro tedesco

Secondo la giurisprudenza prevalente la situazione di dipendenza economica del lavoratore non va considerata quale elemento sufficiente né necessario al fine della qualificazione del rapporto come subordinato. Questo atteggiamento, che alcuni interpreti sdrammatizzano sottolineando come la maggior parte dei lavoratori personalmente dipendenti siano anche economicamente dipendenti, si deve al fatto che per i lavoratori economicamente dipendenti è previsto uno specifico regime di tutela differenziato rispetto a quello del lavoratore subordinato. Il lavoratore economicamente dipendente ma non soggetto ai vincoli di etero direzione caratteristici della dipendenza personale, viene definito come *arbeitnehmerhenliche Personen*, o lavoratore parasubordinato.⁴⁶¹ Richiamandosi alla funzione protettiva dell'ordinamento lavoristico tedesco, il legislatore riconosce in questa figura di lavoratore un minore status di debolezza a cui ricollega conseguentemente un diverso e più limitato regime protettivo. Diverse disposizioni speciali nell'estendere alcune tutele a questo tipo di lavoratori ne descrivono al contempo le caratteristiche peculiari. E' questo il caso del secondo paragrafo della *Bundesurlaubsgesetz* (BUrIG), legge in materia di ferie, nella quale il diritto alle ferie, tipico del lavoro subordinato, viene riconosciuto anche in favore di quei lavoratori che "a causa della loro dipendenza economica devono essere considerati lavoratori parasubordinati"⁴⁶². In relazione allo *status* di dipendenza economica rilevante al fine di qualificare il rapporto

⁴⁶¹ Si veda qui il paragrafo 12a della *Tarifvertragsgesetz* (legge sulle convenzioni tariffarie) dove i lavoratori parasubordinati vengono definiti come "economicamente dipendenti e bisognosi di tutela in maniera analoga al lavoratore subordinato". V. anche Neuvians, *Die arbeitnehmerähnliche Person*, 2002; Schubert, *Der Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen*, 2004.

⁴⁶² Vedi anche § 5 I 2 *ArbGG* (*Arbeitsgerichtsgesetz*): Giurisdizione della Corte del Lavoro riguardo all' "arbeitnehmerähnlicher Personen".

come parasubordinato la BAG richiede che si verifichi nel rapporto di lavoro una situazione di debolezza simile a quella individuata dal criterio della dipendenza personale⁴⁶³. Per meglio descrivere questa situazione di simil-dipendenza vengono enucleati alcuni indici quali la continuità del rapporto di lavoro nel tempo; la relazione di tendenziale monocommittenza con il datore e la complementare non partecipazione diretta del lavoratore al mercato, relativa alla normale cessione dei prodotti del prestatore ad un solo datore; la personalità della prestazione, da ravvisarsi nello svolgimento del lavoro essenzialmente senza la collaborazione di terzi e per mezzo di un'organizzazione d'impresa molto semplice. Altro requisito da verificare, secondo la giurisprudenza, è quello della concreta situazione reddituale del lavoratore parasubordinato che deve essere equiparabile a quella di un lavoratore dipendente impiegato in mansioni simili⁴⁶⁴. Al fine poi di escludere l'elemento della dipendenza personale, l'interprete è chiamato ad accertare, oltre alla non piena integrazione all'interno dell'organizzazione imprenditoriale del datore, la libertà dell'*arbeitnehmerhenliche Personen* nell'autodeterminare i tempi e i modi di svolgimento della propria prestazione⁴⁶⁵.

Per quanto riguarda la disciplina applicabile, al lavoratore parasubordinato il diritto tedesco estende alcune delle protezioni previste per il lavoratore subordinato.⁴⁶⁶ Queste tutele, definite dalla dottrina come “leggere”, danno al lavoratore diritto: ai congedi parentali; alle ferie; alla tutela della sicurezza sul lavoro; alla medesima giurisdizione riconosciuta ai lavoratori subordinati; alla libertà di associarsi sindacalmente e alla

⁴⁶³ BAG 15.04.1993 NZA 1993, 789.

⁴⁶⁴ BAG 21.12.2010, NZA 2007, 1320; BAG 21.02.2007 NZA 2011, 309; Pagotto 1998, p. 234

⁴⁶⁵ Preis, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2014, § 611 Rn. 111; Wass, 2004, 208 ss.; Weiss 2004, 109 e ss.

⁴⁶⁶ Thüsing, in: Henssler / Willemsen / Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 2012, Vor § 611 Rn. 111.

contrattazione collettiva. Diversa è invece la disciplina in tema di recesso e di salario minimo anche se una parte della dottrina ha aperto alla possibilità di estendere a questi lavoratori anche la normativa in tema prevista per il lavoro dipendente⁴⁶⁷.

3.La qualificazione del rapporto fondata sulla dipendenza economica. La posizione di Rolf Wank

Sebbene la continua elaborazione giurisprudenziale abbia nel tempo accresciuto e affinato gli indici di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato, in dottrina non sono mancate voci critiche rispetto alla scarsa efficacia definitoria e all'eccessiva ampiezza concettuale del criterio centrale della dipendenza personale.⁴⁶⁸ Alcuni autori si sono così spinti a proporre non una semplice limatura degli indici di subordinazione, ma nuovi criteri di qualificazione capaci di spodestare la centralità della dipendenza personale. Tra questi autori va certamente ricordato Rolf Wank che con la sua opera del 1988, "Arbeitnehmer und Selbständiger", proporrà come centrale il criterio della dipendenza economica.

Wank avvia la sua analisi osservando le tensioni che animano il mercato del lavoro in una dimensione continentale nella quale diversi Stati dell'Unione Europea si trovano a confrontarsi con almeno due esigenze: da un lato, la necessità di incentivare lo spirito imprenditoriale e aumentare così l'offerta di lavoratori autonomi per rispondere alla crescente e differenziata domanda di nuovi servizi e di flessibilità; dall'altro, la preoccupazione di evitare il rischio di uno "smantellamento delle protezioni sociali" previste dal diritto del lavoro davanti alla sempre

⁴⁶⁷ Zachertm 2003, p. 21 ss.

⁴⁶⁸ Buchner, p. 346; Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2014, § 611 Rn. 111; Thüsing, in: Henssler / Willemsen / Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 2012, Vor § 611 Rn. 59; Wank ...

maggior concorrenza e agli incrementi di produttività richiesti dal mercato globale. In questo contesto, obiettivo del legislatore dovrebbe essere quello di favorire una “vera autonomia”. L’autore infatti distingue due tipi di autonomia: una “vera” ed una “apparente”. Quest’ultima, sempre più diffusa, caratterizza quei rapporti di lavoro che pur essendo definiti come autonomi in realtà si svolgono in condizioni assimilabili a quelle del lavoro subordinato. Al fine di limitare il ricorso all’autonomia “apparente” per Wank si rende necessario fornire una definizione “appropriata” di lavoratore subordinato con il duplice obiettivo, da un lato, di chiarire la sfera di applicazione del diritto del lavoro e, dall’altro, di arginare la fuga dal lavoro subordinato ponendo un limite “alla stipulazione di contratti diretti ad eludere l’applicazione del diritto del lavoro e della previdenza sociale”⁴⁶⁹. La corretta delimitazione dell’area di applicazione delle tutele riveste per l’autore una funzione relevantissima viste le differenze in tema di regime protettivo che ne conseguono: il lavoratore subordinato si vede riconosciute tutte le tutele del diritto del lavoro e della previdenza sociale, mentre il lavoratore autonomo deve assumere su di sé ogni rischio relativo al rapporto di lavoro. Ai fini qualificatori la definizione elaborata dalla BAG e fondata sul concetto di dipendenza personale per l’autore non fornisce alcuna certezza di diritto. La Corte rinuncia infatti a fornire una definizione generale di lavoratore subordinato limitandosi ad esplicitare alcuni indici qualificatori e rimettendo l’interprete ad una valutazione di tutte le circostanze del caso concreto⁴⁷⁰. Questo approccio consolidato però davanti alle sempre più differenziate configurazioni che il rapporto di lavoro può assumere nel presente entra in crisi con particolare riferimento a quelle fattispecie che si posizionano sul confine tra area del lavoro autonomo e area del lavoro subordinato.

⁴⁶⁹ Wank, p. 334

⁴⁷⁰ BAG, AP n.56 riguardo al paragrafo 80 BetrVG, con nota di Wank.

Visti i sensibili vantaggi in termini di costo del lavoro e di flessibilità della normativa applicabile, non è difficile comprendere la propensione delle imprese ad assumere lavoratori con contratti di lavoro autonomo, le parti tuttavia non possono disporre liberamente del tipo contrattuale. La normativa lavoristica e della previdenza sociale hanno infatti natura imperativa e perseguono lo scopo di tutelare il lavoratore ogni qual volta questi si trovi “oggettivamente” in una situazione di dipendenza, ossia ogni qual volta il contratto nella sua concreta esecuzione riveli i caratteri tipici del lavoro subordinato, al di là del nome che le parti abbiano deciso di attribuirgli⁴⁷¹. Nel diritto tedesco l’indisponibilità per le parti del tipo contrattuale opera in via generale, ma può prevedere alcune specifiche eccezioni nel caso in cui la giustificazione addotta dall’imprenditore in merito alla libera scelta del prestatore di stipulare un contratto di lavoro autonomo sia integrata da alcune circostanze particolari. Si pensi ad esempio al caso in cui il lavoratore rassegni le proprie dimissioni allo scopo di diventare autonomo o alla circostanza, accertata dall’interprete, nella quale il datore abbia offerto al prestatore la possibilità di scegliere tra la stipulazione di un contratto autonomo, con la previsione di una maggiore retribuzione e una contestuale assunzione del rischio, e la stipulazione di un contratto di lavoro subordinato”⁴⁷².

Alla luce di queste considerazioni la qualificazione del rapporto, non potendosi affidare alla volontà delle parti espressa nel contratto, deve fondarsi su criteri oggettivi. Wank mette in evidenza come questa esigenza non venga però ottemperata dalla giurisprudenza federale in quanto i numerosi indici da questa elaborati, a partire dai due più importanti caratterizzanti la dipendenza personale, ossia l’eterodirezione e l’inserimento del lavoratore nella organizzazione imprenditoriale del datore, non vengano ordinati secondo un grado di rilevanza. In questo

⁴⁷¹ Wank, *Arbeitnehmer und Selbständige*, 1988, o. 102

⁴⁷² *Id.*, *RdA*, 1999, oo. 297, 309 s.

modo, a seconda del caso concreto potrà risultare decisivo sia l'indice dell'eterodirezione che quello dell'inserimento senza che venga individuato tra di essi un preciso criterio di bilanciamento. Secondo Wank questa situazione, resa ancora più incerta dal moltiplicarsi degli indici sussidiari di subordinazione⁴⁷³, non può essere giustificata dall'argomento secondo il quale l'utilizzo del metodo tipologico da parte della giurisprudenza tedesca non richiederebbe una fattispecie astratta definita compiutamente nei propri elementi essenziali. Infatti, per l'autore anche l'utilizzo del metodo tipologico, per essere correttamente applicato, richiede quale presupposto minimo l'individuazione "di determinati indici indispensabili e di un criterio di bilanciamento"⁴⁷⁴.

Tra i due indici più rilevanti, eterodirezione ed inserimento, Wank sembra prediligere il secondo in quanto capace di definire con più precisione lo stato di dipendenza che l'autore ricollega alla situazione nella quale il lavoratore è tenuto a erogare le proprie energie in favore di un unico datore. Un lavoratore eterodiretto infatti non necessariamente è tenuto ad un rapporto di mono-committenza con il proprio datore, mentre un lavoratore pienamente inserito nell'organizzazione dell'imprenditore difficilmente riuscirà ad erogare le proprie energie lavorative sul mercato in favore di altri committenti⁴⁷⁵. E' dunque possibile osservare come per Wank sia importante, al fine di qualificare un rapporto come dipendente, verificare se il lavoratore si trovi in una situazione che lo escluda dall'esercizio della libertà di iniziativa economica, ovvero ad esempio dalla possibilità di offrire la propria attività sul mercato e non solo in favore di un unico committente.

⁴⁷³ Secondo Wank la giurisprudenza ha elaborato circa trenta indici di subordinazione diversi.

⁴⁷⁴ Wank, p.336.

⁴⁷⁵ Ibidem, p. 337.

Alla luce di queste considerazioni Wank arriva a proporre una nuova definizione di lavoratore subordinato che, a differenza di quella tradizionale, viene ricostruita intorno al concetto di dipendenza economica⁴⁷⁶.

L'autore argomenta il proprio orientamento attraverso un'interpretazione teleologica del diritto del lavoro secondo la quale senso e scopo ultimo della normativa lavoristica sarebbe quello di tutelare il lavoratore in posizione di debolezza, una posizione che si configura non solo e non tanto davanti al potere di eterodirezione del datore, come prevede la dipendenza personale, quanto in relazione alla condizione del lavoratore rispetto al mercato.

Il "vero" lavoratore autonomo è dotato di una propria organizzazione d'impresa, occupa normalmente altri lavoratori alle proprie dipendenze, investe propri capitali nell'attività lavorativa e ha la possibilità di offrire i propri servizi sul mercato. Esercita così la propria libertà imprenditoriale ed è libero di realizzare i propri guadagni assumendo decisioni in grado di influenzare gli acquisti, le vendite e l'organizzazione dell'impresa.

In base a queste caratteristiche il lavoratore autonomo è in condizione di affrontare da sé i rischi del mercato e non necessita delle protezioni accordate dal diritto del lavoro.

A differenza poi di un lavoratore dipendente impiegato in funzioni direttive, il quale può adottare una molteplicità di decisioni di natura imprenditoriale, il lavoratore autonomo risponde direttamente del risultato della propria prestazione assumendosene i rischi. A ben vedere dunque elementi distintivi dell'autonomia sono la libertà imprenditoriale e il rischio di impresa. Due elementi entrambi necessari a caratterizzare come autonoma una prestazione di lavoro. Come abbiamo visto infatti la libertà imprenditoriale senza rischio di impresa può configurarsi anche in lavoratori dipendenti impiegati in funzioni direttive mentre il rischio di

⁴⁷⁶ Wank, LD, 1997, pp.217-222 e in NZA, 1999, pp. 225 ss, nt. 18.

impresa senza la libertà imprenditoriale non può essere sufficiente ad escludere la situazione di debolezza a cui si ricollegano le protezioni del diritto del lavoro.

Descrivendo i tratti del “vero” lavoratore autonomo Wank intende dunque enucleare quegli elementi necessari ad escludere la dipendenza economica e, di conseguenza, l’applicazione del diritto del lavoro. Non solo, così facendo l’autore si pone nella condizione di dedurre a contrario quei caratteri del lavoro subordinato che ritiene decisivi al fine della qualificazione del rapporto, più coerenti nella prospettiva di un’interpretazione teleologica del diritto del lavoro e più precisi nel definire i confini della disciplina applicabile. In questa prospettiva, il tradizionale elemento della dipendenza personale non perde rilievo qualificatorio, ma viene interpretato in modo meno generico: non è più sufficiente rilevare un semplice assoggettamento alle direttive del datore di lavoro, ma occorre verificare che il rapporto di eterodirezione non lasci al lavoratore alcun margine di libertà imprenditoriale. In questo modo, il criterio della dipendenza personale si affianca e viene interpretato alla luce dell’elemento della dipendenza economica intesa come l’assenza per il lavoratore di libertà imprenditoriale e di rischio di impresa.

Emerge così una definizione di lavoro subordinato che, proprio in quanto enucleata per differenza dagli elementi necessari a configurare l’autonomia, dovrebbe più precisamente distinguersi da quest’ultima. In sintesi, per Wank, “è prestatore di lavoro subordinato, colui che sulla base di un rapporto privatistico viene occupato alle altrui dipendenze nel rispetto delle direttive impartitegli ed è inserito nella altrui organizzazione imprenditoriale, facendo uso di mezzi e strumenti messi a disposizione e la cui prestazione lavorativa si inserisce nell’organizzazione dell’impresa. L’assoggettamento al potere direttivo sussiste se il lavoratore non ha alcun margine di libertà imprenditoriale, ovvero se il risultato della prestazione lavorativa non gli viene imputato. In particolare, la libertà imprenditoriale manca se il lavoratore non occupa altri lavoratori alle proprie dipendenze,

se non è dotato di una propria organizzazione imprenditoriale, se non investe propri capitali nella attività lavorativa e se, in linea di principio, presta la sua attività in favore di un unico datore⁴⁷⁷.

3.1.I riscontri positivi della posizione di Wank in tema di qualificazione del rapporto subordinato nella giurisprudenza e nella riforma della previdenza sociale tedesca del 1999

L'orientamento di Wank, pur rimanendo minoritario in dottrina, ha trovato riscontro in alcune pronunce della Corte suprema federale (Bundesgerichtshof - BGH)⁴⁷⁸ e della BAG.⁴⁷⁹ In questi casi, nonostante le Corti continuino a basarsi ancora sui criteri tradizionali elaborati per qualificare rapporto di lavoro, nel fondare i motivi delle proprie decisioni fanno riferimento sia all'elemento della libertà imprenditoriale, che a quello del rischio di impresa⁴⁸⁰. Altre sentenze della BGH, della BAG e della Corte federale sociale (Bundessozialgericht – BSG)⁴⁸¹ contribuiscono poi a consolidare un'analisi del rapporto di lavoro che tenga in considerazione, al fine di valutare l'autonomia, oltre che dell'assunzione del rischio sulla produttività della prestazione in capo al lavoratore, della possibilità per quest'ultimo di esercitare un margine di libertà imprenditoriale tale da poter incidere sui propri guadagni. Va inoltre ricordato come nella legge di riforma del 1999 al Codice di sicurezza sociale sia stato elaborato, accanto ad una definizione di subordinazione

⁴⁷⁷ Wank, p. 340.

⁴⁷⁸ BGHZ 140, 111 – BGH, NJW, 1999, 218 – RdA, 1999, 268

⁴⁷⁹ BAG, AP n.37, riguardo al paragrafo 5 ArbGG c on nota di Kreuder

⁴⁸⁰ Il caso che Wank porta come esempio, al quale si riferiscono le sentenze citate nelle note precedenti, riguarda la qualificazione come lavoratori autonomi degli autisti di un'impresa di surgelati.

⁴⁸¹ BGHZ 140, 111, in AP n.37 riguardo al paragrafo 5 ArbGG; BSG, in NZA, 1991, 907.

fondata ancora sul requisito della dipendenza personale, un insieme di presunzioni per l'individuazione del lavoro dipendente in particolari casi dubbi. Secondo queste presunzioni, che operavano *iuris tantum*, un lavoratore poteva essere considerato come dipendente ai fini previdenziali, ancorché privo degli elementi distintivi della dipendenza personale, qualora nel caso concreto ricorressero almeno tre dei seguenti criteri: l'assenza di altri soggetti alle dipendenze del lavoratore; lo svolgimento della prestazione in forma stabile in favore di un solo committente; il fatto che il committente di regola non affidi l'esecuzione delle medesime mansioni a lavoratori subordinati da lui stesso assunti; l'insussistenza nell'attività del prestatore delle caratteristiche tipiche della libertà imprenditoriale; il fatto che l'attività del prestatore corrisponda, in apparenza, all'attività che egli svolgeva precedentemente per lo stesso committente sulla base di un rapporto di lavoro subordinato. Da queste presunzioni emerge con chiarezza l'influenza esercitata dal pensiero di Wank con particolare riferimento sia al riconoscimento esplicito del criterio della libertà imprenditoriale, che alla possibilità di ricondurre sotto l'area della dipendenza rapporti non necessariamente caratterizzati dalla dipendenza personale. Va però ricordato come la dottrina maggioritaria abbia criticato la scelta del legislatore di riconoscere, seppur attraverso criteri integrativi e residuali come le presunzioni, la rilevanza qualificatoria della libertà imprenditoriale, un criterio questo considerato inidoneo a definire i limiti tra lavoro autonomo e subordinato⁴⁸². Non solo, diversi autori hanno messo in evidenza come la soluzione definitiva individuata ai fini previdenziali e il collegato sistema di presunzioni non possano incidere automaticamente sulla nozione di lavoro subordinato ai fini del diritto del lavoro. Le due nozioni di subordinazione, ai fini previdenziali e ai fini del diritto del lavoro, non sono infatti sovrapponibili in quanto rispondenti a "concrete e diverse finalità attribuite

⁴⁸² U.Muckenberger, in Ridefinire la nozione di subordinazione, cit. p. 329 ss.

rispettivamente a ciascuna disciplina”⁴⁸³. Altri autori hanno invece sottolineato come il suddetto intervento legislativo fosse riuscito ad inquadrare un gran numero di lavoratori parasubordinati nell’area di protezione del diritto previdenziale⁴⁸⁴. Forse proprio quest’ultimo effetto ha spinto il legislatore, attraverso una modifica legislativa intervenuta nel 2002, ad abrogare il sistema delle presunzioni previsto dalla legge del 1999. Sebbene infatti la posizione della maggioranza politica rosso-verde del tempo fosse vicina all’approccio di Wank, le previsioni di aggravio per le finanze pubbliche che sarebbero seguiti ad un ampliamento della platea dei beneficiari delle protezioni previste dalla previdenza sociale, potrebbero aver persuaso il governo ad orientarsi su una strategia diversa, ovvero quella di promuovere, grazie ad appositi incentivi alla creazione di impresa, il reingresso nel mercato del lavoro dei disoccupati attraverso nuovi rapporti di lavoro autonomo, perseguendo così l’obiettivo di ridurre il tasso di disoccupazione senza aumentare la spesa sociale⁴⁸⁵.

3.2. Le critiche mosse dalla dottrina al concetto di dipendenza economica quale elemento qualificante del rapporto di lavoro subordinato

Diversi sono stati i rilievi critici mossi dalla dottrina maggioritaria in merito all’impiego del criterio della dipendenza economica ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro subordinato. In particolare si contesta a Wank l’idoneità dei criteri dell’assenza di libertà imprenditoriale e di rischio di impresa a soddisfare le esigenze di una maggiore oggettività

⁴⁸³ Ibidem.

⁴⁸⁴ M. Weiss, The regulation of Quasi-Subordinate Employment in Germany, in La riforma del mercato del lavoro: deregolazione o reregolazione?, a cura di C. Serra, Giuffrè 2005, Milano.

⁴⁸⁵ K. Biaback, La tutela sociale dei rapporti di lavoro “atipici” in Germania, in Lavoro e diritto, 2003, n.3, pp. 441-449.

interpretativa e certezza giuridica in relazione al criterio tradizionale della dipendenza personale⁴⁸⁶. Chi svolge un'attività lavorativa inserito nell'organizzazione d'impresa del datore e in esecuzione di direttive inerenti le modalità, il luogo e il tempo della prestazione (come prevedono gli indici tradizionali) non può trovarsi nelle condizioni di esercitare alcuna libertà imprenditoriale né tanto meno di assumersi i rischi relativi alla produttività della propria prestazione. Da questo punto di vista dunque, secondo i critici, il criterio della dipendenza economica nulla aggiunge al criterio della dipendenza personale.

A differenza dell'impostazione dottrinale tradizionale, per Wank l'insussistenza della libertà imprenditoriale, elemento al quale l'autore ricollega la qualificazione del rapporto come subordinato, sarebbe riscontrabile anche in assenza di un vincolo di eterodirezione ad esempio qualora il lavoratore non occupi altri prestatori alle proprie dipendenze ed esegua il proprio lavoro in regime di monocommittenza. Sia l'impiego di lavoratori alle proprie dipendenze che la necessità di svolgere la propria attività in favore di una pluralità di committenti, non possono essere però considerati quali efficaci presupposti per individuare la libertà imprenditoriale. Può infatti capitare che un lavoratore subordinato in mansioni direttive coordini il lavoro di altri prestatori all'interno dell'impresa del datore o che un lavoratore pacificamente qualificabile come autonomo scelga di lavorare per un unico committente. Anche il condivisibile criterio, ai fini del riconoscimento della libertà imprenditoriale, della presenza di un'autonoma organizzazione di mezzi con impiego di propri capitali deve fare i conti nella realtà con situazioni nelle quali il lavoratore autonomo, con particolare riferimento al settore dei servizi, può svolgere la propria prestazione anche grazie ad un'organizzazione di mezzi e ad un investimento di capitali propri in misura così ridotta da essere difficilmente distinguibile rispetto alla

⁴⁸⁶ H.Buchner, Ridefinire la nozione di subordinazione, cit. p. 344.

struttura organizzativa e agli investimenti del committente. Tutte questi rilievi intendono sottolineare come i nuovi criteri enucleati da Wank non siano in grado di fornire elementi presuntivi più certi all'interprete⁴⁸⁷.

Anche con riferimento all'interpretazione teleologica che l'autore pone a premessa della propria proposta, ossia l'esigenza di protezione del lavoratore in condizione di debolezza rispetto al mercato, viene evidenziato come questa interpretazione, anche qualora fosse pienamente condivisa, non porti a soluzioni tecnico-giuridiche univoche in tema di criteri discretivi. Possono infatti essere derivati in base alla stessa lettura degli scopi ultimi del diritto del lavoro elementi qualificatori diversi a seconda della sensibilità dell'interprete⁴⁸⁸.

Infine, viene contestata l'inidoneità della dipendenza economica del lavoratore quale elemento decisivo a qualificare il rapporto di lavoro. La dipendenza economica sarebbe infatti, secondo i critici, un elemento estraneo al contratto e inerente la sola condizione del lavoratore sul mercato. Wank però risponde a quest'ultima critica sottolineando come i criteri della libertà imprenditoriale e del rischio di impresa prescindano sia dalle condizioni patrimoniali del lavoratore che da una valutazione della sua condizione sul mercato⁴⁸⁹. Punto di riferimento di questi criteri, per l'autore, è il concreto rapporto giuridico tra le parti. Solo da un'analisi di tale rapporto che rilevi la presenza o meno della libertà imprenditoriale e della contestuale assunzione di rischio è infatti possibile fondare una corretta qualificazione del rapporto di lavoro.

⁴⁸⁷ Ibidem, p. 349

⁴⁸⁸ Ibidem, p. 345

⁴⁸⁹ Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, cit., p.134 ss.

4.Un terzo orientamento dottrinale: la qualificazione del rapporto di lavoro fondata sulla interpretazione del contratto e la rivalutazione della distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi

Rispetto all'orientamento maggioritario incentrato sulla dipendenza personale e a quello minoritario costruito intorno al concetto di dipendenza economica, negli ultimi anni è andato affermandosi nel diritto tedesco un terzo orientamento teso a superare l'impostazione, comune ad entrambi gli orientamenti precedentemente illustrati, che fonda la qualificazione del rapporto di lavoro sullo *status* di dipendenza, sia essa personale od economica, del lavoratore.

Questi autori⁴⁹⁰ propongono, in alternativa all'orientamento generale, di fondare il processo di qualificazione non più sullo *status* del lavoratore, ma sul contratto.

4.1.Richardi: per una qualificazione del rapporto fondata sulla natura dell'obbligazione dedotta nel contratto

Richardi ricostruisce la nozione di *Arbeitnehmer* osservandone con attenzione la funzione e l'evoluzione storica. Il concetto di lavoro subordinato ha avuto la funzione di definire il campo di applicazione del diritto del lavoro. Con l'emancipazione nel tempo del diritto del lavoro dal diritto civile, l'area della subordinazione ha assunto un sempre maggiore rilievo in quanto "porta di accesso" a una diversa dimensione contrattuale caratterizzata da specifici principi e norme inderogabili⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ Richardi, in: Münchener Handbuch des Arbeitsrechts, 3. Aufl. 2009, § 16 Rn. 41 ss; Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. ed. 2014, § 611 Rn. 59 ss.

⁴⁹¹ Richardi, in: Münchener Handbuch des Arbeitsrechts, 3. Aufl. 2009, § 16 Rn. 41.

Il diritto del lavoro trova le sue radici nella legislazione sociale tedesca di fine ottocento e affina i propri strumenti di qualificazione del rapporto intorno alla necessità di limitare il potere datoriale sul lavoratore soggetto ad una dipendenza personale⁴⁹². La dipendenza personale veniva individuata solo per quei rapporti caratterizzati da un'obbligazione di mezzi escludendo dunque dall'area del lavoro subordinato coloro che si impegnavano con il datore al conseguimento di un risultato.⁴⁹³

Lo svolgimento della prestazione all'interno dell'organizzazione d'impresa del datore poi, ricorda Richardi, produce una deviazione rispetto ai principi in tema di responsabilità per la produttività o meno della prestazione che valgono normalmente per i contratti bilaterali. Ad esempio il datore di lavoro porta su di sé il rischio della retribuzione del prestatore in caso di una impossibilità della prestazione di quest'ultimo a causa di un disfunzionamento dell'organizzazione aziendale ed è sempre il datore a rispondere in sede civile per i danni causati dai propri dipendenti nel corso della prestazione lavorativa⁴⁹⁴.

Secondo Richardi, l'assenza di una definizione generale di lavoratore subordinato ha portato la giurisprudenza a basarsi su una ricostruzione teleologica della subordinazione e del suo soggetto tipico: il lavoratore subordinato. Il tipo lavoratore subordinato può essere richiamato, a seconda della legge che ad esso si riferisce e perfino all'interno di una stessa legge, da criteri diversi. Questa situazione, ricorda Richardi, non può ritenersi soddisfacente per la dogmatica giuridica che richiederebbe alla fattispecie astratta un maggiore rigore ai fini dell'efficacia sussuntiva della stessa⁴⁹⁵.

⁴⁹² Richardi, *ibidem*.

⁴⁹³ Richardi, *ibidem*.

⁴⁹⁴ Richardi, in: *Münchener Handbuch des Arbeitsrechts*, 3. Aufl. 2009, § 16 Rn. 43.

⁴⁹⁵ Richardi, in: *Münchener Handbuch des Arbeitsrechts*, 3. Aufl. 2009, § 16 Rn. 44 s.

L'assenza di una nozione generale e la pluralità di elementi con i quali ci si richiama alla figura dell'*Arbeitnehmer* metterebbero dunque a rischio l'applicazione uniforme del diritto del lavoro. La qualificazione del rapporto in queste condizioni infatti non può che fondarsi, nei casi dubbi, su un'attenta valutazione degli indici di subordinazione secondo una prospettiva teleologica⁴⁹⁶. Come abbiamo già notato in precedenza però, il richiamo ad un'interpretazione teleologica non assicura affatto effetti univoci per quanto riguarda l'individuazione e la valutazione dei criteri tecnico-giuridici di qualificazione, concedendo così uno spazio interpretativo al giudice che influisce negativamente in relazione alla ricerca di una maggiore certezza e prevedibilità sulla scelta della disciplina applicabile.

Questo margine concesso al giudice in merito alla qualificazione del rapporto trova poi conferma nel metodo interpretativo tipologico diffusamente utilizzato dalla giurisprudenza tedesca. Per Richardi questo metodo non è in grado di tutelare le esigenze di praticità e sicurezza nell'applicazione del diritto alle quali la stessa giurisprudenza del lavoro si richiama. La nozione tipologica di subordinazione infatti viene ricostruita per approssimazione attraverso una serie di indici non necessariamente sempre presenti. Questa nozione per Richardi essendo priva di un preciso criterio giuridico che indichi quali elementi debbano essere necessariamente presenti per riconoscere la subordinazione, non è in grado di qualificare con precisione il rapporto di lavoro⁴⁹⁷.

Richardi sembra dunque prediligere l'impiego di un metodo sussuntivo di qualificazione che definisca teleologicamente i presupposti necessari all'applicazione del diritto del lavoro superando il concetto generico di dipendenza personale e la molteplicità di indici ai quali questo concetto si richiama.

⁴⁹⁶ Richardi, in: Münchener Handbuch des Arbeitsrechts, 3. Aufl. 2009, § 16 Rn. 46.

⁴⁹⁷ Richardi, in: Münchener Handbuch des Arbeitsrechts, 3. Aufl. 2009, § 16 Rn. 46.

L'autore, alla luce di queste considerazioni, evidenzia le criticità di un approccio qualificatorio basato su indici che descrivono per approssimazione un tipo normativo di lavoratore subordinato che individua come referente social-tipico il lavoratore impiegato all'interno di un'organizzazione di impresa di medie-grandi dimensioni che svolge la propria prestazione sottoposto ai poteri direttivi del datore. Con l'evoluzione del sistema produttivo e la differenziazione dei rapporti di lavoro il referente social-tipico di questo tipo normativo è entrato in crisi e, di conseguenza, si è indebolita l'efficacia qualificatoria degli indici di subordinazione utilizzati dall'interprete secondo il metodo tipologico.⁴⁹⁸

La complementare nozione di autonomia non può, secondo Richardi, intervenire in soccorso in quanto anch'essa costruita sull'assenza degli stessi criteri di dipendenza personale la cui presenza caratterizza, secondo la dottrina maggioritaria, il lavoro subordinato⁴⁹⁹.

Davanti a queste difficoltà, l'autore propone di utilizzare un criterio giuridico di qualificazione non più fondato sullo *status* del lavoratore, definito sulla base delle caratteristiche del tradizionale tipo normativo di lavoratore subordinato, ma incentrato sul tipo di obbligazione dedotta nel contratto. Per Richardi l'obbligazione tipica dedotta nel contratto di lavoro subordinato è un'obbligazione di mezzi caratterizzata da una limitazione sui tempi e le modalità della prestazione. In particolare, questa obbligazione prevede una disciplina dell'orario di lavoro e un'individuazione per genere delle mansioni richieste al lavoratore. A questo tipo di obbligazione di mezzi si ricollega in via generale l'applicazione del diritto del lavoro mentre per le obbligazioni che consentono al lavoratore di determinare i tempi e le modalità della propria

⁴⁹⁸ Richardi, in: Münchener Handbuch des Arbeitsrechts, 3. Aufl. 2009, § 16 Rn. 47.

⁴⁹⁹ Richardi, *ibidem*.

prestazione, con contestuale assunzione del rischio sulla produttività della stessa, si applica la disciplina prevista per il lavoro autonomo.⁵⁰⁰

Le limitazioni sui tempi e i modi della prestazione rientrano anche tra i criteri della dipendenza personale elaborati dalla giurisprudenza per definire l'*Arbeitnehmer*. Richardi però, a differenza dell'impostazione tradizionale, non valuta questi criteri, seguendo il metodo tipologico, per approssimazione al tipo normativo che descrive la persona del lavoratore subordinato (*personenrechtlich*), ma per sussunzione in relazione alla natura delle obbligazioni dedotte nel contratto che devono necessariamente prevedere una limitazione dei tempi e dei modi della prestazione (*vertragsrechtlich*).⁵⁰¹ Così facendo l'autore si propone di fornire un maggiore rigore interpretativo attraverso l'individuazione di criteri necessari ai fini della qualificazione del rapporto e fondati sulla stipulazione determinata dalla parti. In questa prospettiva anche la corretta scrittura del contratto può costituire, per l'autore, un elemento prezioso per chiarire e semplificare la qualificazione del rapporto di lavoro⁵⁰².

4.2.Preis: una proposta sul metodo di qualificazione del contratto di lavoro

Il giuslavorista tedesco Ulrich Preis, autore tra l'altro della più recente proposta legislativa in tema di riforma dei contratti di lavoro (*Arbeitsvertragsgesetz*)⁵⁰³, riprende il criterio giuridico individuato da

⁵⁰⁰ Richardi, *ibidem*.

⁵⁰¹ Richardi, in: *Münchener Handbuch des Arbeitsrechts*, 3. Aufl. 2009, § 16 Rn. 49.

⁵⁰² V. Richardi, in: *Münchener Handbuch des Arbeitsrechts*, 3. Aufl. 2009, § 16 Rn. 47.

⁵⁰³ Proposta di legge del novembre 2007, elaborata da Preis insieme a Martin Henssler e vincitrice del concorso bandito dalla Fondazione Bertelsmann, DE ArbV 2007. Intorno a questa proposta si è sviluppata una parte importante del dibattito dottrinale più recente in materia.

Richardi e lo affina ulteriormente ordinandolo in un metodo caratterizzato da diversi passaggi interpretativi.

Secondo Preis non è possibile definire con precisione l'ambito di applicazione del diritto di lavoro attraverso l'approssimazione, per mezzo di specifici indici elaborati dalla giurisprudenza, ad un tipo normativo di *Arbeitnehmer* che sia in grado di qualificare tutte le possibili fattispecie concrete.⁵⁰⁴

Coerentemente a questa impostazione, l'autore, nella sua proposta di legge, prevede una definizione normativa di contratto di lavoro subordinato e di lavoratore subordinato. In particolare, al comma 1 del primo paragrafo della proposta di legge si stabilisce come "tramite il contratto di lavoro, il lavoratore si obbliga a svolgere dei servizi sulla base delle direttive del datore e quest'ultimo è obbligato a pagare la retribuzione". Si può qui immediatamente notare come in questa definizione manchi il riferimento all'eterodirezione organizzativa, ossia all'inserimento del lavoratore all'interno dell'organizzazione d'impresa del datore. Harmadka⁵⁰⁵ ha fatto notare sul punto come Preis intenzionalmente riduca l'eterodirezione organizzativa a semplice espressione dell'eterodirezione in senso più ampio, senza riconoscergli valore autonomo. Secondo Harmadka, Preis legge questo criterio in un'accezione ampia e indefinita legata allo *status* del lavoratore. Si pensi, rileva Harmadka, al caso di un libero professionista che utilizza un computer e una postazione specifica all'interno dell'azienda. Dovrebbe solo per questo considerarsi lavoratore subordinato? La risposta in questo caso secondo Harmadka è da considerarsi negativa in quanto la giurisprudenza, che utilizza il criterio dell'inserimento nell'organizzazione produttiva non come un criterio supplementare, ma come uno degli elementi decisivi alla qualificazione, considera *l'Eingliederung* in una accezione inscindibile

⁵⁰⁴ Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 14. Ed. 2014, § 611 Rn. 54.

⁵⁰⁵ Hromadka, *NZA* 2007, pp. 838 ss.

dall'eterodirezione. Nessun lavoratore può considerarsi "inserito" nell'impresa senza essere eterodiretto. Quindi quando parliamo di *Eingliederung* non dobbiamo intendere il semplice svolgimento della prestazione nell'impresa, ma lo svolgimento sottoposto al potere di eterodirezione della prestazione nell'impresa.

Al secondo paragrafo della proposta di legge poi viene definito "lavoratore subordinato la persona che si obbliga attraverso un contratto di lavoro". Preis intende circoscrivere il rapporto di lavoro al contratto, vincolando così l'*Arbeitnehmer* al solo contenuto del contratto stesso senza concedere spazi, tradizionalmente riconosciuti dalla dottrina, alla dimensione del rapporto di lavoro quale fonte autonoma di obblighi e diritti non previsti dal contratto. Questo atteggiamento, coerente al ridimensionamento della *Eingliederungstheorie* (teoria dell'inserimento del lavoratore nell'impresa), a ben vedere non va però letto con eccessiva rigidità. Preis infatti nel promuovere la centralità del contratto rispetto allo *status* del lavoratore al fine di una più oggettiva e stabile qualificazione del rapporto, è ben consapevole del fatto che il contratto vada interpretato in senso oggettivo, ossia con riferimento non solo a quanto in esso scritto, ma anche alla sua esecuzione. In questa accezione, possono così emergere obbligazioni non formalizzate alle quali la legge riconosce precise conseguenze giuridiche. In questo senso, la centralità del contratto non intende limitare il rapporto in senso formalistico quanto stabilizzare la prospettiva qualificatoria radicandola non più sullo *status* del lavoratore ma sulla natura delle obbligazioni dedotte.

Proseguendo su questa linea interpretativa l'autore propone, attraverso un recupero del metodo sussuntivo e della centralità della natura dell'obbligazione dedotta nel contratto di lavoro, di modulare il processo di qualificazione su più passaggi interpretativi che consentano di affrontare con maggiore certezza giuridica ogni possibile complessità rappresentata

dall' indefinito insieme dei rapporti che possono emergere nel mercato del lavoro⁵⁰⁶.

Il primo passaggio richiede all'interprete di controllare se sia possibile sussumere il contratto alla fattispecie dei contratti con obbligazione di mezzi.⁵⁰⁷ Questa operazione richiede di guardare a quello che la dottrina tedesca definisce come il contenuto oggettivo del contratto ossia il contratto nella sua concreta esecuzione, una dimensione questa, dalla quale è possibile sussumere un'obbligazione di diversa natura rispetto a quella definita nel contratto scritto.

Nel secondo passaggio l'interprete deve interrogarsi sul tipo di obbligazione di mezzi dedotta. Non è sufficiente infatti riconoscere una generica obbligazione di mezzi per distinguere un contratto dipendente da uno non dipendente, occorre invece accertare, nell'analisi dell'obbligazione dedotta nel contratto, se il lavoratore sia in generale libero di decidere sulle modalità di svolgimento della prestazione e sul tempo di lavoro (vedi § 84 BGB). In questo caso, mancando l'elemento dell'eterodirezione il lavoratore non può essere considerato subordinato. Al contrario, il prestatore, che non può decidere né sulle modalità di svolgimento della prestazione né sull'orario del proprio lavoro andrà considerato come lavoratore dipendente. Dunque, per Preis il criterio giuridico determinante per qualificare un contratto come subordinato consiste nell'individuazione di un'obbligazione di mezzi caratterizzata dall'eterodirezione⁵⁰⁸.

Il terzo passaggio poi richiede di chiarire se dalle obbligazioni dedotte nel contratto non emerga un rapporto solo simile al lavoro subordinato come nel caso di un *arbeitsnehmerähnliche Personen* (lavoratore

⁵⁰⁶ Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Ed. 2014, § 611 Rn. 59 s.

⁵⁰⁷ Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Ed. 2014, § 611 Rn. 59.

⁵⁰⁸ Preis, ibidem.

parasubordinato)⁵⁰⁹. In questo caso, il rapporto pur non potendo essere qualificato come subordinato, non rientra nemmeno nell'ambito della autonomia essendo caratterizzato da un tipo diverso di dipendenza: la dipendenza economica. Rilevano qui ulteriori indici rispetto a quelli previsti per la dipendenza personale. Non viene infatti richiesto l'accertamento di un vincolo sulle modalità e sui tempi della prestazione essendo sufficiente, come abbiamo già visto, accertare l'esecuzione personale dell'obbligazione di lavoro, ossia senza l'impiego di altri lavoratori alle dipendenze del prestatore, e il rapporto di prevalentemente monocommittenza con il datore.

Quando, a seguito di questi passaggi, la valutazione del contratto risulti ancora incerta e fornisca argomenti in favore sia dell'autonomia che della subordinazione, l'interprete può spostare la propria attenzione sulla volontà manifestata dalle parti in merito al tipo di contratto che queste hanno inteso stipulare. E' bene sottolineare, come per Preis, questa volontà rilevi, ai fini della qualificazione del rapporto, solo se espressa dalle parti su un piano di parità. Infatti, se il datore non offre al lavoratore la possibilità di scegliere liberamente sul tipo di contratto che intende stipulare (*oktroierte Vertragsform*), situazione che si realizza normalmente nel rapporto di lavoro, l'elemento della volontà non rileva e si rende necessario passare ad un'ulteriore fase interpretativa⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ Nel progetto di legge presentato da Preis nel 2007, al secondo comma del terzo paragrafo vengono definiti lavoratori parasubordinati coloro "che lavorano autonomamente e in maniera continuativa per un committente e che svolgono le proprie prestazioni in maniera personale e generalmente senza l'assistenza di propri dipendenti, quando da parte del committente proviene più di metà della retribuzione complessiva". Nella proposta di legge vengono poi riconosciuti specifici diritti a questi lavoratori quali: il divieto di discriminazione; il divieto di *mobbing*; il rispetto delle regole sulla forma del contratto; il diritto alle ferie; la tutela della disabilità; la tutela della sicurezza sul luogo di lavoro. Non vengono invece previste le tutele in tema di malattia, sospensione dell'attività a causa di sciopero e diversa è anche la disciplina in tema di licenziamento nella quale al datore viene richiesto solo l'obbligo di almeno quattro settimane di preavviso per il recesso.

⁵¹⁰ Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 14. Ed. 2014, § 611 Rn. 60.

Quest'ultima fase richiede all'interprete di effettuare un controllo sul contenuto del contratto che dovrà seguire i principi stabiliti per l'istituto dell'*Inhaltskontrolle*, con particolare riferimento a quanto previsto dal secondo comma del paragrafo 307 BGB.

L'istituto della *Inhaltskontrolle*, disciplinato ai paragrafi 307-309 del Codice civile tedesco (BGB), interviene, in tema di condizioni generali del contratto, sottoponendo ad uno specifico controllo giudiziario quei contratti che prevedano all'interno delle proprie disposizioni clausole predeterminate non sottoposte nella loro elaborazione ad una negoziazione diretta delle parti. I paragrafi 305 e 306 disciplinano il controllo formale di queste clausole. Viene richiesto che le clausole siano messe sufficientemente in evidenza nel contratto e che il loro contenuto non sia "sorprendente", ossia non prevedibile dal normale tipo contrattuale o di contenuto ambiguo. Le clausole che non passano questo primo controllo non invalidano il contratto, ne vengono semplicemente escluse e al loro posto intervengono le norme generali previste dalla legge. I paragrafi 307, 308 e 309 sono invece relativi al contenuto delle clausole stesse. I paragrafi 308 e 309 elencano specificamente i casi di nullità delle clausole contrattuali "preformulate", mentre il paragrafo 307 enuncia criteri generali di invalidità. Al primo comma di quest'ultimo paragrafo, vengono definite come invalide quelle disposizione del contratto che svantaggiano una delle parti in misura tale da contraddire il principio della buona fede. Nel secondo comma, al quale si richiama espressamente Preis nel presentare la propria proposta di metodo interpretativo, vengono poi formulati due criteri di valutazione dello svantaggio smisurato: il primo riguarda la contraddizione tra la clausola del contratto e la *ratio* delle norme di legge che disciplinano l'ambito su cui la stessa clausola interviene; il secondo invece richiede di valutare che la disposizione sottoposta a controllo non limiti i diritti e gli obblighi fondamentali connessi alla natura del contratto in una misura tale da mettere in pericolo lo scopo del contratto stesso. Su quest'ultimo aspetto, Preis, al fine di

valutare il rapporto tra i limiti previsti dalla clausola e la natura del contratto ritiene necessario fare ricorso agli indici individuati dalla giurisprudenza per ricostruire il concetto di dipendenza personale.

Per quanto riguarda il rapporto di lavoro dunque il controllo sul contenuto del contratto, con riferimento alla relazione tra i limiti previsti dalle disposizioni sottoposte a controllo e la natura del contratto (come stabilisce il secondo comma del Paragrafo 307), verrà effettuato seguendo i criteri enucleati dalla giurisprudenza per rintracciare la dipendenza personale.⁵¹¹ L'interprete dovrà così eseguire: il controllo sulla presenza di un vincolo per il prestatore di seguire le direttive tecniche e temporali impartite dal datore; il controllo sulla eterodirezione organizzativa attuata attraverso l'inserimento del lavoratore nell'impresa e l'utilizzo dei materiali del datore; il controllo sulla distribuzione dei rischi relativi alla produttività della prestazione.

Secondo Preis da questa procedura di controllo vanno dunque esclusi quei criteri che non rilevano in merito alla qualificazione del tipo di contratto subordinato come il criterio della dipendenza economica. Per l'autore infatti questo criterio non è utilizzabile ai fini della qualificazione, in quanto la dipendenza economica è ravvisabile potenzialmente in qualunque contratto di diritto privato. Inoltre, dove si presenta con una particolare intensità, l'anzidetto criterio, viene utilizzato per individuare l'area della parasubordinazione e non del lavoro dipendente. Non solo, anche con riferimento al principio teleologico del bisogno di protezione sociale del lavoratore (*Soziale Schutzbedürftigkeit*), al quale Wank si riferisce nell'argomentare la centralità del criterio della dipendenza economica e nell'orientare l'interprete davanti alle norme lavoristiche, non potendo questo principio riconnettersi in maniera univoca ad una

⁵¹¹ Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Ed. 2014, § 611 Rn. 63 ss.

particolare fattispecie di contratto, per l'autore, è anch'esso irrilevante per la definizione del rapporto.⁵¹²

La critica di Preis però non si concentra solo sull'impiego, ai fini qualificatori, del criterio della dipendenza economica, infatti, l'autore, pur richiamandosi nell'effettuare il controllo sul contenuto del contratto ai tradizionali indici della dipendenza personale, mette in evidenza, come del resto abbiamo già visto in Richardi, i limiti del metodo tipologico impiegato dalla giurisprudenza del lavoro. L'approccio tipologico, per Preis, nega la possibilità di qualificare il rapporto sulla base di criteri necessari che definiscano con certezza una fattispecie generale e astratta di lavoratore subordinato⁵¹³. Il tipo normativo di *Arbeitnehmer* individuato in base all'elemento della dipendenza personale ha infatti una struttura variabile nella quale gli indici qualificatori possono presentarsi in diverse combinazioni senza che nessuno di questi sia considerato di per sé essenziale, nemmeno l'eterodirezione. All'interprete è così richiesta una valutazione caso per caso che deve tener conto di tutte le circostanze concrete al fine, come abbiamo già visto, di esprimere una valutazione complessiva basata su un criterio sfuggente quale l'intensità della subordinazione. In questo quadro, secondo Preis anche criteri chiari ed efficaci diventano indici privi di un preciso valore vincolante⁵¹⁴.

A ben vedere però, nonostante le dure critiche inferte dall'autore al metodo tipologico, Preis non sceglie di privarsi completamente di questo metodo, piuttosto lo riconduce e limita all'interno di una delle fasi interpretative previste nella sua proposta di metodo di qualificazione. Si

⁵¹² Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 14. Ed. 2014, § 611 Rn. 62.

⁵¹³ Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 14. Ed. 2014, § 611 Rn. 54.

⁵¹⁴ Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 14. Ed. 2014, § 611 Rn. 54.

serve infatti del metodo tipologico per valutare in maniera sintetica e per approssimazione i diversi indici che all'interno della *Inhaltskontrolle* vengono utilizzati per definire i casi più incerti di rapporto di lavoro. E' come se Preis nell'articolare il metodo di qualificazione proposto combinasse sia l'approccio sussuntivo che quello metodologico: il primo, per poter ricondurre, con riferimento alla fase interpretativa nella quale occorre accertare che la struttura dell'obbligazione contrattuale di mezzi sia caratterizzata da limitazioni sulle modalità della prestazione e sul tempo, il rapporto concreto alla fattispecie astratta di lavoro subordinato; il secondo per valutare, con riferimento all'ultima fase interpretativa, gli elementi sui quali si concentra l'*Inhaltskontrolle* ai fini della qualificazione. Cerca così l'autore di ridimensionare l'incertezza che il metodo tipologico porta con sé. Questo metodo viene in qualche misura degradato a criterio ausiliario di valutazione per le sole fattispecie di più incerta qualificazione - ossia quando risultino insufficienti le caratteristiche dell'obbligazione di mezzi, quando il rapporto non sia inquadrabile nell'area della parasubordinazione e quando non si possa far riferimento alla volontà delle parti - e, in ogni caso, viene utilizzato all'interno dei binari procedurali dell'*Inhaltskontrolle*.

5. Alcune osservazioni conclusive sul rapporto tra evoluzione del dibattito nel diritto del lavoro tedesco e italiano in tema di subordinazione

Alla luce della ricostruzione del dibattito dottrinale, così come illustrato nei precedenti paragrafi, è possibile notare come in Germania sembrino assumere maggior rilievo posizioni favorevoli ad una definizione normativa di lavoratore subordinato non più incentrata sullo *status* del lavoratore, come prevede l'impostazione tradizionale, ma sulla natura delle obbligazioni del contratto inteso in senso oggettivo, ossia in un'accezione

che comprenda non solo quanto esplicitamente stipulato dalle parti, ma anche il rapporto nella sua concreta esecuzione. Gli autori che sostengono questo approccio si contraddistinguono anche per una dura critica al metodo tipologico, ampiamente utilizzato dalla giurisprudenza tedesca, in favore di un metodo sussuntivo fondato sul criterio della eterodirezione quale elemento caratterizzante il tipo di obbligazione di mezzi propria del contratto di lavoro subordinato.

Particolarmente interessante risulta comparare questa tensione che attraversa la dottrina tedesca con gli ultimi sviluppi, che sembrano muovere in una direzione opposta, della legislazione e del dibattito italiano in materia. Con particolare riferimento alle innovazioni introdotte dalla recente riforma Fornero del lavoro e alle posizioni comuni su cui si sono ritrovate le diverse proposte *de iure condendo* di contratto unico, è infatti possibile notare come il dibattito italiano si stia spostando su posizioni più aperte ad un riconoscimento dello *status* del lavoratore ai fini della ridefinizione dell'area di applicazione del lavoro subordinato. Da un lato, le diverse proposte di contratto unico tendono a definire un'area del lavoro subordinato incentrata sullo *status* di dipendenza economica del lavoratore, *status* che viene ricostruito a partire dal criterio della monocommittenza e che viene ponderato attraverso specifici tetti di reddito; dall'altro, la recente riforma Fornero sul lavoro ha determinato una ridefinizione dell'area del lavoro dipendente attraverso l'impiego di alcuni dei criteri tipicamente utilizzati per rilevare la dipendenza economica – monocommittenza, continuità e personalità della prestazione, soglie di reddito - spingendosi inoltre ad aprire esplicitamente, dal punto di vista metodologico, ad un approccio tipologico di interpretazione del contratto, pensiamo qui alla valutazione delle presunzioni operanti *iuris tantum* in tema di contratti autonomi convertibili in contratti a progetto.

Ridefinizione dell'area del diritto del lavoro incentrata sullo *status* del lavoratore e aperture al metodo tipologico nella qualificazione del contratto sembrano dunque muoversi in senso opposto rispetto alle recenti

elaborazioni tedesche di Richardi e Preis. In sintonia con questi ultimi, può invece essere considerata l'attenzione dedicata alla distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato.

Con riferimento alla nuova disciplina del contratto a progetto la recente riforma ha infatti richiesto un più rigoroso collegamento della prestazione ad un risultato finale. In questo modo sembra ritrovare maggior rilievo ai fini qualificatori la distinzione, trascurata negli ultimi decenni dai giuslavoristi italiani, tra obbligazioni di mezzo e obbligazioni di risultato. Queste ultime, con la nuova formulazione del contratto a progetto, sembrano rappresentare ancora un elemento decisivo per accertare la natura autonoma o meno del contratto. Come abbiamo già osservato infatti, qualora in un contratto a progetto, o in un contratto autonomo convertito in contratto a progetto, il progetto non sia "funzionalmente legato ad un risultato finale" il rapporto si trasforma in contratto di lavoro subordinato.

Volendo evitare di cadere in una lettura schematica della comparazione tra le diverse posizioni che animano il recente dibattito in Italia e in Germania, più che di tensioni complessivamente divergenti sarebbe appropriato parlare, nel rapporto tra i due ordinamenti, di diverse esigenze, connesse ai contesti giuridici di riferimento, di modulazione degli strumenti interpretativi.

In Italia infatti l'apertura ad un maggior riconoscimento dello *status* del lavoratore e all'utilizzo, con specifici riferimenti normativi, del metodo tipologico intervengono dopo almeno due decenni di netta affermazione in dottrina e in giurisprudenza dell'orientamento contrattualista e dell'impiego del metodo sussuntivo incentrato sul concetto di eterodirezione. In Germania posizioni come quelle di Preis e Richardi si inseriscono invece in un contesto abituato a fondare la qualificazione del rapporto sullo *status* di dipendenza del lavoratore, sia esso centrato sulla dipendenza personale (dottrina maggioritaria) o su quella economica (Wank), e nel quale la giurisprudenza applica normalmente un approccio

tipologico. I diversi contesti di provenienza su cui operano le recenti spinte dottrinali e legislative possono in parte spiegare le differenti soluzioni adottate o proposte. La rivalutazione della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, per quanto possa essere letta come un possibile punto di incontro, assume nei due paesi un distinto valore e significato. In Italia, il riferimento alla natura della obbligazione dedotta nel contratto sembra essere impiegato, ai fini qualificatori, quale elemento necessario per accertare la reale natura di autonomia dei rapporti parasubordinati, come il contratto a progetto, che restano fuori dall'area di applicazione del diritto del lavoro. In Germania, con riguardo alle proposte che intendono fondare sul contratto la qualificazione del rapporto, la natura dell'obbligazione acquista invece una piena centralità diventando il criterio giuridico necessario a distinguere tra autonomia e subordinazione. Secondo questa prospettiva l'eterodirezione smette le spoglie di indice della dipendenza personale per diventare l'attributo irrinunciabile dell'obbligazione di mezzi tipica del contratto di lavoro.

Alla luce di queste considerazioni è dunque possibile osservare come, al netto delle divergenti spinte e soluzioni individuate o proposte, sia in Germania che in Italia, si sta assistendo ad un arricchimento della strumentazione interpretativa del rapporto di lavoro con aperture inedite ad orientamenti finora minoritari e, seppur in maniera diversa, con una maggiore attenzione riservata alla vecchia distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato che, nella storia del diritto del lavoro, ha fornito agli interpreti i primi strumenti interpretativi sulla natura del rapporto di lavoro.

Conclusioni

Alla ricerca di un difficile equilibrio

Descrivere l'evoluzione del dibattito dottrinale e il succedersi degli interventi legislativi in tema di ridefinizione dell'area del lavoro dipendente ha consentito di enucleare le tensioni contrastanti che animano il diritto del lavoro e i suoi soggetti.

Una definizione dell'area del lavoro subordinato che intenda resistere, almeno nel medio periodo, a questa "tempesta di interessi" ha l'esigenza di individuare chiari punti di equilibrio con riferimento alle diverse opzioni in tema di definizione della fattispecie, di metodi qualificatori, di discipline applicabili, nonché di tecniche legislative, tenendo sempre in considerazione gli effetti che queste scelte possono produrre in un determinato contesto storico, sociale ed economico.

Guardando nel loro complesso tutti questi elementi, sui quali la dottrina si è cimentata fin dalla nascita della disciplina lavoristica nell'Italia unitaria, è possibile evidenziare due diverse tensioni che attraversano le scelte definitorie e i metodi di qualificazione e distinzione tra le fattispecie.

Da una parte, la definizione tecnico-giuridica, il metodo sussuntivo di qualificazione, nonché la distinzione tra genere e specie al fine di individuare le diverse fattispecie riconducibili all'interno dell'area del lavoro subordinato, sono tutte soluzioni volte a definire, in maniera più rigorosa da un punto di vista dogmatico, l'area della subordinazione. Gli orientamenti dottrinali che sostengono queste soluzioni sono infatti preoccupati di fornire al sistema del diritto del lavoro strumenti interpretativi certi, capaci sulla base di elementi essenziali, di definire la fattispecie lavoro subordinato, di impostare il sillogismo sussuntivo e di ricondurre al genere lavoro subordinato le diverse fattispecie di lavoro presenti sul mercato. Come abbiamo già rilevato nel corso di questo lavoro di ricerca, tale orientamento deve però confrontarsi con la difficoltà di

individuare e definire correttamente elementi essenziali, validi per tutte le diverse fattispecie di lavoro subordinato. Una difficoltà questa sempre più evidente davanti ad una fattispecie generale prevista dal codice incentrata su una forma di lavoro subordinato, il lavoro prestato dall'operaio della medio-grande industria, che, con il passare dei decenni, ha ridimensionato la propria "prevalenza sociale" e ha riscontrato sensibili mutamenti per quanto attiene alle modalità organizzative della manodopera. La rigidità dell'impostazione tecnico-giuridica e sussuntiva viene così sottoposta a un costante "stress interpretativo" al fine di qualificare nuove fattispecie emergenti che non condividono tutti gli elementi essenziali previsti dalla fattispecie codicistica. E' anche per rispondere a questa difficoltà che la dottrina e la giurisprudenza hanno sviluppato un metodo qualificatorio più flessibile e caratterizzato dal riferimento ad una fattispecie non più necessariamente segnata dall'elemento essenziale della eterodirezione, ma da una pluralità di indici presuntivi sui quali impostare un giudizio sintetico di approssimazione al "tipo normativo" di lavoratore subordinato. Questo diverso metodo non si limita a valutare le modalità di svolgimento dell'obbligazione lavorativa secondo una prospettiva tecnico-giuridica, ma mette a fuoco la condizione del lavoratore in una prospettiva più ampia, ossia con riferimento allo *status* socio-economico dello stesso nel rapporto e nel mercato.

Questo orientamento è animato dall'esigenza di ricondurre all'area del lavoro subordinato quei lavoratori i quali, pur trovandosi in condizioni sostanzialmente assimilabili a quelle del lavoratore dipendente, sulla base di una rigorosa definizione tecnico-giuridica non potrebbero essere qualificabili come lavoratori subordinati.

In sintesi, possiamo affermare che se, da un lato, l'orientamento tecnico-giuridico, attraverso un maggiore rigore dogmatico e l'utilizzo del metodo sussuntivo, punta a delimitare in maniera più certa l'area della subordinazione, accettando però il rischio di escludere dalla stessa rapporti assimilabili al lavoro dipendente, ma non rientranti nei requisiti formali

per lo stesso richiesti; dall'altro, l'orientamento socio-economico, attraverso l'elaborazione di un "tipo normativo" di lavoro subordinato e l'impiego di un metodo tipologico di qualificazione, punta a includere nell'area del lavoro subordinato quei rapporti "di confine" sostanzialmente dipendenti anche se non eterodiretti, accettando però il rischio di generare un maggiore grado di incertezza rispetto ai confini della disciplina applicabile.

Sembra così configurarsi un vero e proprio *trade-off*, che si rende ancora più evidente nel confronto tra il dibattito italiano e tedesco in tema di qualificazione del rapporto di lavoro, tra certezza del diritto e coerenza rispetto ad un'interpretazione teleologica della disciplina lavoristica che vede la stessa orientata, con riferimento all'articolo 3 della Carta Costituzionale, a bilanciare, attraverso norme inderogabili che limitino l'autonomia contrattuale delle parti, gli squilibri di potere che caratterizzano il rapporto e il mercato del lavoro. Anche in Germania, come abbiamo avuto modo di sottolineare, questa tensione si manifesta nel dibattito dottrinale tra i sostenitori di un'idea della subordinazione incentrata sullo *status* della persona del lavoratore - orientamento questo prevalente e sottoposto a critiche per la scarsa certezza giuridica nella individuazione della disciplina applicabile e per l'eccessivo margine interpretativo lasciato al giudice - e sostenitori di un'idea di subordinazione fondata sul contratto. Quest'ultimo orientamento, oggi ancora minoritario in Germania, si pone proprio l'obiettivo di fornire maggiore rigore dogmatico al processo interpretativo anche attraverso il riemergere del rilievo riconosciuto alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Una distinzione questa che, come abbiamo già visto, pare tornare rilevante pure nel diritto Italiano che con la Riforma Fornero considera la funzionalizzazione della prestazione ad un risultato quale elemento essenziale per distinguere collaborazioni coordinate e continuative da rapporti di lavoro subordinato.

A ben vedere, comunque, queste due esigenze, di certezza da una parte e di coerenza teleologica dall'altra, non sono necessariamente inconciliabili. Infatti, qualora l'area del lavoro meritevole di tutela fosse ridisegnata in senso più ampio rispetto a quella derivabile dall'attuale definizione codicistica, verrebbe temperata la tensione tra rigidità della fattispecie astratta ed esigenze qualificatorie delle fattispecie concrete poste sul confine tra autonomia e subordinazione. In questa prospettiva, attraverso una ridefinizione degli elementi essenziali ai fini sussuntivi sarebbe possibile conciliare certezza giuridica e coerenza rispetto alle finalità protettive dell'ordinamento lavoristico senza dover ricorrere al metodo tipologico.

Questo approccio, che sembrerebbe caratterizzare, seppur con sfumature diverse, la proposte di riforma avanzate da Ichino, da Boeri e Garibaldi e da Pallini e Leonardi, non è però stato accolto dalla "Riforma Fornero" che ha optato per mantenere intatta la definizione codicistica di lavoro subordinato scegliendo di ampliare l'area di tutela attraverso il già descritto sistema di presunzioni e aprendo all'impiego del metodo tipologico nella valutazione delle stesse. Una soluzione, questa, della quale abbiamo già evidenziato le numerose criticità ed ambiguità.

Sembrerebbe preferibile, anche alla luce delle ragioni sopra esposte, individuare legislativamente una nuova definizione di lavoro dipendente che allarghi l'area della disciplina applicabile, ma al contempo riduca l'incertezza sui confini della stessa.

La soluzione individuata nelle diverse proposte di "contratto unico" illustrate in questo lavoro di ricerca, descrivendo una fattispecie di lavoro dipendente incentrata sul concetto di dipendenza economica ed agganciata ad indici qualificatori di natura quantitativa, può ritenersi oggi una risposta efficace proprio al fine, da un lato, di estendere i confini dell'area del lavoro protetto e, dall'altro, di dotare il sistema di maggiore certezza qualificatoria. Questo approccio sembra così mettere al centro del momento qualificatorio non più l'elemento tecnico-giuridico dell'etero-

direzione, ma la condizione di debolezza che caratterizza il lavoratore economicamente dipendente in relazione all'imprenditore e al mercato. E' come se il fuoco di tutela del diritto del lavoro, originariamente concentrato sullo squilibrio tra datore e prestatore nel rapporto, si spostasse sulla dimensione più ampia del mercato o meglio sull'elemento di debolezza del prestatore non più solo rispetto all'imprenditore, ma anche con riferimento al mercato del lavoro. Già in passato i sostenitori di una definizione socio-economica di subordinazione avevano posto in evidenza elementi che intendevano superare una stretta accezione tecnico-giuridica di subordinazione. In questa prospettiva viene sviluppato il concetto della cd. "doppia alienità" del lavoratore rispetto ai mezzi di produzione e con riferimento al risultato della prestazione lavorativa, sottolineando così la posizione di debolezza "sociale" del lavoratore dipendente non solo con riguardo al dato tecnico-giuridico rintracciabile nelle modalità esecutive della prestazione. Tra l'altro, come abbiamo già rilevato, questa attenzione alla condizione di alienità del lavoratore sembra trovare un riconoscimento anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

In questa prospettiva, le proposte più recenti in tema di "contratto unico" sembrano però spingersi oltre concentrandosi su criteri che, al di là dei caratteri di continuità, personalità ed etero-organizzazione della prestazione, ricercano un grado di prevalente monocommittenza tale da limitare e indebolire sensibilmente la capacità del lavoratore di offrire liberamente la propria prestazione sul mercato.

Un contributo utile a meglio precisare questo elemento di debolezza viene fornito nel diritto tedesco attraverso l'elaborazione, da parte di Wank, del concetto di "assenza di libertà imprenditoriale". Al di là delle modalità esecutive della prestazione, dunque, ciò che rileva è il rischio a cui è esposto il lavoratore che, non offrendo la propria prestazione in favore di più committenti, in caso di recesso, si trova in una condizione di debolezza tale da richiedere l'intervento protettivo del diritto del lavoro.

Rispetto alla Riforma Fornero, l'area del lavoro dipendente collegata al concetto di dipendenza economica, appare al contempo più estesa e meglio definita. Più estesa in quanto andrebbe a ricomprendere tutte le fattispecie concrete caratterizzate da una dipendenza economica che, rilevandosi con riferimento al requisito della monocommittenza prevalente entro certi limiti di reddito, supererebbe i confini previsti dalla Riforma che fanno riferimento, seppur come abbiamo notato in maniera ambigua, all'elemento dell'etero-organizzazione.

E' come se, tra i sostenitori di una ridefinizione dell'area del lavoro subordinato agganciata al concetto di dipendenza economica, convivessero due posizioni che storicamente sono state in forte tensione all'interno del dibattito dottrinale: da una parte la centralità dello *status* del lavoratore nel mercato ai fini qualificatori, con conseguente svalutazione dei contenuti dell'obbligazione dedotta nel contratto ed in particolare degli indici tradizionali di etero-direzione ed etero-organizzazione; dall'altra la scelta di una fattispecie astratta ridisegnata e ancorata a criteri sussuntivi molto rigidi che lasciano pochissimo spazio interpretativo al giudice. Potremmo dire che la "sensibilità sociale" di chi in dottrina ha sempre sostenuto un'estensione dell'area della subordinazione, attraverso l'elaborazione di un "tipo normativo" a cui riferirsi per approssimazione, e una svalutazione del momento contrattuale, in questi autori, venga conciliata con una sensibilità attenta al rigore formale, alla chiarezza della fattispecie e ad una nitida delimitazione dell'area della disciplina applicabile, tutti elementi che hanno caratterizzato nel dibattito italiano l'orientamento contrattualista.

Nel mettere a confronto con la Legge Fornero la proposta di riforma più articolata tra quelle impostate intorno al concetto di dipendenza economica, ossia il d.d.l. 1006/2013 di Ichino, è possibile notare come alla differenza tra le soluzioni tecniche adottate, non corrisponda una divergenza con riferimento agli obiettivi di fondo dell'intervento di riforma sul mercato del lavoro. Anzi, potremmo spingerci a sostenere che

forse gli strumenti tecnico-giuridici individuati nel d.d.l. 1006/2013 sarebbero in grado di perseguire con maggiore efficacia proprio gli obiettivi della Legge Fornero. La definizione di una fattispecie generale di lavoro dipendente, infatti, potrebbe favorire con maggiore forza, da un lato, la diffusione del contratto di lavoro a tempo indeterminato come “contratto dominante” e, dall’altro, l’assorbimento nell’area del lavoro protetto di quei contratti flessibili formalmente autonomi ma sostanzialmente dipendenti. Non solo, anche il regime di tutela previsto nel d.d.l. 1006/2013 introdurrebbe elementi di flessibilità in uscita che, seppur con soluzioni più nette, procedono nella stessa direzione della Riforma per quanto concerne la limitazione all’utilizzo della tutela reale in caso di recesso per motivi oggettivi. Anche le tutele previste per il lavoratore nel mercato poi, seppur con soluzioni tecniche diverse, muovono nel senso di una maggiore armonizzazione e di una più equa distribuzione delle tutele tra i lavoratori, individuando meccanismi di incentivazione che spingano l’impresa a dotarsi di efficaci strumenti di *outplacement* in modo da ridurre così i costi collegati ai periodi di disoccupazione del lavoratore licenziato.

Spostando l’attenzione sul confronto tra le diverse proposte fondate sul concetto di dipendenza economica è possibile notare come il “contratto unico” di Boeri e Garibaldi, differentemente da quanto previsto nella proposta di Ichino, scelga di non incidere sul nucleo protettivo del lavoro subordinato, limitandosi a rinviarne temporalmente l’attivazione attraverso la previsione di un percorso progressivo di tutela. Discorso simile è possibile fare poi per la proposta di Pallini e Leonardi che a fronte dell’estensione dell’area del lavoro dipendente ai rapporti di lavoro parasubordinato prevede un prolungamento del periodo di prova e un meccanismo di disincentivo del contenzioso giudiziario in caso di licenziamento illegittimo per motivi oggettivi, senza però intervenire sulla disciplina standard del rapporto subordinato.

Osservando tutte queste proposte è possibile notare come ogni autore cerchi costantemente un punto di equilibrio tra la dimensione dell'area di tutela e i contenuti della disciplina applicabile. Questo equilibrio non può essere però semplicemente valutato secondo una prospettiva tecnico-giuridica relativa alla scelta degli elementi qualificanti della fattispecie e al metodo adottato nella qualificazione del rapporto, ma deve necessariamente tener conto delle conseguenze sociali ed economiche che produrrà. Solo grazie a questa valutazione socio-economica dell'impatto della ridefinizione della fattispecie sarà infatti possibile individuare una disciplina applicabile "sostenibile", ossia capace di evitare nella propria applicazione effetti patologici come la "istituzionalizzazione" delle forme di lavoro precario o, peggio ancora, l'incentivazione del lavoro irregolare. Il primo effetto patologico potrà verificarsi nel caso in cui il legislatore preveda fattispecie contrattuali che si prestino ad un utilizzo elusivo della disciplina del lavoro subordinato - pensiamo ad esempio a forme di collaborazione coordinata e continuativa non riconducibili ad un progetto - o qualora per alcune fattispecie non venga previsto alcun limite alle modalità di utilizzo - pensiamo qui all'esempio di "Partite Iva" che non prevedano alcun limite con riferimento alla continuità del rapporto, alla eteroorganizzazione del lavoratore o al reddito dello stesso - o ancora, quando il legislatore preveda direttamente per il lavoro dipendente una disciplina eccessivamente flessibile con riferimento allo stato in cui il lavoratore si trova nel contratto e rispetto al mercato - pensiamo qui al caso estremo di un ritorno, per il lavoro subordinato, alla possibilità per il datore di licenziare *ad nutum*. In tutti questi casi al lavoratore che può trovarsi in condizioni di sostanziale dipendenza verrebbe applicata una debolissima disciplina protettiva o, con riferimento all'ultima ipotesi, il lavoratore si troverebbe normalmente sottoprotetto anche in quanto lavoratore dipendente.

Il secondo effetto patologico può invece verificarsi qualora il legislatore preveda un ampliamento dell'area di tutela, ad esempio

incorporando in quest'area fattispecie di lavoro parasubordinato, senza rimodulare la disciplina applicabile. In questo caso, il rischio è quello di sottoporre il datore di lavoro a costi e rigidità, nelle forme di impiego della manodopera, tali da spingere lo stesso a utilizzare in maniera elusiva forme contrattuali non più parasubordinate, ma di piena autonomia, come le Partite Iva, o a ricorrere al "lavoro nero".

Alla luce della rigidità che caratterizza l'attuale disciplina *standard* del lavoro subordinato a tempo indeterminato nel nostro ordinamento, sembra difficile, come del resto rilevato in tutte le proposte avanzate di "contratto unico", poter mantenere un identico regime di tutela davanti ad una sensibile estensione dell'area protetta.

Alla luce di queste considerazioni, è possibile arrivare a formulare quella che riteniamo essere la domanda cruciale in tema di ridefinizione dell'area del lavoro subordinato: a fronte di un'estensione dell'area del lavoro dipendente, fino a che punto è possibile ripensare la disciplina applicabile al rapporto di lavoro *standard* senza incorrere negli effetti patologici sopra esposti?

La risposta, coerentemente a quanto già detto, va necessariamente articolata su più piani che tengano conto dei possibili strumenti di bilanciamento disponibili a favore degli interessi del lavoratore e del datore.

In primo luogo, la previsione di un'estensione dell'area del lavoro subordinato, in favore di quei lavoratori oggi "imbrigliati" in fattispecie formalmente autonome ma sostanzialmente dipendenti, può trovare compensazioni, in favore del datore, chiamato a misurarsi con una maggiore rigidità di tutela e una minor disponibilità di forme contrattuali "parasubordinate", attraverso l'introduzione sia di elementi di flessibilità in entrata, come la previsione di un percorso a tutele crescenti legato all'anzianità di servizio, sia di flessibilità in uscita, pensiamo qui alla limitazione della possibilità di reintegro in tema di recesso. Questi bilanciamenti in favore del datore possono poi essere ulteriormente

controbilanciati prevedendo in favore del lavoratore più intensi strumenti di tutela nel mercato che graveranno in parte sul datore, ma esclusivamente in termini di costi assicurativi.

In questo articolato quadro di bilanciamenti, è evidente che maggiori saranno gli elementi compensativi in favore del datore fuori dal rapporto, maggiore potrà essere la rigidità preservata dalla disciplina applicabile. Così nel caso in cui il legislatore riuscisse a promuovere un'efficace opera di semplificazione normativa - riducendo tutta una serie di costi in favore del datore - o scegliesse di avviare un'azione di riduzione della pressione fiscale sul lavoro - con effetti potenzialmente positivi sia per il datore che per il lavoratore - o ancora, se decidesse di promuovere sgravi contributivi più intensi da concentrare nella fase iniziale del rapporto e nella fase immediatamente successiva alla stabilizzazione dello stesso - come previsto nel disegno di legge sul "contratto unico di inserimento formativo" - sarebbe forse possibile preservare un maggior grado di rigidità della disciplina applicabile senza comprometterne la "compatibilità economica".

Il combinato disposto di tutte queste compensazioni potrebbe dunque consentire di rendere sostenibile, sia per il lavoratore che per il datore, un'estensione dell'area di tutela, prevista oggi per il lavoratore subordinato, al lavoratore economicamente dipendente. Al fine di realizzare questa estensione sarebbe utile una maggiore disponibilità da parte tutti gli attori in campo - dalla dottrina, ai sindacati, ai politici - a mettere in discussione la tradizionale disciplina applicabile al lavoro subordinato attraverso un approccio innovativo ed una "flessibilità ideologica" che sappiano distinguere con lucidità tra strumenti di tutela, che non devono essere avvertiti come intoccabili, e obiettivi di tutela dell'ordinamento lavoristico, che possono essere perseguiti in modo diverso a seconda del momento storico e delle mutate caratteristiche del sistema produttivo.

In questo modo, sarà forse possibile ridisegnare un'area del lavoro subordinato "sostenibile", con riferimento alla disciplina applicabile, e, in controtendenza rispetto alla "precarietà" della legislazione italiana in materia, capace di resistere nel tempo alla costante "tempesta di interessi" che caratterizza il mercato del lavoro.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Giuffré, Milano, 1994
- AA.VV., *Democrazia industriale e sindacato in Italia*, Quaderni Mondoperaio, Roma, 1977
- AA.VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinamento, autonomia*, Cacucci, Bari, 1997
- AA.VV., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, Utet, Torino, 1998
- Alessi C., *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, Torino, 2012
- Altieri G., *La flexibilité du marché du travail, du débat aux pratiques de terrain. Problèmes économiques* 2002, n. 2770, 17 juillet, p. 1-5
- Arpaia A., *Short time working arrangements as response to cyclical fluctuations*, Luxembourg, Eur. Op., 2010
- Ballestrero M.V., *Il lavoro e i lavori. Intervento*, in *Lav. Dir.*, 1988, p. 207 ss.
- Ballestrero M.V., *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. Dir.*, 1987, p. 41 ss.
- Barassi L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I ed., Milano, 1901
- Barassi L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II ed. Milano, 1915
- Barbera M. (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano, Giuffré, 2006
- Barbera M., (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffré, Milano, 2007
- Barbera M., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffré, Milano, 2007

- Barbera M., *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, I, p.156 ss.
- Biaback K., *La tutela sociale dei rapporti di lavoro "atipici" in Germania*, in *Lav. Dir.*, 2003, n.3, pp. 441-449.
- Blanpain R., *European Labour Law*, Alphen/Rijn, Kluwer Law International, 2010.
- Blanpain R., M. Colucci, Amato P., *Organizzazione internazionale del lavoro: diritti fondamentali dei lavoratori e politiche sociali*, Napoli, Jovene, 2007
- Boeri T., Garibaldi P., *Un nuovo contratto per tutti*, Milano ed. Chiarelettere, 2008
- Boeri T., Garibaldi P., *Dieci riforme a costo zero*, Milano, ed. Chiarelettere, 2011.
- Borzaga M., *Lavorare per progetti. Uno studio su contratti di lavoro e nuove forme organizzative d'impresa*, Cedam, Padova, 2012
- Buchner H., *Ridefinire la nozione di subordinazione, il dibattito in Germania*, in *Giorn. Dir. Lav. e Rel. Ind.*, n. 86, 2000, 2, p. 346;
- Burgoon, B., *Flexible employment, economic insecurity and social policy preferences in Europe*, in *Journal of European Social Policy*, v. 20, n. 2, May, 2010, p. 126-141.
- Cappellini E, Ferraresi T., Molinari M, *Il lavoro dopo la legge Fornero*, in www.lavoce.info, 21 febbraio 2014
- Carabelli U., *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, n. 1, pp. 147-167
- Carabelli U., Veneziani B (a cura di) *Du travail salarié au travail indépendant: permanences et mutations*, 2003, Bari, p. 47 ss
- Carinci F., Intervento in AA.VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione e autonomia*, Cacucci, Bari 1997, p.138 ss.
- Carinci F., Pizzoferrato A., *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, Utet, 2010.
- Carinci F., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1985, p. 221 ss.

- Carinci F., De Luca Tamajo R., Tosi P., Treu T., *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2013
- Carinci M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, atti del XVII Congresso Nazionale di diritto del lavoro, Pisa, 7-9 giugno 2012, Giuffrè, Milano, 2013, p. 155 ss.
- Carnelutti F., *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, Vallardi, Roma, 1913.
- Caruso B., *Occupabilità, formazione e “capability” nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *Formazione e mercato del lavoro in Italia e in Europa*, Atti del XV Congresso A.I.D.La.S.S., S. Margherita di Pula, 1-3 giugno 2006, Giuffrè, Milano, 2007, p. 97 ss.
- Castelvetri L., *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, Giuffrè, 1994
- Castronovo C., *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa diritto privato*, 2008, p.3 ss.
- Cataudella A., *Fattispecie e fatto*, in *Enc. Dir.*, XVI, 1967, p. 932 ss.
- Cataudella A., *La donazione mista*, Milano, 1970
- Cavagnari, *Studi sul contratto di lavoro col testo del progetto di legge sul contratto di lavoro presentato alla Camera dei deputati*, Roma, 1902
- Cavalier G., Upex R., *The concept of Employment Contract in European Union Private Law*, in *International and Comparative Law Quaterly*, 2006, vol. 55, p. 587 ss.
- Cendon P., *Lavoro I - Le fonti*, Utet, Torino, 2009
- Cessari S., *Intermediazione e interposizione nella prestazione di lavoro*, *Riv. Giur. Lav.*, 1955, p.169 ss.
- Coase R.H., *Impresa, mercato e diritto*, Il Mulino, Bologna, 1995
- Coase R.H., *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 1937
- Convegno nazionale di studio sulle condizioni del lavoratore nell'impresa industriale – Milano – 4,5,6, giugno 1954, Giuffrè, 1954
- Crespo Mora M.C., *Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR*, in *Indret*, vol. 2, 2013

Crippa M., *Luci e ombre della flexsecurity di Pietro Ichino*, in *Bollettino ADAPT*, 16 marzo 2009

D'Amico G., *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999

D'Antona M., De Luca Tamajo R., Ferraro G., Ventura, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, II, ESI, Napoli, 1988

D'Antona M., *I mutamenti del diritto del lavoro e i problemi della subordinazione*, in *Riv. Critica Dir. Priv.*, 1988, p. 198 ss.,

D'Antona M., *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, in M. D'Antona, A. Alaimo, G. Arrigo, A. Maresca, R. Pessi, *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Napoli, 1988, p. I- 30

D'Antona M., *La subordinazione e oltre, una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, a cura di M. Pedrazzoli, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 43 ss.

D'Antona M., *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici* in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, p. 529 ss.

D'Antona M., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in AA.VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1994, p. 64 ss.

D'Antona M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.* 1995, p. 63 ss.

D'Antona M., *Intervento*, in Centro nazionale Studi di Diritto del lavoro Domenico Napoletano, *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Atti del Convegno di Studi di Roma, 27 maggio 1996, Cacucci, Bari, 1997, p. 145-153

Davies P., *Il lavoro subordinato e il lavoro autonomo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2000, p. 2010 ss.

De Luca Tamajo R., *Dal lavoro parasubordinato al lavoro "a progetto"*, 2003, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, n. 25, p. 11

De Luca Tamajo R., *Diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Gli anni '70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, in *Il Diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di P. Ichino, Giuffrè, 2008, p. 79 ss

De Luca Tamajo R., *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.* 1987, p. 471 ss.

De Luca Tamajo R., *La diversificazione della prestazione ai confini e nel cuore del lavoro subordinato*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Il lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989

De Luca Tamajo R., *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del lavoro coordinato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1997, p. 41 ss.

De Nova G., *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974

Del Punta R., *Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012

Del Punta R., *Il diritto del lavoro tra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana* (a cura di P. Ichino), Milano, 2008, p. 253 ss.

Deodato G., Siniscalchi E., *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Giuffrè, Milano, 1988

Di Majo A., *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa Dir. Priv.*, 2012, p. 121 ss.

Documenti sulle condizioni dei lavoratori nell'industria, edito delle Camere del lavoro di Milano e Torino e curato da Albe Steiner, 1954

Erhel C., *L'UE et l'emploi: bilan et perspectives*, Paris, Notre Europe, 2010.

Esteve R., *La nozione di lavoratore subordinato nel diritto comunitario e nel diritto nazionale*, in *Diritti, lavori, mercati*, 2004, n. 1, p. 63 ss.

Fabris P., *Codice di diritto internazionale e comunitario del lavoro: corredato di note esplicative e riferimenti normativi*, Padova, Cedam, 1999

Fanfani P., *Le prestazioni di lavoro nel settore sanitario*, in *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Giuffrè, Milano 1988, p. 63 ss.

Fanfani P., *Rapporti di collaborazione nelle nuove professioni*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1988, p. 415 ss.

Ferraro G., *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in A.I.D.La.S.S., *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro. Atti delle giornate di Salerno 22-23 maggio 1998*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 26 ss.

Ferraro G., *Il lavoro autonomo nella riforma del mercato del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, p. 990 ss.

Ferraro G., *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattiva* AA.VV., Autonomia individuale e rapporto di lavoro, Atti del congresso nazionale AIDLASS, Udine, 10-12 maggio 1991, Giuffrè 1994 *Le di tutela*, Cedam, Padova 1981

Gaeta L., *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione. I - La subordinazione*, Torino, Utet, 1993;

Garofalo D., *Complessità del modo di produzione possibilità di governo attraverso il diritto del lavoro*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, cit.

Ghera E., *Diritto del lavoro*, Cacucci., Bari, edizione 1996

Ghera E., *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, in Carabelli U, Veneziani B.(a cura di), *Du travail salarié au travail indépendant*, cit, p. 47 ss

Ghera E., *La subordinazione tra tradizione e nuove proposte*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1988, p. 569 ss.

Ghera E., *Sul lavoro a progetto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, I,193 ss.

Ghera E., *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, 11 ss.

Ghera E., *Il nuovo diritto del lavoro: subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2006

Ghera E., *Diritto del lavoro*, Cacucci., Bari edizione 2011 aggiornata a febbraio 2013

Ghezzi G., *Il contratto di agenzia*, Bologna, 1970.

Ghezzi G., Romagnoli U, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1995

Ghezzi G., *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, Roma, Ediesse, 1996, p.195ss.

Ghezzi G., *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004

Gianturco E., *Sul contratto di lavoro*, Napoli, 1902

- Giubboni S., Orlandini G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2007
- Giubboni S., Orlandini G., *La nozione europea di subordinazione*, in Sciarra S (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Torino, 2010, 37 ss.
- Giugni G., *Verso il tramonto del recesso ad nutum: la disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1953, I, pp. 201-244
- Giugni G., *Mansioni e Qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963
- Giugni G., *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè Milano, 1977
- Giugni G., *Commento all'art. 13*, in Giugni G., *Lo Statuto dei lavoratori, Commentario*, Giuffrè, Milano 1979, p. 157 ss.
- Giugni G., *Diritto del lavoro (voce per una enciclopedia)*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1979, p. 384
- Giugni G., *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, A.I.D. La S.S., Milano, 1983, p.18 ss.
- Grandi M., *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 90 ss.
- Grandi M., *Rapporto di lavoro*, in *Enc. del dir.* XXXVIII, Milano, 1987
- Grasso, *L'azienda nel diritto del lavoro precorporativo*, in *Pol. Dir.*, 1984, p. 381 ss.
- Greco, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, II, 3, Torino, 1939
- Hromadka W., in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2007, pp. 838 ss.
- Hueck A., Nipperdey C.H., *Arbeitsrecht I*, 1. Ed. 1928, § 8 II
- Ichino P., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, vol. I, Milano, 1984, vol. II, Milano 1985
- Ichino P., *Rilevanza della volontà negoziale ai fini della qualificazione del contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1989

Ichino P., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffré, Milano, 1989

Ichino P., *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996, p. 54 ss.

Ichino P., *Il contratto di lavoro*, vol I, Giuffré, Milano, 2000

Ichino P. *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti. Note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni suoi precedenti*, in *Diritto del lavoro e Corte Costituzionale*, a cura di R. Scognamiglio, Napoli, ESI, 2006, pp. 129 ss.

Ichino P. (a cura di), *Diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffré, Milano, 2008

Ichino P., *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano:dalla liberazione alla legge sui licenziamenti*, in Ichino P. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Milano, 2008, p. 4 ss.

Ichino P., *Scenari di riforma del mercato del lavoro italiano*, Intervento al convegno tenuto a Bertinoro dalla Fondazione Scuola di Politica, 4 settembre 2008, in *ItalianiEuropei*, 2008

Ichino P., *Il percorso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, relazione al convegno dell'associazione dei civilisti italiani, 2 dicembre 2011, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, p. 63 ss.

Institut für Arbeits- und Berufsforschung der Bundesanstalt für Arbeit, analisi in merito alla problematica della parasubordinazione, IAB-Werkstattbericht n. 7 del 25.11.1996

International Labour Organization, [2010], *Etude d'ensemble sur les instruments relatifs à l'emploi à la lumière de la Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable: Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (articles 19, 22 et 35 de la Constitution)*, Geneve, BIT.

Jannacone P., *Contratto di lavoro*, in *Enc. giur. it.*, III, 3, I, Milano 1898

Kerschen, N., [2010], *La stratégie européenne pur l'emploi: un exemple de rencontre entre une politique européenne et le droit communautaire*, in *Droit social*, 2010, n. 2, février, pp. 223-234.

Kreuder T., nota a BAG, AP n. 37, riguardo al paragrafo 5, ArbGG Wiedemann, *Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis*, 1966, p. 15.

Leonardi M., *Mercato del lavoro il monitoraggio non basta*, 28 gennaio 2014, in www.lavoce.info

Leonardi M., Pallini M., *Contratto unico contro la precarietà*, in *Aler*, 2008, p. 3-4

Leonardi M., Pallini M., *Il dibattito sul contratto unico ed un'introduzione all'ammortizzatore unico*, Bologna, 2009

Leonardi M., Pallini M., *La riforma Fornero osservata senza pregiudizi*, il Mulino, n.3/2012, giugno 2012

Leonardi M., Pallini M., *Ricette per ridurre il dualismo nel mercato del lavoro*, 2010, in <http://www.nelmerito.it>

Libro Verde della Commissione delle Comunità europee del 22 novembre 2006, COM (2006) 708 def., dal titolo “*Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*”.

Lorenzi V., *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 399 ss.

Loy G., *Riflessioni su specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato*, in Pedrazzoli M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, p. 57 ss.

Lunardon F., *L'evoluzione del concetto di subordinazione nell'elaborazione dottrinale*, in *Quad. Dir. Law. Rel. Ind.*, 1998, n. 21, p. 285 ss.

Magrini S., Intervento in AAVV, *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinamento e autonomia*, Atti del Convegno di Studi Roma, 27 maggio 1996

Magrini S., *Lavoro (contratto individuale di)*, in *Enc. del dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 369 ss.

Mailand M., [2010], *The Common European flexicurity principles: how a fragile consensus was reached*, in *European Journal of Industrial Relations*, v. 16, n. 3, p. 241-257.

Mancini F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. I. Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Giuffrè, Milano, 1962

- Mancini F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957
- Mariucci L., *E' proprio un very bad text?*, *Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, in *Lav. Dir.*, 2012, p. 415 ss.
- Mariucci L., *Subordinazione e itinerari della dottrina*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 69
- Maschmann F., *Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis*, 1966, p.15;
- Mazzoni G., Riva Sanseverino M. L., *Il nuovo trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1971,
- Mazzotta O., *Autonomia e sistema del diritto del lavoro*, in AA.VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Atti del congresso nazionale AIDLASS, Udine, 10-12 maggio 1991, Giuffrè, 1994
- Mazzotta O., *Diritto del lavoro*, in Trattato di diritto privato, a cura di G. Iudica e P. Zatti, IV ed. Milano, 2012
- Mengoni L., *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1954, I, 185 ss.
- Mengoni L., *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano, 1971
- Mengoni L., *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello statuto dei lavoratori*, in *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 30
- Mengoni L., *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1986, p. 5 ss.
- Mengoni L., *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile e diritto amministrativo. Diritto civile*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, p. 10 ss.
- Mengoni L., *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, in *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, Atti del XIII Congresso, AIDLASS, Ferrara, 11-13 maggio 2000, Giuffrè, Milano, 2002, p. 3 ss.
- Minervini G., *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1958., p. 632 ss.
- Minervini G., *L'evoluzione del concetto di impresa*, in *Riv. Soc.*, 1977, p. 496 ss.

- Ministero del lavoro e delle politiche sociali, “Il primo anno di applicazione della legge 92/2012”, Quaderno n.1, gennaio 2014, in www.lavoro.gov.it, p. 35
- Muckenberger U., Wank R., Buchner H., *Ridefinire la nozione di subordinazione? Il dibattito in Germania*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel Ind*, 2000, 2, p.329 ss.
- Napoli M., *La nascita del diritto del lavoro: "Il contratto di lavoro" di Lodovico Barassi cent'anni dopo: novità, influssi, distanze*, Vita e pensiero, 2003
- Natoli M., *Adempimento e non collaborazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1948-50, I, pp.35-61
- Navarra L., *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto di vista sulla giurisprudenza*, in *Europa Dir. Priv.*, 2000, p.533 ss.
- Neuvians N., *Die arbeitnehmerähnliche Person*, 2002
- Nogler L., *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1990, p. 193 ss
- Nogler L., *The concept of «subordination» in european and comparative law*, Quaderni del Dipartimento, Università degli Studi di Trento, 2009;
- Nogler L., Corazza L., *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, ed. Franco Angeli, 2012
- Oppo G., *I contratti di durata*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1943, I, pp. 143-180
- Pallini M., *Il lavoro a progetto in Italia e in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2006
- Pallini M., *Il lavoro a progetto: ritorno al...futuro?*, in WP. C.S.D.L.E Massimo D'Antona, 2005, n. 32
- Pallini M., *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, Padova, 2013
- Pedersini R. (a cura di), *Oltre la flessibilità: impresa e lavoro fra nuovi mercati e trasformazioni sociali*, Edizioni lavoro, 2004
- Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985
- Pedrazzoli M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989

Pedrazzoli M., *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, Atti delle giornate A.I.D. La S.S. di Salerno, 22-23 maggio 1998, Milano, Giuffrè, 1999.

Pera G., *La cessazione del rapporto di lavoro*, 1980, Cedam, Padova, 1980

Pergolesi F., *Il contratto individuale nella nuova codificazione*, Bologna, 1942

Persiani M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966

Persiani M., *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie di lavoro subordinato*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, p. 850 ss.

Perulli A., *Economically dependent/ quasi subordinate (parasubordinate) employment legal, social and economic aspects*, Bruxelles, EC, 2003

Perulli A., *Il lavoro autonomo*, Milano, Giuffrè, 1996

Perulli A., *Subordinazione e autonomia* in F. Carinci (a cura di), *Il lavoro subordinato*, tomo II, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino 2007, p. 3 ss.

Perulli A., *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, in *Lav. Dir.*, 2012, p. 542 ss.

Perulli A., *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del lavoro a progetto*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, p.1 ss.

Pessi R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè ed., 1989

Pessi R., *I rapporti di lavoro c.d. atipici tra autonomia e subordinazione nella prospettiva dell'integrazione europea*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, p. 136 ss.

Pino G., *Il contesto di inizio secolo e la discussione sul contratto di lavoro*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, cit.

Piraino F., *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 85 ss.

Pizzoferrato A., *Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, n. 3, pp. 623-549.

- Preis U., in Müller-Glöge/Preis/Schmidt, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2014, § 611 Rn. 54; Rn.° 59, Rn.° 111
- Prosperetti G., *Compito degli studi di diritto del lavoro*, in *Lav. Dir.* 1946, p.57 ss.
- Pugliatti S., *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1950, I, pp. 189.194
- Randolph L., [2010], *Labour market policies and outcomes in the enlarged EU*, in *Journal of Common Market Studies*, 2010, v. 48, n. 3, p. 661-685.
- Regalia, I., [2006], *Regulating new forms of employment local experiments and social innovation in Europe*, London, Routledge
- Riccobono A., *Qualificazione del contratto e controllo della fattispecie nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2011
- Richardi R., in: *Münchener Handbuch des Arbeitsrechts*, 3. Aufl. 2009, § 16 Rn. 41 ff.
- Roccella M. *Pubblica amministrazione: lavoro a termine e part-time*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1989, n. 6
- Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffré, Milano 1967
- Romagnoli U., *Autorità e democrazia in azienda: teorie giuridico-politiche*, in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974
- Romagnoli U., *Diritto del lavoro quando e perché*, in AA.VV., *Studi in memoria di Marino Offeddu*, Padova, 1988, p. 548 ss.
- Rossi G., *Il lavoro al plurale*, in *Questione giustizia*, 1975, n. 1, p. 112 ss.
- Saint Paul G., *On the political Economy of Labour Market Flexibility*, intervento alla NBER Macroeconomic Annual, 1993, Cambridge Mass., Mit Press, 1993.
- Sandulli P., *Il lavoro coordinato fra disciplina civilistica e regime previdenziale e fiscale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, p. 425 ss.
- Santoni F., *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, Napoli, 1979.
- Santoro Passarelli F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1987

- Santoro Passarelli G., Intervento, in AA.VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinamento, autonomia*, Cacucci, Bari, 1997, p. 213
- Schubert M., *Der Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen*, 2004
- Sciarra S., *Manuale di Diritto Sociale Europeo*, Giappichelli, Torino, 2010
- Scognamiglio R., Intervento, in AAVV, *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinamento e autonomia*, cit., pp. 29ss.
- Smuraglia C., *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffré, Milano, 1967
- Spagnuolo Vigorita L., *Relazione*, in G. Deodato e F. Siniscalchi, *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Giuffré, Milano, 1988, p. 21. ss.
- Spagnuolo Vigorita L., *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Napoli, 1967
- Spagnuolo-Vigorita L., *Le apparenti contraddizioni del nostro ordinamento in tema di subordinazione*, in Pedrazzoli M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 93 ss.
- Suppiej C., *Il potere direttivo dell'imprenditore ed i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, in *Riv. Dir.Lav.*, p. 2ss.
- Thüsing V., in: Henssler, Willemsen, Kalb, *Arbeitsrecht Kommentar*, 2012, Vor § 611 Rn. 59 e Rn.°111
- Tosi P., in AA.VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinamento, autonomia*, cit., p. 166 ss.
- Treu T., *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffré, Milano, 1968
- Treu T., *Statuto dei lavori e Carta dei diritti*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004
- Trioni G., *Parasubordinazione e flessibilità nei settori del commercio e del turismo*, in G. Deodato e Ezio Siniscalchi, *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, p. 149 ss.
- Turi C., *Globalizzazione dell'economia e diritti fondamentali in materia di lavoro*, in *Riv. dir. int.*, n. 1 2000, p. 113-131.

Valentini A., *La sentenza della Corte di giustizia nel caso Yolanda del Cerro Alonso una incidenza sulla disciplina del lavoro a tempo determinato*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, n. 4, p. 739-755.

Vallebona A., *La Riforma del lavoro*, Utet, Torino, 2012

Vardaro G., *Subordinazione ed evolucionismo*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, a cura di M. Pedrazzoli, cit., p. 107

Veneziani B., *Il lavoro e i lavori*, Intervento, in *Lav. Dir.*, 1989, p. 198 ss

Wank R., *Arbeitnehmer und Selbständige*, 1988, 102

Wank R., in *Der Betrieb*, 1992, 90

Wank R., in *Recht der Arbeit*, 1999, 271;

Wank R., nota su BAG, AP n.56 riguardo al paragrafo 80 BetrVG

Wank R., *Tipi contrattuali con prestazioni di servizi*, in *RFT*, in *Lav. Dir.*, 1997, p. 220 ss.

Weiss M., *The Regulation of Quasi-Subordinate Employment in Germany*, in *La riforma del mercato del lavoro: deregolazione o reregolazione?*, a cura di C. Serra, Giuffrè 2005, Milano.

Zanelli, *Impresa, lavoro e innovazione tecnologica*, Milano, 1986, p.121 ss.

Zoppoli L., *Riflessioni su contratto di lavoro e corrispettività*, in *Lav. Dir.*, 1988

