
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

PARTE I

IL DIRITTO DEL LAVORO TRA
SUBORDINAZIONE E AUTONOMIA

CAPITOLO I

IL CONTRATTO DI LAVORO SUBORDINATO

SOMMARIO: 1. Gli “elementi” del contratto di lavoro subordinato e la “subordinazione” come elemento discreitivo e tipizzante. – 2. Le teorie tradizionali sulla subordinazione. – 3. Il contenzioso giudiziario sulla qualificazione del rapporto di lavoro e la procedura di certificazione. – 4. Subordinazione e “etero-organizzazione”. – 5. Il lavoro “agile” e il suo impatto sulla nozione di subordinazione. – 6. L’origine contrattuale del rapporto di lavoro e la c.d. “prestazione di fatto” illegittima. – 7. I requisiti del contratto di lavoro e i diritti di informazione. – 8. Il patto di prova.

1. Gli “elementi” del contratto di lavoro subordinato e la “subordinazione” come elemento discreitivo e tipizzante

L’identificazione della figura giuridica del “lavoro subordinato” è determinante ai fini dell’applicazione delle norme – in larghissima parte inderogabili – del diritto del lavoro e della previdenza sociale.

*Contratto
di lavoro
subordinato*

Il rapporto di lavoro subordinato nasce da un contratto tipico e nominato: un contratto, cioè, che trova la sua disciplina espressa in norme di legge dettate specificamente per esso.

La legge, tuttavia, non offre una definizione del contratto di lavoro subordinato: questa è desumibile solo indirettamente dall’art. 2094 cod. civ., che definisce “prestatore di lavoro subordinato” 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”.

*Elementi tipici,
ma non essenziali:
la qualifica di
imprenditore del
datore di lavoro*

Va subito chiarito che la qualifica di imprenditore del datore di lavoro, pur essendo inerente alla figura “tipica” di

prestatore di lavoro subordinato descritta dall'art. 2094 cod. civ., non costituisce, tuttavia, elemento essenziale del contratto di lavoro subordinato, poiché l'art. 2239 cod. civ. contempla espressamente “i rapporti di lavoro subordinato che non sono inerenti all'esercizio di un'impresa”, stabilendo che essi sono regolati dalle medesime norme che regolano i rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, “in quanto compatibili con la specialità del rapporto”.

In altre parole, il contratto di lavoro alle dipendenze di un datore di lavoro imprenditore è quello “tipico”, ma ciò non esclude che siano rapporti di lavoro subordinato, sia pure speciali, anche quelli instaurati con datori di lavoro non imprenditori.

Elementi essenziali del contratto di lavoro subordinato sembrano essere, pertanto: **la retribuzione, la collaborazione, la subordinazione.**

*Segue: onerosità e
lavoro gratuito*

In relazione alla retribuzione, tuttavia, si deve ancora precisare che la giurisprudenza e la dottrina prevalenti ammettono, sia pure con molta cautela, il lavoro subordinato gratuito; questo non va confuso, però, né con il lavoro prestato a titolo di cortesia, senza obbligo giuridico; né con l'accordo con il quale le parti escludano illegittimamente il diritto alla retribuzione. Si tratterebbe piuttosto, secondo l'opinione prevalente, di un contratto innominato e atipico, ammissibile ai sensi e nei limiti di cui all'art. 1322, comma 2, cod. civ., ossia, nelle ipotesi in cui esso sia diretto a “realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”.

Secondo la giurisprudenza, infatti, il lavoro subordinato gratuito può ammettersi solo quando ricorrano “particolari condizioni oggettive o soggettive (modalità e quantità del lavoro, condizioni economico-sociali delle parti, relazioni intercorrenti tra le stesse, ecc.), che giustifichino la causa gratuita e consentano di negare con certezza la sussistenza di un accordo elusivo della irrinunciabilità della retribuzione” (Cass. 5 febbraio 1983, n. 996). In mancanza di tali specifiche circostanze giustificative, il contratto di lavoro subordinato si presume oneroso, come ben espresso dalla seguente massima giurisprudenziale: “ogni attività oggettivamente configurabile come prestazione di lavoro subordinato si presume effettuata a titolo oneroso. Tale presunzione può essere superata solo mediante una prova rigorosa dell'esistenza di un rapporto diverso, istituito *affectionis*

vel benevolentiae causa: per es., nell'ambito della famiglia o di comunità religiose" (Cass. n. 3304/1999; Cass. n. 11045/2000; Cass. n. 17096/2002).

Non mancano esempi di lavoro gratuito "nominato", prevalentemente riconducibili al c.d. "volontariato": possono ricordarsi le prestazioni rese a favore delle "organizzazioni di volontariato" dagli aderenti alle medesime, in modo "personale, spontaneo e per fini di solidarietà" (legge n. 266/1991); il rapporto dei soci "volontari" delle "cooperative sociali" (legge n. 381/1991); il "contratto di cooperazione" stipulato dai "volontari in servizio civile" ai sensi della legge n. 49/1997 relativa alla "cooperazione dell'Italia con i paesi in via di sviluppo" (v. Corte cost. n. 211/1996); il rapporto di volontariato nelle cdd. "imprese sociali" (d.lgs. n. 155/2006), e da ult., nelle organizzazioni del c.d. "terzo settore" il cui "Codice" approvato con legge n. 117/2017 definisce "volontario" chi, "per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà" (art. 17 della legge n. 117/2017).

*Ipotesi
"nominata" di
lavoro gratuito. I
rapporti di
volontariato*

Un ambito tipico del lavoro gratuito è quello della famiglia: dovendosi tuttavia distinguere due diverse ipotesi.

Lavoro e famiglia

La prima ipotesi è quella del lavoro prestato in ragione del rapporto affettivo tra i componenti della comunità familiare, ma al di fuori di un'"impresa familiare" (v. avanti): in tal caso opera una presunzione di gratuità, superabile solo con una rigorosa prova contraria (Cass. n. 5294/1993; Cass. n. 18284/2003; Cass. n. 18284/2003).

La seconda ipotesi riguarda il lavoro prestato, fuori da un rapporto di lavoro subordinato tipico, ma nell'ambito di una "impresa familiare": l'art. 230 *bis* cod. civ., in questo caso, prescrive inderogabilmente che al prestatore di lavoro vengano quanto meno assicurati, oltre al mantenimento, la partecipazione agli utili ed ai beni, nonché il diritto a concorrere alle fondamentali decisioni del nucleo familiare. Resta salva, naturalmente, la possibilità per le parti di costituire, anche nell'ambito dell'impresa familiare, un normale rapporto di lavoro subordinato tipico, quindi oneroso.

*Elementi
essenziali*

In ogni caso, l'onerosità e la corrispettività non sono caratteri tipici ed esclusivi del contratto di lavoro subordinato; tali invece, ossia idonei ad individuare esclusivamente il “tipo” contrattuale definito dall'art. 2094 cod. civ., sono piuttosto gli elementi della **collaborazione** e della **subordinazione**.

Quel che è certo, è che onerosità e corrispettività qualificano il contratto di lavoro come contratto “di scambio”, ossia, come un contratto in cui soggetti con interessi contrapposti effettuano uno scambio tra prestazioni anch'esse contrapposte.

– la collaborazione

Ciò consente anche di cogliere l'esatto significato dell'elemento della “collaborazione”. Questa non va intesa come elemento che trasforma il contratto di lavoro in un contratto “associativo”, caratterizzato dalla comunione di interessi tra le parti; al contrario, fermo restando che il contratto di lavoro subordinato è un contratto “di scambio”, la collaborazione ne identifica semplicemente l'oggetto, che è costituito, appunto, dal “lavorare insieme”, dal “lavorare con altri” (il datore di lavoro, e, eventualmente e nella normalità dei casi, gli altri “collaboratori dell'imprenditore”: v. artt. 2086 e 2104, comma 2, cod. civ.).

La collaborazione, allora, definisce sinteticamente l'oggetto del contratto di lavoro, costituito dall'obbligo, che il prestatore di lavoro assume, di effettuare una prestazione lavorativa personale (non effettuata tramite altri collaboratori) e continuativa (non limitata ad un singolo specifico compito).

In questo senso, la collaborazione non è limitata solo al lavoro nell'impresa, ma si riscontra in qualsiasi rapporto di lavoro subordinato, ed è riscontrabile anche nel lavoro autonomo.

*Segue: Le
collaborazioni
coordinate e
continuative e
la travagliata
vicenda del
“lavoro a
progetto”*

Pertanto, la collaborazione da sola non basta ad individuare il rapporto di lavoro subordinato: infatti si danno ipotesi di rapporti di lavoro aventi a oggetto “rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato” (art. 409, n. 3, cod. proc. civ.).

Si tratta di una figura che ha dato luogo a problemi di individuazione sia della fattispecie che della disciplina giuridica applicabile: la sua collocazione all'interno dell'area del lavoro autonomo, infatti, è sempre stata vivacemente criticata da quanti ne sostenevano la riconduzione a una sorta di “*tertium*

genus”, intermedio tra questo e il lavoro subordinato, o addirittura ne invocavano, sul piano legislativo, la completa assimilazione a quest’ultimo.

Il problema sarà analizzato nel paragrafo 4 di questo capitolo, e soprattutto nel capitolo II; in questa sede va solo anticipato che, con il *Jobs Act* del 2015, la questione ha trovato un nuovo assetto, basato sulla distinzione tra i rapporti di lavoro continuativo “coordinati”, e quelli aventi a oggetto prestazioni di lavoro “etero-organizzate”, sancendosi la natura autonoma delle prime, e l’applicazione della disciplina del lavoro subordinato alle prestazioni etero-organizzate.

In conclusione, può dirsi che, tra gli elementi del contratto di lavoro desumibili dall’art. 2094 cod. civ., quello veramente caratteristico (“tipizzante”) della fattispecie sia la subordinazione.

Essa costituisce, pertanto, il criterio fondamentale di distinzione tra il contratto di lavoro subordinato ed il contratto d’opera (o di “lavoro autonomo”): infatti l’art. 2222 cod. civ. distingue il contratto d’opera da quello di lavoro subordinato proprio per il fatto che il lavoratore autonomo si obbliga a lavorare “senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente”.

Si tratta di un tema classico del diritto del lavoro; anzi, del tema centrale, da sempre oggetto di studi teorici, di dibattito scientifico non solo giuridico, di contenzioso giudiziario; e di un tema oggi se possibile ancor più sulla ribalta, dal momento che nei più recenti sviluppi dell’ordinamento sia nazionale che europeo si rinvergono segni di una nuova centralità del lavoro dipendente.

La subordinazione consiste, tradizionalmente, in una specifica modalità di effettuazione della prestazione, consistente nell’assoggettamento al potere direttivo e di controllo del datore di lavoro (Cass. 25 luglio 1994, n. 6919), sicché la prestazione lavorativa possa dirsi “eterodeterminata”, in quanto resa con l’obbligo di conformarla alle direttive e di sottoporla ai controlli del datore di lavoro (Cass. n. 5290/1981; Cass. n. 4171/2006; Cass. n. 5712/2011).

L’assenza di subordinazione, peraltro, caratterizza anche le ipotesi di lavoro associato: socio d’opera, socio di società cooperativa di produzione e lavoro, associazione in partecipazione (fino alla modifica normativa di cui si dirà tra breve).

La subordinazione come elemento tipizzante del contratto di lavoro subordinato

La subordinazione come etero-direzione

Lavoro associato:

– socio d'opera e
prestazione
accessoria di
opera

Tuttavia, il conferimento del socio a una società di persone (ossia, a una società semplice, in nome collettivo, in accomandita semplice) può consistere, in tutto o in parte, nella propria opera (v. art. 2263, comma 2, cod. civ.).

Nelle società di capitali (società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata), poi, l'attività lavorativa può invece costituire oggetto di una "prestazione accessoria" (art. 2345 cod. civ.), mentre "non possono formare oggetto di conferimento le prestazioni di opera o di servizi" (art. 2342, comma 5, cod. civ.).

– socio-lavoratore
nelle cooperative

Infine, nelle società cooperative di produzione e lavoro, secondo l'opinione più diffusa, il conferimento del lavoro sarebbe l'oggetto tipico del contratto associativo; ma secondo un diverso orientamento dottrinale e giurisprudenziale, esso sarebbe invece oggetto di un distinto contratto di lavoro subordinato, rispetto al quale il contratto sociale fungerebbe da presupposto.

La legge n. 142/2001 (modificata, sul punto, dall'art. 9, legge n. 30/2003) sulla "revisione della legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore", avalla sostanzialmente quest'ultimo orientamento, stabilendo che "il socio lavoratore di cooperativa stabilisce con la propria adesione o successivamente all'instaurazione del rapporto associativo un ulteriore rapporto di lavoro, in forma subordinata", ma anche "autonoma o in qualsiasi altra forma, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata non occasionale, con cui contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali" (art. 1, comma 3).

– La vicenda
normativa
dell'associazione
in partecipazione
con apporto di
lavoro

L'associazione in partecipazione è il contratto con il quale "l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto" (art. 2549 cod. civ.).

L'art. 53, d.lgs. n. 81/2015, però, allo scopo di impedire che dietro lo schermo dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro si celassero elusioni della disciplina garantistica del lavoro subordinato, ha modificato il testo dell'art. 2549 cod. civ., introducendo il divieto, per le persone fisiche, di conferire prestazioni di lavoro all'associante. In precedenza, la predetta tendenza all'utilizzo abusivo dell'istituto era stata perseguita con tecniche diverse, e in particolare: a) con una presunzione relativa di subordinazione, operante in presenza di determinati

indici legislativi (art. 1, comma 30, legge n. 92/2012); b) stabilendo il tetto numerico di tre associati in partecipazione con apporto di lavoro, per ogni associante (art. 1, comma 28, legge n. 92/2012). Dopo la soppressione dell'istituto, questa disciplina resta in vigore solo per i contratti in atto alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015.

In tutti i casi di lavoro associato – e con l'esclusione del lavoro in cooperativa –, la ricorrenza di un contratto associativo (società, associazione in partecipazione fino al d.lgs. n. 81/2015) esclude la sussistenza dello “scambio” tra prestazione lavorativa e retribuzione: il socio o l'associato percepiscono un guadagno dalla società o dall'affare cui partecipano, e questo guadagno non può dunque identificarsi col compenso per il lavoro svolto.

Questo è vero, però, solo quando il lavoro viene effettuato in adempimento del contratto di società o associativo, costituendo, appunto, l'apporto del socio o dell'associato alla società, e quindi la causa giustificativa della partecipazione agli utili della medesima.

Se invece si riscontra in concreto la sussistenza di un rapporto di lavoro distinto rispetto al rapporto societario o associativo, non avente come oggetto il conferimento del socio o dell'associato all'impresa, allora è ben possibile che tale rapporto si configuri come rapporto di lavoro subordinato, qualora sia caratterizzato dall'elemento della subordinazione.

La subordinazione, tradizionalmente intesa come l'assoggettamento alle direttive e agli ordini del datore di lavoro, si è rivelata e si rivela caratteristica talvolta di incerta rilevazione: si pensi, per un verso, alla larga autonomia e discrezionalità di cui godono lavoratori subordinati quali sono sicuramente i dirigenti d'azienda; per l'altro, all'ingerenza del committente nell'esecuzione dell'opera, che può spingersi, nel caso del contratto di appalto, fino alla nomina di un direttore dei lavori. La difficoltà di reperire in concreto l'elemento della subordinazione, intesa come assoggettamento a direttive specifiche del datore di lavoro, si registra, peraltro, non solo nel caso di mansioni di elevato contenuto intellettuale o creativo, ma anche nel caso opposto, di mansioni tanto semplici e ripetitive, da escludere la necessità di direttive e ordini da parte del datore di lavoro.

– La differenza tra lavoro associato e lavoro subordinato in sintesi

– La ritenuta inidoneità qualificatoria della nozione di subordinazione

In generale, i problemi di individuazione della figura del “lavoro subordinato” e della sua distinzione dal lavoro autonomo si pongono con la massima intensità nelle cdd. “zone grigie” del diritto del lavoro, ossia in quelle varie forme d’impiego, offerte dalla prassi, in cui più labile appare il confine tra subordinazione ed autonomia, e si riscontrano indizi sia dell’una che dell’altra.

Spesso si tratta di figure contrattuali create artificialmente allo scopo di dissimulare rapporti di lavoro subordinati, e quindi di eludere la disciplina inderogabile di tutela dei lavoratori dipendenti, ed i connessi obblighi previdenziali e assistenziali.

2. Le teorie tradizionali sulla subordinazione

Nel tentativo di tracciare un solco netto tra il lavoro subordinato e quello prestato senza vincolo di subordinazione, la dottrina ha tentato di individuare la distinzione nell’oggetto del contratto.

*Locatio operis e
locatio operarum*

Si è affermato, cioè (fin dal codice civile del 1865), che mentre oggetto del contratto d’opera sarebbe un’opera definita (“*opus perfectum*”), obbligandosi il prestatore d’opera ad eseguirla assumendosi i relativi rischi economici (“*locatio operis*”); oggetto del contratto di lavoro subordinato, invece, sarebbero le “*operae*”, ossia l’attività lavorativa del prestatore di lavoro, il quale non si obbligherebbe ad un determinato risultato, ma solo alla messa a disposizione delle proprie energie psico-fisiche, affinché il datore di lavoro ne faccia uso secondo le proprie necessità e con le modalità che ritiene opportune (“*locatio operarum*”).

*Obbligazione di
mezzi e
obbligazione di
risultato*

Espresso in altri termini, il criterio dell’oggetto della prestazione si identifica con quello della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato: nelle prime, il lavoratore si obbligherebbe a fornire i mezzi (le energie lavorative) necessari perché il datore di lavoro ne ricavi un risultato utile; nelle seconde, il risultato utile sarebbe assicurato direttamente dal prestatore di lavoro.

Ma a queste teorie si è obiettato che l’oggetto della prestazione, in tutti i contratti di lavoro, è, appunto, il lavoro umano, e che questo deve sempre corrispondere ad una utilità, cioè ad un risultato utile, per il creditore della prestazione.

È vero che, nell'ambito di questo risultato utile, possono distinguersi, in certi casi, un mero comportamento diligente di collaborazione, o invece un'opera o servizio ben individuati (*opus perfectum*); ma ciò non ha nulla a che vedere con la distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, poiché anche un lavoratore autonomo può obbligarsi solo a mettere a disposizione il proprio lavoro senza assicurare un risultato (basti pensare alla prestazione di un medico o di un avvocato).

Più in generale, si è osservato, anche in giurisprudenza, che medesime attività possono costituire oggetto sia di lavoro autonomo che di lavoro subordinato, e quindi la differenza tra le due figure non può consistere nell'oggetto del contratto, ma, appunto, nelle modalità della prestazione: si pensi, per esempio, all'attività dei "medici di fabbrica".

Assodato che solo la subordinazione, intesa come modalità di effettuazione della prestazione, costituisce l'elemento caratteristico e peculiare del contratto di lavoro subordinato, la dottrina e la giurisprudenza hanno tentato di fissarne in maniera precisa la nozione.

3. Il contenzioso giudiziario sulla qualificazione del rapporto di lavoro e la procedura di certificazione

Si possono distinguere due macro-orientamenti, a seconda che la nozione di subordinazione venga ancorata ad un criterio strettamente tecnico-giuridico, oppure a criteri prevalentemente socio-economici.

In questa seconda direzione si muove quell'orientamento dottrinale che identifica la subordinazione con la situazione di debolezza o dipendenza economica di una delle parti di un contratto di lavoro, a sua volta desumibile dall'estraneità del lavoratore ai mezzi di produzione ed alla totale inerenza dell'attività lavorativa al ciclo produttivo dell'azienda; ovvero, secondo altro orientamento, desumibile dalla situazione di monocommittenza del prestatore d'opere.

Questa teoria, che finora non ha ricevuto, se non sporadicamente, l'avallo esplicito della giurisprudenza (pur potendosene trovare chiara traccia nelle motivazioni di molte sentenze soprattutto di merito), ha vissuto in questi ultimi anni una fase di rilancio dottrinale, con riflessi anche nel dibattito

Criterio socio-economico: la "dipendenza economica"

politico-sindacale e nella legislazione: si pensi, a tal proposito, alle tecniche di presunzione basate proprio su indici di dipendenza economica, adottate dalla legge n. 92/2012. Fino a quando, tuttavia, la nozione di subordinazione consacrata nell'art. 2094 cod. civ. non sarà modificata, questa teoria deve ritenersi inaccoglibile sul piano del diritto positivo, poiché fa riferimento ad elementi estranei alla fattispecie definita dalla legge, e per di più è fonte di incertezze ancora maggiori della teoria tradizionale, poiché la "dipendenza socio-economica" è caratteristica comune anche a molti lavori autonomi. Sembra, piuttosto, che la nozione di "dipendenza economica" possa rivelarsi maggiormente utile nel campo della previdenza sociale, dove è infatti utilizzata ai fini dell'individuazione del campo di applicazione della tutela pensionistica e, da ultimo, della tutela contro la disoccupazione involontaria.

*Il metodo
tipologico*

Così, prendendo atto della necessità di criteri legali per l'individuazione della figura del "lavoro subordinato", ma anche delle difficoltà applicative della definizione offerta dall'art. 2094 cod. civ., altra parte della dottrina ha imboccato una strada completamente diversa: ha rinunciato, cioè, alla ricerca di una nozione legale omnicomprensiva di lavoro subordinato, idonea a ricomprendere tutte le possibili ipotesi, ed ha optato per un diverso metodo di applicazione delle norme di diritto del lavoro, definito "tipologico".

Tale metodo consiste nel sostituire al tradizionale giudizio di identità tra gli "elementi essenziali" della fattispecie legale e le caratteristiche del concreto rapporto da qualificare, un giudizio di mera approssimazione, condotto in base alla prevalenza, o meno, di indizi o "indici" tipici dell'una o dell'altra figura.

Questo metodo, pur senza che se ne registrassero adesioni esplicite sul piano teorico, ha registrato un certo successo in giurisprudenza: infatti, il procedimento che, nella concreta realtà dei processi, i giudici spesso seguono per qualificare il rapporto di lavoro come subordinato è quello di verificare se nell'ipotesi ad essi sottoposta ricorrano in maniera prevalente gli indici tipici della subordinazione.

*Indici della
subordinazione*

Tali indici sono tratti dal modello (ritenuto) socialmente prevalente di lavoro subordinato: quello, cioè, del lavoro dipendente nella grande industria manifatturiera.

Essi sono comunemente individuati, pertanto, nell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione predisposta dal

datore di lavoro, nel rispetto di un orario di lavoro, nelle modalità della retribuzione (a tempo, predeterminata e periodica), nell'assenza di rischio economico in capo al lavoratore, nell'esclusività della dipendenza dal datore di lavoro, nel luogo di lavoro (l'unità produttiva), nella alienità dei mezzi e strumenti di lavoro, nell'assoggettamento a poteri di controllo e disciplinari del datore di lavoro, ecc. (da ultime v.: Cass. 26 luglio 2011, n. 16254; Cass. 18 aprile 2011, n. 8845; Cass. 13 dicembre 2010, n. 25150).

Non trattandosi di "elementi" della fattispecie legale, ma di meri "indici" ("indizi", potrebbe dirsi nel linguaggio comune) della subordinazione, non è affatto necessario che essi ricorrano tutti, perché il rapporto possa qualificarsi come subordinato; così come la mancanza di uno o più di tali indici non esclude, di per sé, che il rapporto sia subordinato.

Tutto si risolve, in sostanza, in un giudizio di prevalenza e non di identità.

Nell'economia di questo giudizio, poi, risultano assolutamente decisive le concrete e dimostrate modalità di svolgimento del rapporto, e non la volontà manifestata dalle parti all'atto della stipulazione del contratto, né la qualificazione che le parti stesse abbiano dato al rapporto medesimo (c.d. *nomen iuris*).

Tuttavia, nell'ultimo decennio si è registrata una parziale rivalutazione del ruolo riconoscibile alla volontà delle parti, affermandosi che, in presenza di una chiara e comune volontà orientata ad instaurare un rapporto di lavoro autonomo o comunque non subordinato, alla qualificazione in termini di lavoro subordinato il giudice potrebbe pervenire solo in presenza della prova rigorosa che il rapporto si è svolto in maniera difforme da quanto pattuito; e perfino al "*nomen iuris*" si assegna quanto meno il ruolo di ulteriore ed importante "indice" valutabile dal giudice ai fini della qualificazione del rapporto medesimo (Cass. 15 maggio 1991, n. 5409).

Il problema della qualificazione del rapporto di lavoro, e in particolare della distinzione tra il lavoro subordinato e le tipologie contermini, riconducibili al lavoro autonomo o ad altri "sottotipi" dello stesso lavoro subordinato, si pone in diretta correlazione con il proliferare delle tipologie contrattuali al cui interno è riconducibile la prestazione lavorativa. Non è stato casuale, dunque, che lo stesso d.lgs. n. 276/2003, oltre a ridefinire il lavoro coordinato e continuativo attraverso la nuova

*La procedura di
certificazione*

figura del “lavoro a progetto”, ora però soppressa, avesse avvertito la necessità di allestire una speciale procedura volontaria di “certificazione dei contratti in cui potesse essere dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro”, allo scopo espresso di “ridurre il contenzioso in materia di lavoro” (peraltro l’originario e più circoscritto riferimento alla finalità di “ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro”, era stato anche ampliato, a seguito della riforma introdotta dalla legge n. 183/2010). Di tale procedura ci occuperemo nella sede specifica (avanti, cap. XXX, § 4).

4. *Subordinazione e “etero-organizzazione”*

Il travaglio dottrinale, giurisprudenziale e legislativo, ha prodotto, con il d.lgs. n. 81/2015, un esito per certi aspetti sorprendente: in luogo dell’attesa valorizzazione della “dipendenza economica”, o del metodo tipologico (per esempio, mediante un ulteriore potenziamento della “certificazione”), il riformatore del 2015 ha attribuito rilevanza decisiva a quello che in precedenza era considerato o come una implicazione del potere direttivo, o come un indice, sia pure tra i più significativi, della subordinazione classicamente intesa come eterodirezione: il potere organizzativo del datore di lavoro.

L’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 ha infatti stabilito che “A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”.

Sul piano formale e letterale, il legislatore non ha modificato la definizione legislativa della subordinazione intesa come assoggettamento al potere direttivo del datore di lavoro (“eterodirezione”), formulata nell’art. 2094 cod. civ.

Ciò è tanto vero, che della disciplina del lavoro etero-organizzato tratteremo con riferimento alle fattispecie di lavoro autonomo (v. cap. II); in questa sede limitandoci a osservare come il legislatore del *Jobs Act* abbia prescritto l’applicazione, alla fattispecie del lavoro etero-organizzato, della “disciplina del rapporto di lavoro subordinato”.

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer