



Associazione per gli Studi internazionali e comparati
sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali

Would Europe benefit from the adoption of a comprehensive definition of the term «employee»?

BARBARA GRANDI

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Qualificazione del rapporto di lavoro nel quadro normativo europeo. – **3.** Le questioni sostanziali sottese al tema della definizione di *employee*. – **3.1.** Armonizzazione sui fattori integranti la «posizione subordinata» del lavoratore, ovvero la possibile coniazione di una definizione più moderna e (magari) progressista di lavoratore. – **3.2.** Una scelta di politica del diritto, che considera i diritti dei lavoratori come diritti di natura statutaria piuttosto che contrattualista. – **3.3.** La considerazione dei costi economico-sociali che derivano dalla erronea qualificazione dei rapporti. – **4.** Conclusioni.

Working Paper n.52/2008

Publicazione registrata il giorno 11 novembre 2001
presso il Tribunale di Modena. Registrazione n. 1609

1. Introduzione

Il tema di questo approfondimento interroga sull'opportunità di una definizione in sede europea di *employee*, vale a dire di lavoratore subordinato.

Il tema può essere affrontato sotto molti profili di indagine, qui riteniamo importante focalizzarci sulla prospettiva del sottostante problema qualificatorio del rapporto di lavoro.

Per *qualificazione del rapporto di lavoro* si intende la *riconduzione di quest'ultimo, così come posto in essere o da porsi in essere dai soggetti interessati, ad un tipo normativo piuttosto che a un altro*. Il problema qualificatorio assume oggi un'urgenza più tangibile di ieri, dal momento che non propone più l'opzione lavoro dipendente o lavoro autonomo, ma abbraccia tante opzioni per quante sono le moderne forme di lavoro.

Tralascieremo quindi la prospettiva delle connesse tutele (e della loro rimodulazione). Ampliare la trattazione a un livello sostanziale, al livello delle tutele coinvolte o da coinvolgersi, porrebbe il tema su di un piano di analisi più schiettamente politica. Senza tacere il carattere politico delle tecniche normative in quanto scelte di politica del diritto, ai fini del discorso scientifico è importante sottolineare che il dibattito politico sulle tutele si pone comunque, in una prospettiva di riforma delle categorie del diritto, in un momento logico successivo a quello della individuazione della tecnica qualificatoria: prima occorre definire gli elementi della fattispecie concreta rilevanti e il loro rapporto con la norma, dopo segue di conseguenza il dibattito sul contenuto e l'orientamento della norma.

Nello scenario dei mutamenti che stanno interessando le forme di lavoro, la relativa contrattazione e la disciplina, il problema qualificatorio si impone sia a livello nazionale sia a livello europeo per le rispettive aree di intervento normativo.

Il problema qualificatorio porta con sé, da una prospettiva europea, e a priori da una prospettiva comparata, *un problema definitorio*: la terminologia giuridica adottata nei diversi ordinamenti per sistemare le forme contrattuali e le rispettive discipline è lontana dall'essere omogenea, pertanto le analisi sulla qualificazione del rapporto di lavoro in una prospettiva comparata non possono prescindere da una attenzione preliminare al significato attribuito e da attribuire ai diversi concetti giuridici.

Nel secondo paragrafo, al fine di dare una possibile risposta al tema dato, proveremo ad avere cognizione del quadro legale in cui, a livello europeo, la questione deve essere sistemata.

Nel terzo paragrafo, occorrerà dipanare le questioni sostanziali sottese a questo dibattito: vedremo come esse riguardino: la terminologia sulla «posizione subordinata» del

lavoratore, ovvero la possibile coniazione di una definizione più moderna e (magari) progressista di lavoratore (§ 3.1.); una scelta di politica del diritto, che considera i diritti dei lavoratori come diritti di natura statutaria piuttosto che contrattualista (§ 3.2.); considerazione dei costi economico-sociali che derivano dalla erronea qualificazione dei rapporti (§ 3.3.).

Nel quarto e ultimo paragrafo si esporranno le nostre conclusioni, che mirano ad argomentare come, a dispetto di quanto possa apparire a una prima analisi, una definizione europea di *employee* non sarebbe risolutiva.

L'analisi muove dalla considerazione particolare di due sistemi nazionali di riferimento: il sistema britannico come modello di *common law* e il sistema italiano come modello di *civil law*. In questi due sistemi e diverse tradizioni, la problematica sulla qualificazione del rapporto assume una sistemazione diversa: nei Paesi di *common law*, quale il Regno Unito, il problema qualificatorio non si pone tanto a livello astratto/codicistico quanto piuttosto a livello casistico/giurisprudenziale.

Il processo di qualificazione nei sistemi di *civil law* è un processo di riconduzione della fattispecie concreta in quella astratta. Il processo di qualificazione nei Paesi di *common law* è invece un processo di riconduzione della fattispecie concreta alla analoga fattispecie concreta già disciplinata, e perciò solo divenuta «tipo normativo».

In altre parole si potrebbe dire che la prospettiva del giurista di *civil law* è quella di chi definisce a priori, *ex ante*, il rapporto di lavoro, mentre la prospettiva del giurista di *common law* è quella che connota la fattispecie nel suo più concreto manifestarsi nella realtà (manifestazione *ex post*). Questa duplicità di prospettive è di particolare rilievo nel proporre ipotesi, più o meno risolutive, sul fronte del problema qualificatorio dei rapporti di lavoro.

I riferimenti normativi europei di interesse ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro sono rinvenibili non tanto a livello di norme codificate quanto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Essi stabiliscono che gli Stati membri, attori primi nella disciplina del rapporto di lavoro in virtù del principio di sussidiarietà dell'intervento comunitario¹, sono tenuti ad adottare una definizione di lavoratore che sia rispettosa delle linee definitive europee.

In particolare, la Corte di Giustizia, che da sempre gioca un ruolo determinante nell'evoluzione della normativa sociale/lavorista, ha recentemente ribadito che la nozione di lavoratore non può essere interpretata in maniera differente a seconda della tradizione legale dello Stato membro, ad essa deve

2. Qualificazione
del rapporto di lavoro
nel quadro normativo
europeo

essere riconosciuto insomma un significato comunitario, uniforme²:

«[...] la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione».

Ci accorgiamo così che i giudici di Lussemburgo abbiano fornito una definizione di lavoratore più ampia di quella di lavoratore subordinato: il diritto europeo definisce il lavoratore come colui che sia legato all'imprenditore da un sinallagma a carattere oneroso, per un dato lasso temporale e, cosa più rilevante ai fini classificatori, in virtù di un rapporto di «*direzione*».

Il concetto europeo di lavoratore implica perciò una forma di dipendenza del lavoratore che non è esattamente coincidente con il lavoro dipendente tradizionale: esso include il lavoro dipendente tradizionale, ma include anche altre tipi, ed è pertanto una definizione più ampia.

Il concetto di direzione, infatti, non coincide esattamente con quello italiano di subordinazione ai sensi dell'art. 2094 c.c.³ (di cui si parla anche in termini di «eterodirezione»). Né, il concetto europeo di direzione pare coincidente con il concetto di subordinazione sottesa alla definizione di *employee* data nel sistema normativo inglese⁴.

La subordinazione è ciò che fonda il «tipo normativo normale» di lavoro dipendente tanto in Italia quanto nel Regno Unito, sebbene qui la mancanza di una codificazione/classificazione dei tipi contrattuali abbia dato origine a una giurisprudenza frammentaria e creativa nella qualificazione dei rapporti di lavoro.

Il termine di direzione è infatti concettualmente diverso da quello di subordinazione: un potere di direzione può contraddistinguere anche un rapporto di lavoro parasubordinato, né esclude una prestazione di lavoro autonomo (*contract for service*), poiché anche il lavoratore autonomo potrebbe essere «diretto» dal suo cliente sotto qualche aspetto della sua obbligazione.

Esistendo una apprezzabile coincidenza sul termine di subordinazione a livello nazionale possiamo concludere che essa sia l'elemento distintivo della posizione di *employee*, almeno fin tanto che per *contract of employment* si faccia riferimento al normale contratto di lavoro dipendente.

La stessa convergenza di definizioni non esiste a livello nazionale per le forme di «subordinazione attenuata», cioè per tutto ciò che nella sostanza accomuna i contratti di lavoro parasubordinati o atipici.

Dire che esiste una convergenza sul concetto di

subordinazione non significa che esiste la stessa convergenza sugli elementi di fatto che integrano la subordinazione. La giurisprudenza nazionale, sia quella inglese, sia quella italiana, è estremamente frammentaria e oscillante sui fattori che indicano la posizione subordinata di un lavoratore (su questo punto ritorneremo più avanti).

Fatta questa rilevazione, osserviamo nondimeno che parecchie delle direttive europee si riferiscono esplicitamente al solo *employee* inteso come lavoratore subordinato.

Possono essere menzionate, non a titolo esaustivo, la direttiva n. 2001/23⁵ sul trasferimento d'impresa, la direttiva n. 91/533 sui diritti di informazione⁶, la direttiva n. 96/71 sul distacco⁷, nonché la direttiva n. 94/33⁸ sulla protezione dei giovani lavoratori, che rinvia altrettanto alla definizione nazionale di lavoratore. Al contrario, la direttiva n. 98/59 sui licenziamenti collettivi usa il termine di «lavoratore» senza fare alcun rinvio, e questo potrebbe essere foriero di interpretazioni divergenti.

La Corte di Giustizia ha precisato che i giudici nazionali sono tenuti a utilizzare le definizioni domestiche per il rapporto di lavoro quando si tratta di dare applicazione a queste direttive, anche se ciò portasse ad alcune incongruenze e disparità nell'attuazione della normativa⁹; viceversa, ha ribadito che debba essere considerato il più ampio concetto europeo di «lavoratore» ogni volta che si abbia a che fare con diritti fondamentali contenuti nei Trattati e riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della stessa Corte¹⁰. In particolare i diritti fondamentali in presenza dei quali non si deve far riferimento alle definizioni nazionali, ma alla più ampia definizione europea, sono la libertà di movimento e la parità di trattamento, ma sono stati forniti argomenti a favore della considerazione anche degli ulteriori diritti fondamentali, così come previsti dalla Carta Europea¹¹.

Dato questo quadro normativo, segue un rischio di disparità di trattamento tra lavoratori nei diversi Stati membri: in tutti i casi in cui l'Unione Europea riconosca una tutela al lavoratore subordinato, in mancanza di una armonizzazione sul concetto di *employee*, le istituzioni nazionali sono portate ad attribuire quello stesso diritto in maniera diversa a seconda delle proprie singolari terminologie legali.

Ne deriva che una definizione europea di *employee* (lavoratore subordinato) dovrebbe comprendere gli elementi di fatto integranti del concetto di subordinazione.

Il concetto di subordinazione è definito normativamente, come visto sopra, tanto in Italia, quanto in Gran Bretagna, a livello generico. Definire la subordinazione entro fattispecie astratte non è stato risolutivo sul fronte del problema qualificatorio neppure nel regime della vecchia economia,

3. Le questioni
sostanziali sottese
al tema della definizione
di *employee*

3.1. Armonizzazione
sui fattori integranti
la «posizione
subordinata»
del lavoratore, ovvero
la possibile coniazione
di una definizione
più moderna
e (magari) progressista
di lavoratore

quando la dicotomia tra lavoro dipendente e autonomo assumeva contorni netti. L'apporto determinante nella problematica qualificatoria è infatti notoriamente stato fornito, tanto nella *common law*, quanto nella *civil law*, dalla giurisprudenza¹². Nella tradizione continentale l'apporto determinante alla qualificazione/classificazione del rapporto di lavoro è dato solo apparentemente dal legislatore, nel senso che il contributo dei giudici è stato insostituibile, e su questo punto torneremo nel paragrafo successivo.

Il tema della qualificazione del rapporto sottintende grosse questioni teoriche e pratiche. Ecco perché è importante avere le idee chiare sui punti sottesi alla eventuale opportunità di definire il concetto di lavoratore subordinato a livello europeo.

La prima questione sostanziale qui sottesa è, come anticipato, la necessità di raggiungere una armonizzazione legislativa a livello europeo in punto di subordinazione del lavoratore. La nuova definizione di *employee* precluderebbe ogni disparità di trattamento quale oggi legittima in virtù del possibile rinvio alle diverse terminologie nazionali. Abbiamo infatti riscontrato come la Corte di Giustizia abbia espressamente affermato la possibilità di interpretazioni divergenti a seconda delle normative nazionali.

Definire cosa sia un *employee* significa, lo ripetiamo ancora una volta, ricavare gli elementi di fatto della subordinazione.

La (diversa) questione fondamentale della *estensione delle tutele a lavoratori collocabili al di fuori della sfera della pura subordinazione*, non è chiamata direttamente in causa nel tema dato, a meno che non vogliamo dare al concetto di *employee*, di lavoratore subordinato, un significato nuovo e progressista. Il problema della crescente presenza di lavoratori non collocabili né nella categoria tradizionale del lavoro subordinato, né nella categoria tradizionale del lavoro autonomo, è pertanto solo indirettamente (eventualmente) da trattare.

Se la nuova definizione di *employee* fosse data in maniera progressista, essa potrebbe abbracciare almeno una parte del lavoro atipico, attraverso il richiamo di una definizione di subordinazione «attenuata», garantendo ad esso tutta quella serie di tutele di origine comunitaria (oltre ai diritti fondamentali) che oggi sono applicabili solo ai lavoratori subordinati.

Questo tipo di definizione presuppone una volontà politica, ovvero si tratterebbe di una operazione giuridica atta ad incidere sull'intervento sociale a favore dei lavoratori.

Potrebbe, in questo senso, essere di esempio l'esperienza inglese che, anche in virtù di Atti del Parlamento espliciti (ma riferiti a tutele singole)¹³ ha di fatto mirato a far coincidere il concetto di «*worker*» con l'intera area del lavoro dipendente e

del lavoro paradipendente. Il che non può che avere effetti anche sul fronte delle tutele di origine comunitaria. *Worker* è definito dall'*Employment Rights Act* del 1996¹⁴ come un individuo parte di:

- a) un contratto di lavoro subordinato (tradizionalmente inteso), oppure
- b) un qualsiasi altro contratto, sia esso stato formalizzato o no, attraverso il quale egli si sia impegnato personalmente allo svolgimento di un'attività in favore dell'altra parte, la quale non abbia lo *status* di cliente o di consumatore dei servizi o prodotti resi dall'individuo.

Vediamo come una definizione in questi termini¹⁵ porti al risultato di qualificare come rapporto di lavoro, ai fini delle tutele, ogni tipo di rapporto ad eccezione delle ipotesi di lavoro genuinamente autonomo. Connessa a questa definizione di *worker* è anche la *Section 23* dell'*Employment Relation Act* del 1999¹⁶, deputata a conferire al potere esecutivo la facoltà di estendere le tutele elencate a una fascia di lavoratori, quale determinata dallo stesso potere esecutivo, nei termini e nelle modalità che lo stesso potere esecutivo ritenga più opportune.

Il sistema italiano, coerentemente con la sua tradizione codicistica, non fornisce definizioni per il rapporto di lavoro parasubordinato altrettanto generalizzate. Il legislatore del 2003¹⁷ ha di fatto moltiplicato le forme contrattuali per il lavoro, e ha condotto l'area della parasubordinazione essenzialmente nel *contratto di lavoro a progetto*, cioè un contratto di lavoro in cui il nesso di dipendenza della prestazione rispetto all'impresa/datore di lavoro sarebbe da rinvenirsi nella presenza di un progetto o fase produttiva. In altre parole la collaborazione del lavoratore all'impresa viene qui qualificata da una sorta di «finalizzazione a un progetto», che, in modo pragmatico se vogliamo, elude il problema definitorio del tipo di dipendenza che il rapporto implica.

Il concetto di subordinazione è un concetto in sé ostico da definire, e varia in relazione alle peculiari circostanze di fatto che via via lo integrano. In passato l'elemento più indicativo della subordinazione poteva essere «il controllo»¹⁸ materiale esercitato dal datore sulla prestazione lavorativa, oggi l'estrema varietà delle forme di lavoro, delle relazioni che possono legare i prestatori alle imprese, rende il concetto di subordinazione non più definibile entro una categoria unitaria¹⁹.

In proposito, rileviamo come sia comune a entrambe le tradizioni qui prese in esame il fatto che né oggi, né in passato, sia stata conosciuta una definizione capace di cristallizzare il concetto di subordinazione: quest'ultimo è sempre stato oggetto di giurisprudenze oscillanti²⁰. Il medesimo problema si pone per le nuove fattispecie di lavoro, più o meno dipendente, coniate

dai legislatori nazionali.

Ora, una definizione di *employee*, di lavoratore subordinato, a livello europeo, potrebbe superare l'obsolescenza delle diverse definizioni nazionali, sostituendo ad esse una terminologia capace di coprire tutta l'area europea, nei limiti oggettivi del diritto del lavoro comunitario. Tale definizione sarebbe non di meno capace di influenzare le legislazioni nazionali nel medio lungo termine, il che produrrebbe una omogeneizzazione anche a livello di normativa domestica.

L'«obsolescenza» delle definizioni nazionali è qui considerata come un derivato del mutamento nelle dinamiche nei mercati del lavoro: i sistemi di diritto del lavoro nazionali, tanto quello italiano di *civil law*, quanto quello britannico di *common law*, solo parzialmente e in maniera frammentaria hanno adattato le rispettive discipline alla realtà della nuova economia. Gli elementi della nuova realtà economico-sociale che possono forse dirsi distintivi rispetto al modello tradizionale possono così riassumersi:

1. prevalente ricorso a forme di esternalizzazione che implicano contratti di lavoro complessi sotto il profilo soggettivo (intermediazioni, distacchi, ecc.);
2. mutamento nelle forme e nelle modalità della direzione e del controllo della prestazione da parte del datore di lavoro (tende a essere meno diretta e burocratizzata);
3. crescenti elementi di flessibilità nella gestione della forza lavoro (coordinamento tra vita lavorativa e vita sociale che implica una complessità del rapporto di lavoro sotto il profilo temporale).

Di questa complessità aggiunta, di questa molteplicità di fattori, il legislatore sarà chiamato a tenere conto nella ricerca di una possibile nuova formulazione degli elementi della subordinazione. Proprio per le mutate circostanze dei mercati del lavoro, più che di una subordinazione sarebbe opportuno parlare delle «*diverse subordinazioni*», o addirittura ripensare le categorie del diritto del lavoro al fine di estendere certe tutele anche ai lavoratori autonomi²¹.

Volendo però elaborare una categoria dettagliata di rapporto di lavoro, contenente gli elementi della subordinazione, non può che derivare una proliferazione delle categorie, cioè dei tipi contrattuali (tante «subordinazioni» per quanti sono gli elementi caratterizzanti).

In alternativa si possono elaborare categorie generali valide per tutti i rapporti che si intendano disciplinare (senza escludere il lavoro autonomo), mentre le forme contrattuali specifiche potrebbero essere dettagliate a livello applicativo, a un livello regolamentare più prossimo al rapporto in questione (contrattazione collettiva, processi di volontà assistita,

3.2. Una scelta di politica del diritto, che considera i diritti dei lavoratori come diritti di natura statutaria piuttosto che contrattualista

regolamenti ministeriali, ecc.). Su questo punto si fa un rinvio al paragrafo conclusivo.

Una qualsiasi definizione europea di lavoratore subordinato, estesa ai rapporti atipici, implicherebbe del resto il rischio di un conflitto di competenze tra autorità nazionali e autorità europee, non solo in virtù del principio di sussidiarietà, ma soprattutto in virtù dei diversi regimi contributivi (fiscali e previdenziali) che le legislazioni nazionali prevedono a seconda del tipo di rapporto.

Vi sono implicazioni di politica del diritto sulla opportunità di una definizione europea di *employee*, di lavoratore subordinato. Esse riguardano la concezione di fondo del diritto del lavoro e dell'intervento dello Stato (o delle entità sopranazionali) nella sua regolazione.

Per spiegare questo assunto occorre risalire al dibattito teorico sulla natura del rapporto di lavoro, alla questione, cioè, se il contratto di lavoro abbia natura statutaria/legale (in Italia si parla più in generale di teorie a-contrattualistiche) o abbia piuttosto una natura contrattuale²². Secondo la concezione a-contrattualista il fondamento del rapporto di lavoro non coincide con l'impianto sinallagmatico (similmente agli altri contratti di diritto civile), ma piuttosto esso trova il suo fondamento nell'esigenza protettiva del lavoratore coinvolto in una relazione impari, in una relazione di disparità nel potere contrattuale, quale solo un intervento eteronomo (sindacale, statale, ecc.) può risolvere. La concezione contrattualista muove invece dal presupposto contrario, e cioè che dal rapporto di lavoro derivino obblighi di natura contrattuale piuttosto che posizioni giuridiche soggettive riconosciute «a livello di ordinamento», di statuto; infatti si parla anche di posizioni contrattuali opposte a una posizione di *status*.

Ora, è un'osservazione pacifica la non proponibilità di una concezione contrattualista pura, del pari alla non proponibilità di una concezione statutaria pura: nessuno nega la compresenza di entrambe queste essenze nel moderno rapporto di lavoro²³. Meno pacifica è la questione sulla *prevalenza di un carattere piuttosto dell'altro*.

Si tratta di una questione che ripetutamente viene sollevata negli studi di diritto del lavoro, poiché porta in sé un dilemma di fondo, e cioè quanto e cosa distingue un contratto di lavoro dagli altri contratti a natura commerciale.

Questo dilemma si traduce, sotto il profilo delle fonti del diritto del lavoro, nella questione su quale debba essere il margine di interferenza delle norme eteronome sull'autonomia delle parti individuali.

Non di meno, la contrapposizione tra una concezione e l'altra

implica relative ripercussioni anche di ordine pratico/interpretativo, dal momento che l'apparato legale in questione può implicare una soluzione interpretativa diversa a seconda che si voglia leggere un contratto nella qualità di contratto oppure nella qualità di rapporto non autonomamente regolato (rapporto di lavoro come *status*); per quanto riguarda il sistema italiano, per fare un esempio, una tradizione prevalentemente statalista è posta a fondamento degli argomenti della Corte Costituzionale sul «principio di non disponibilità del tipo legale» da parte dei soggetti del rapporto²⁴: le parti non possono invocare una certa disciplina legale quando l'assetto reale del rapporto di lavoro dalle stesse eseguito faccia emergere un tipo legale cui è connessa una disciplina diversa (per esempio non possono le parti accordarsi per disciplinare il proprio rapporto come un rapporto di lavoro a progetto quando sussistano, nella fattispecie concreta, tutte le caratteristiche di un rapporto di lavoro subordinato).

Nel sistema inglese, per fare un altro esempio, una delle distinzioni praticamente più rilevanti in termini di tutela giudiziaria, è appunto quella della natura contrattuale oppure statutaria dello specifico diritto chiamato in causa: si devono seguire due diversi binari processuali, due diverse giurisdizioni, a seconda che si tratti di un diritto che trova la sua origine nel sistema di *common law* (diritto comune e «dei contratti» potremmo qui specificare ai fini della comprensibilità del discorso) oppure nel sistema statutario (degli *Statutes*). Da un lato ci sono le corti civili competenti in materia di diritti originate nella *common law* e dall'altro ci sono i tribunali del lavoro che invece sono competenti per questioni connesse a diritti di origine statutaria²⁵.

Il dibattito sulla origine del rapporto di lavoro è pertanto pertinente alle logiche di riforma del diritto del lavoro.

La definizione di *employee*, o di lavoratore inteso in senso progressista, in seno europeo, andrebbe certamente a pro di una visione statutaria del diritto del lavoro, coerentemente anche con le linee del Rapporto Supiot della Commissione Europea del 1999²⁶.

C'è una questione di carattere pratico che è nondimeno sottesa al problema qualificatorio. Si tratta del costo economico derivante dalla erronea qualificazione dei rapporti di lavoro, una questione cui la tradizione anglosassone è più sensibile di quella italiana in virtù di un approccio culturale più pragmatico ed economicistico.

Come noto la qualificazione del rapporto di lavoro in un tipo normativo o nell'altro implica strutture di prelievo fiscale e previdenziale diverse; è un fatto comune alla tradizione inglese e

3.3. La considerazione dei costi economico-sociali che derivano dalla erronea qualificazione dei rapporti

a quella italiana il prevedere diversi livelli di contribuzione previdenziale/fiscale a seconda che il reddito da lavoro considerato sia di tipo autonomo o subordinato (e ai fini contributivi sono state disposte normative peculiari per i lavoratori atipici²⁷). Or dunque, la non corretta qualificazione di un rapporto di lavoro, nel suo iniziare o nel suo essere rinnovato, porta con sé costi economico-sociali rinvenibili non solo in capo alle parti private, ma anche in capo allo Stato.

Studi americani²⁸ ci consegnano infatti delle analisi dimostrative dell'urgenza (in termini di risparmio) per gli attori interessati (Stato, imprese, lavoratori e operatori dei mercati del lavoro in generale) di una rilettura delle categorie giuridiche che precluda abusi e storpiature generate dalla non corretta qualificazione dei rapporti di lavoro. In particolare è stato osservato come il fenomeno della erronea qualificazione del rapporto di lavoro, se da un lato è destinato a crescere perché in prima battuta costituisce un vantaggio economico per l'impresa che risparmia sulle trattenute fiscali e previdenziali, nel più lungo periodo produce un effetto ritorsivo contro le stesse imprese, causato da fattori quali:

- malcontento dei lavoratori non correttamente inquadrati che saranno sempre più incentivati ad agire giudizialmente e incremento delle spese legali connesse;
- incremento dei controlli ad opera dello Stato sul fronte dell'evasione fiscale nonché degli enti previdenziali sul fronte delle evasioni previdenziali con il connesso obbligo di pagamento delle sanzioni amministrative (tal volta penali) accertate²⁹;
- inasprimento delle rivendicazioni sindacali e quindi incremento dei costi connessi al confronto sindacale.

Tutti questi fattori possono essere elencati per motivare in primo luogo le imprese a prendere precauzioni contro quelli che si delineano come costi futuri potenzialmente ben più alti del risparmio derivante dalla qualificazione di un rapporto come autonomo in luogo di un rapporto dipendente.

La precauzione raccomandata³⁰ per fronteggiare questo effetto ritorsivo è quella di operare una valutazione preliminare accurata sul tipo di relazione di lavoro che si intende instaurare (o modificare). In altre parole viene consigliato di avvalersi della migliore consulenza preventiva per individuare la formula contrattuale effettivamente più consona per la posizione da coprire.

Questa «terapia prevenzionale» non ha nulla a che vedere con una possibile definizione europea di *employee*. Una definizione a livello europeo, se contribuirebbe a dare uniformità al modello di rapporto di lavoro subordinato – magari estendendolo anche a rapporti parasubordinati – non sarebbe risolutiva sul fronte del

4. Conclusioni

problema concretamente qualificatorio, perché i soggetti coinvolti sarebbero ancora nella difficoltà di inquadrare il loro rapporto di lavoro in un modello piuttosto che in un altro.

La giurisprudenza europea fornisce dunque una definizione di lavoratore (sebbene utilizzata solo ai fini dell'applicazione dei diritti fondamentali comunitari).

Mancano, a livello comunitario, elementi legislativi/statutari atti a fornire elementi sul fronte del problema qualificatorio delle relazioni di lavoro.

Il Rapporto della Commissione Europea del 1999 che fa capo a Alain Supiot argomenta per la necessità di un salto radicale verso una nuova concezione dei diritti dei lavoratori che sia stabilita nel riferimento a posizioni individuali di *status*. Per converso però abbiamo riscontrato che:

1. il problema della classificazione e della qualificazione dei rapporti di lavoro è stato fronteggiato, tanto a livello nazionale quanto a livello europeo, non tanto attraverso codificazioni, ma attraverso il contributo della giurisprudenza che, sia oggi come in passato, ha costituito l'unico insostituibile riferimento normativo per la definizione delle mutevoli relazioni di lavoro;

2. il rapporto di lavoro è qualcosa che per sua natura, per la sua naturale caratteristica evolutiva e per il suo rispecchiare le imprevedibilità del mercato del lavoro, fugge la cristallizzazione entro categorie rigide. Anche a voler dare una definizione europea di lavoratore di stampo più o meno progressista, quindi più o meno capace di abbracciare le aree della parasubordinazione, i problemi qualificatori rimarrebbero. Anzi, forse aumenterebbero, come sono aumentati con l'introduzione in Italia di nuove forme contrattuali e come sono aumentate in Gran Bretagna con il riferimento alla più ampia categoria dei «*workers*» come lavoratori potenzialmente sia subordinati che parasubordinati.

Di qui l'esigenza di riferirsi, più che alla codificazione di tipi legislativi cristallizzati, a categorie giuridiche nuove di tipo flessibile, adattabili alle diverse realtà lavorative al fine di una maggiore aderenza delle norme alle fattispecie concrete. Il dibattito sulle nuove categorie giuridiche dovrebbe perciò riguardare gli elementi fondanti che strutturano il rapporto di lavoro nel senso che lo rendono meritevole di tutele fondamentali; non solo il tipo di dipendenza che può legare lavoratore e imprenditore, ma anche la natura dell'impresa, la continuità del rapporto e così via. Il dibattito scientifico sulle nuove categorie del diritto del lavoro non può quindi andare se non in parallelo con il dibattito politico su quale debba essere il raggio delle tutele fondamentali.

La dottrina italiana si riferisce in modo uniforme al concetto

generico di «*rapporto di lavoro*», in Gran Bretagna si è fatto riferimento alla categoria del «*personal employment contract*»³¹, a una «*employment relationship*»³². Il riferimento a categorie così generali consentirebbe di estendere l'area del diritto del lavoro al di là del lavoro solo subordinato.

La definizione di lavoratore (*worker*) data dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia³³ indica quali elementi essenziali del rapporto quello di una relativa temporalità, un elemento direttivo e un elemento retributivo, e in questo suo carattere generale potrebbe calzare al proposito. Ma poco o nulla aggiunge sotto il profilo qualificatorio/classificatorio, nel senso che tutti i più specifici elementi – ai quali poi saranno connesse tutele diverse (per esempio obblighi di orario al di là dei massimi, carattere del controllo e della direzione al di là dei limiti consentiti, tipo di retribuzione al di là dei minimi, ecc.) – sarebbero non di meno lasciati all'interpretazione dei soggetti interessati e in ultima analisi del giudice.

Il problema qualificatorio non ci sembra insomma risolvibile a livello di codificazione, quanto più a un livello extralegislativo, tale da fare salva la possibilità di adattare il modello normativo al caso pratico. In questa direzione è andata la riforma italiana del 2003 con lo strumento della certificazione preventiva dei contratti di lavoro³⁴; similmente si riportano i dati convincenti dell'attività di consultazione e conciliazione della ACAS per il Regno Unito³⁵.

Si tratta di una impostazione che può costituire un compromesso tra posizioni contrattualiste e posizioni stataliste/legaliste, in quanto al legislatore rimangono da definire i punti di fatto e i nessi rilevanti per la formulazione delle categorie concettuali e alle parti la possibilità di adattarvisi nei limiti della derogabilità consentita dall'ordinamento.

Il legislatore (europeo) non è così esonerato dal formulare tipi normativi, ma sarebbe forse più opportuno che egli formulasse categorie definitorie generali e malleabili sulle diverse relazioni di lavoro, in maniera da garantire una continuità di disciplina in caso di rapporti non continuativi o in caso di mutamenti negli elementi specifici di un rapporto continuato e così via. Questo potrebbe garantire una maggiore aderenza normativa alle esigenze effettive dei soggetti interessati.

L'obiettivo di armonizzazione e semplificazione dell'ordinamento giuridico dovrebbe forse ricercarsi, in altre parole, non nella proliferazione dei tipi normativi, ma nel rinvenimento di *categorie concettuali trasversali*, codificate e legalizzate, connesse a dati livelli di tutela, la cui specificazione dovrebbe avvenire però a livello contrattuale, caso per caso, *in processi qualificatori e classificatori preventivi o comunque disposti «in prossimità» dello svolgimento concreto del*

rapporto. A questo livello più specifico e dettagliato della forma del rapporto, saranno connessi altri livelli di tutela.

La rimodulazione delle tutele, anche a livello europeo, avverrebbe quindi in conseguenza a questa riscrittura del sistema delle relazioni di diritto del lavoro.

Prima ancora della rimodulazione delle tutele, l'introduzione di nuove categorie generali per il rapporto di lavoro (tutt'altro che di semplice definizione), implicherebbe la riscrittura e la (ri)sistemazione (processo di «*restatement*») delle tutele come attualmente date ed esistenti³⁶.

Ovviamente si tratterebbe di un processo tutt'altro che immediato, e che richiederebbe uno sforzo intellettuale notevole da parte dei giuslavoristi. Questo processo, come già detto, non può che affiancarsi al dibattito sulla individuazione dei diritti fondamentali come diritti irrinunciabili e per converso sulla individuazione dei diritti disponibili.

Una dottrina che muove in questa direzione è quella di Mark Freedland, da anni impegnato sul fronte della disciplina sul contratto di lavoro in Gran Bretagna, il quale, pur non essendo ancora approdato a una tesi finale e definitiva sul tema della riforma (la tematica, per la sua complessità avrà bisogno ancora di molta analisi) ha raggiunto convincenti elementi definitivi ai quali si rinvia³⁷. È qui di particolare interesse la concettualizzazione, accanto alla «famiglia dei rapporti di lavoro», di un *personal work nexus*, una sorta di nesso contrattuale specifico, ovvero una chiave di lettura delle varie connessioni e delle differenze che esistono tra un rapporto di lavoro e l'altro, nel dato superamento della dicotomia tra lavoro autonomo e lavoro dipendente. Il nesso contrattuale specifico varia al variare della continuità della prestazione, della natura dell'imprenditore, del carattere personale della prestazione, lo scopo del contratto e così via.

* *Barbara Grandi è Avvocato del Foro di Napoli.*

¹ *European Constitution*, Part I, art. I.11.

² La sentenza leader di una giurisprudenza ormai costante fu la *Lawrie Blum* del 1986, C-66/85, §§ 16 e 17, in *Racc.*, 2121. Si veda anche C-176/96, *Lehtonen e Castors Braine* (2000), § 45, in *Racc.*, I-2681; C-138/02, *Collins* (2004), § 26, in *Racc.*, I-2703; C-456/02, *Trojani* (2004), § 15, in *Racc.*, I-7573; recentemente C-392/05, *Alevizos* (2007), § 67, in *Racc.*, I-0000.

³ Art. 2094 c.c. «È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga, mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale e manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore».

⁴ *Employment Rights Act*, 1996, 230, 1 e 2. «An individual who has entered into or works under [...] a contract of employment»; «the contract of employment is [*a sua volta*] a contract of service or apprenticeship, wheter express or implied and (if expressed) whether oral or in writing».

⁵ Art. 2.

⁶ Art. 1, art. 6.

⁷ Art. 2.2.

⁸ Art. 1.

⁹ C-53/81, *Levin* (1982), § 16, in *Racc.*, 1035; C-344/87, *Bettray* (1989), §§ 15 e 16, in *Racc.*, 1621; C-188/00, *Kurz* (2002), § 32, in *Racc.*, pag. I-10691; C-456/02, *Trojani*, cit., § 16.

¹⁰ C-256/01, *Allonby* (2004), in *IRLR*, 224; C-53/81, *Levin*, cit., anche in *ECR*, 1035.

¹¹ Oggi il riferimento va alla *European Constitution* (Part II), entrata in vigore gli Stati membri ratificanti nel 2006.

¹² In mancanza di una codificazione dei contratti, nella *common law* i giudici hanno avuto maggiore spazio e maggiore flessibilità nel ricostruire, *ex post*, le «fattispecie rapporto di lavoro».

¹³ La nozione di *worker* è stata utilizzata per la tutela sui livelli di retribuzione minimi (*National Minimum Wage Act*, 1998), in relazione ai limiti all'orario di lavoro (*Working Time Regulation*, 1998); troviamo un riferimento anche in materia di lavoro parziale, il diritto alla parità di trattamento è stato infatti considerato in ordine a tutti i lavoratori (*Part-time Workers – prevention of less favourable treatment – Regulation*, 2000).

¹⁴ È rinvenibile una definizione nell'*Employment Rights Act*, 1996, *Section 230* (3): «worker means and individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under) a] a contract of employment or b] any other contract, whether expressed or implied and (if express), whether oral or in writing, whereby an individual undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or undertaking carried on by the individual; any reference to a worker's contract shall be construed accordingly».

¹⁵ *Byrne & Brothers (Formwork) Ltd v. Baird* (2002), in *IRLR*, 96, è la sentenza che più ha fatto chiarezza sull'estensione dell'apparato normativo di tipo protettivo ai lavoratori (*workers*), intesi come lavoratori semi-dipendenti, stabilendo che «The reason why employees are thought to need such a protection is that they are in a subordinate and dependent position vis-a-vis their employer: the purpose of the Regulation is to extend the protection to workers who are substantively and economically, in the same position». Per una lettura critica di questa giurisprudenza in senso progressista, si veda G. DAVIDOV (2005) *Who is a Worker?* 34, *Industrial Law Journal*, 57.

¹⁶ *Employment Relation Act*, 1999, *Section 23*, *Power to confer rights on individuals*.

«1) This section applies to any rights conferred on an individual against an employer (however defined) under or by virtue on any of the following [Trade Union and Labour Relations – Consolidation – Act 1992; Employment Rights Act 1996; Employment Act 2002; Employment Relations Act 1999; any instrument made under section 2(2) of the European Community Act 1972].

2) The Secretary of the State may by Order make provision which has the effect of conferring any such right on individuals who are of a specified description.

3) The reference in subsection 2 to individuals includes a reference to individuals expressly excluded from exercising the right.

4) An order under this section may: A provide that individuals are to be treated as parties to workers' contracts or contracts of employment, B make provision as to who are to be regarded as the employers of individuals, C make provision which has the effect of modifying the operation of any right as conferred on individuals by the order; D include such consequential, incidental or supplementary provision as the Secretary of the State may think fit».

¹⁷ D.lgs. n. 276/2003, art. 61 ss.

¹⁸ Qui usiamo il termine di controllo nel suo significato più prossimo all'accezione inglese di «control».

¹⁹ Può essere utile alla lettura di questo approfondimento ricordare la «*querelle*» anglosassone sulla natura della questione della classificazione del rapporto, ovvero l'interrogativo se si tratti di una questione di fatto oppure di una questione di diritto, con il diverso regime processuale che ne segue. La questione si pone sui fatti fintanto che questi devono essere fatti emergere dalla fattispecie concreta, e si pone in termini di diritto nel momento in cui i fatti emersi devono essere ricondotti al tipo normativo.

²⁰ Per la maggiore giurisprudenza sugli indici rivelatori della c.d. eterodirezione si rinvia all'elenco riportato da A. VALLEBONA, *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, Giappichelli, 2005, 5 ss., oltre che alle sentenze Cass. n. 9151/2004; Cass. n. 9111/2005; Cass. n. 9892/2005; C. Cost. n. 121/1993; C. Cost. n. 115/1994.

Sui test rivelatori di un *employment contract* si faccia riferimento alle più recenti *Cable & Wireless plc v. Muscat* (2006), in *IRLR*, 354; *James v. London Borough of Greenwich* (2007), in *IRLR*, 168; *Wood Group Engineering (North Sea) Ltd v. Carena Robertson*, EAT, 9th July 2007 Appeal n. UKEATS/0081/06/MT, *unreported*; oltre alle più datate ma non meno importanti *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v. Minister for Pensions and National Insurance* (1968), in *QB*, n. 2, 497, 515; *Carmichael v. National Power plc* (2000), in *IRLR*, 43; *O'Kelly v. Trusthouse Forte plc* (1983), in *ICR*, 728; *Market Investigations Ltd v. Minister of Social Security* (1969), in *QB*, n. 2, 173; *Hall v. Lorimer* (1994), in *IRLR*, 171; *McMeechan v. Secretary of the State for Employment* (1995), in *IRLR*, 461; *Montgomery v. Johnson Underwood Ltd* (2001), in *IRLR*, 269; *Dacas v. Brook Street Bureau (UK) Ltd* (2004), in *IRLR*, 358.

²¹ In questo senso si ricorda la raccomandazione del Consiglio del 18 febbraio 2003, n. 2003/134, sulla necessità di disporre la tutela per la salute e la sicurezza anche ai lavoratori autonomi.

²² Elementi sul dibattito sono rinvenibili in G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960; B. HEPPLÉ, *Resstructuring Employment Rights*, in *ILJ*, 1986, n. 15, 69; M. FREEDLAND, *The personal employment contract*, Oxford University Press, 2003, 522.

²³ S. DEAKIN, G. MORRIS, *Labour law*, Hartpublishing, 2005, 121 ss.

²⁴ C. Cost. n. 121/1993; C. Cost. n. 115/1994.

²⁵ Il sistema giudiziario per le controversie di lavoro prevede in Gran Bretagna i due binari della giurisdizione civile (*Common law Courts*) e della giurisdizione speciale (*Employment Tribunals*); si tratta di una separazione di competenze che rispecchia in prevalenza la natura della norma la cui applicazione sia chiamata in causa: i diritti di origine contrattuale seguono il binario delle *Common law Courts* e i diritti di origine statutaria seguono il binario degli *Employment Tribunals* (con la grossa eccezione data dalla possibilità, introdotta con una riforma del 1994 che mira a estendere il diritto a un processo meno costoso per il cittadino, di discutere davanti agli *Employment Tribunals* anche le controversie che, pur fondate su norme contrattuali, siano corrispondenti a una domanda di valore inferiore a 25 mila sterline, purché il rapporto di lavoro sia terminato).

²⁶ A. SUPIOT, *Beyond Employment: changes in work and the future of labour law in Europe*, Oxford University Press, 2001.

²⁷ Sul fronte inglese previdenziale si veda il *Social Security Contributions and Benefit Act*, 1992, *Sections 1, 2, 122*; sul fronte fiscale si veda la *Income Tax (Earning and Pensions) Act*, 2003, *Part 11*.

²⁸ S. GREENHOUSE, *Investigating mislabeling of workers*, in *The New York Times*, 9th June 2007; T.R. BUNDY, *Worker misclassification: the next big legal concern?*, in *Employee Relations Law Journal*, Winter 2007, vol. 33, n. 3, 18.

²⁹ Malgrado questo fattore di rischio, nel contesto italiano, possa far sorridere qualcuno, un intervento incisivo quale quello del d.lgs. n. 124/2004 (artt. 12 ss.) sull'attribuzione di poteri esecutivi agli organi ispettivi dell'Inps è una prova forte di come si stia parlando, anche in Italia, di una tendenza verso un regime più rigoroso sul fronte della lotta all'evasione.

³⁰ T.R. BUNDY, *op. cit.*

³¹ M. FREEDLAND, *op. cit.*

³² J. GAYMER, *The employment relationship*, Sweet and Maxwell, 2001.

³³ Riportata la massima nel § 2.

³⁴ Artt. 75-84, d.lgs. n. 276/2003.

³⁵ *Advisory Conciliation and Arbitration Service (ACAS)*, in www.acas.org.uk.

³⁶ Si veda M. FREEDLAND, *op. cit.*

³⁷ Alla cui analisi questo approfondimento è particolarmente tributario, M. FREEDLAND, *Application of labour and employment law beyond the contract of employment*, in *International Labour Review*, 2007, vol., 146, nn. 1-2.