

# LA DEFINIZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO: IL METODO COMPARATO FA DISCERNERE TRA GIUDIZIO E PREGIUDIZIO

di **Barbara Grandi**

*1.Premessa. 2. Il rapporto di lavoro dipendente nella civil law e nella common law, matrici comuni. 3.Contesto dei fatti e circostanzialità. 4.Circostanze e valori: nessuna antitesi. 5.Il contesto del problema definitorio; dove nasce la dialettica tra concezioni unitarie e pluraliste. 6.Contenimento del problema interpretativo: pluralità di tecniche a fronte di un problema unico. 6.1.L'interpretazione: l'interesse della Giustizia. 6.2 Qualificazione del rapporto: l'interesse privato. 6.3 Definizioni legislative: l'interesse della politica.*

1. Il problema della definizione del rapporto di lavoro deve essere affrontato calandosi nella complessità del nuovo contesto globale.

L'analisi comparata costituisce, di per sé, un metodo necessario nella ricerca di avanzamenti della materia giuslavorista nella realtà globalizzata: il confronto con altri ordinamenti porta alla valutazione delle diverse istituzioni giuridiche in termini di “risultato” (lo *ius condito* dell'ordinamento straniero), genera quindi giudizi di somiglianza o di difformità tra istituzioni, possibilmente anche dei giudizi valoriali delle scelte di tecnica legale.

Il metodo che qui si propone mira a fornire una prospettiva che comprenda non solo e non tanto i risultati ottenuti, ma anche e soprattutto “le opportunità” evolutive legate al processo di comparazione tra common law e civil law.

E' stato sostenuto come non sia opportuno considerare i diversi ordinamenti con il fine di verificare quale sia il migliore<sup>1</sup>, ma due ordinamenti diversi possono bene essere considerati nel loro complesso allo scopo di disporsi alla reciproca intercomunicazione<sup>2</sup>.

Tra le finalità di questo studio c'è appunto quella di rendere comunicanti le tradizioni giuridiche considerate, la civil law continentale e la common law degli ordinamenti anglosassoni, e suggerisce a tal fine al giurista di *darsi finalità “espressamente” diverse a seconda della prospettiva temporale in cui il fenomeno sia osservato, non prima di avere*

---

<sup>1</sup> Veneziani, 1992, 28.

<sup>2</sup> L'intercomunicazione è del resto tra gli obiettivi impliciti dell'Agenda Sociale di Lisbona e del c.d. metodo aperto di coordinamento, che richiama processi di soft law la cui appropriatezza deve essere ponderata alla luce della “legittimazione democratica delle decisioni prese a livello europeo e nazionale e di conformità di tali decisioni ai diritti fondamentali sanciti a ciascun livello” (Barbera, 2006).

*scomposto lo stesso fenomeno nelle tre dimensioni elementari del fatto, della categoria definitoria e dell'effetto giuridico.* La considerazione "implicita" delle diverse finalità di scopo della definizione di un istituto giuridico ha determinato sovente, di contro, la cristallizzazione di processi interpretativi non comprensibili né comunicabili in un'ottica comparata (quando non anche distorti sotto il profilo dell'argomentazione logica), sebbene il trovarsi in contesti di fatto assimilabili.

Nel perseguire il fine dell'intercomunicazione, è importante rilevare quella che forse costituisce, sotto il profilo della tecnica giuridica, la distanza di fondo tra questi due ordinamenti: da un lato una concezione unitaria-uniforme (tipica dell'ordinamento di civil law continentale centrato sul primato della legge statale e del contratto collettivo con efficacia generalizzata)<sup>3</sup> e dall'altro una concezione pluralista (familiare all'approccio di common law con plurime fonti non gerarchizzate).

Questa seconda prospettiva, in una prospettiva di civil law, incute il timore di compromettere il valore della parità di trattamento, ovvero di un principio egualitario quale individuato nel diritto del lavoro dei sistemi di ispirazione socialista.

Il carattere non sistematico dell'ordinamento anglosassone si pone come un ostacolo alla sua considerazione da parte del giurista continentale, data la sua alienità rispetto all'idea di un diritto del lavoro unico e uniforme, secondo i canoni della prevalente cultura istituzionalista-trascendentale<sup>4</sup>.

Se giudichiamo dalla grande espansione del diritto antidiscriminatorio nell'ordinamento inglese e americano, oltre che dalla più spiccata componente liberale nell'idea di giustizia sociale propria di questi paesi, potremmo rilevare che non si tratti di una presa di distanza peregrina.

Ma vedremo che la linea tra giudizio e pregiudizio sul diritto del lavoro inteso come diritto efficacemente protettivo possa essere meglio individuata attraverso le lenti del "metodo scompositore" proposto: la Giustizia per sua stessa definizione non può prescindere dal "fatto accaduto" mentre prima del fatto non vi è che il mero pregiudizio.

2. Tanto negli ordinamenti di common law quanto negli ordinamenti di civil law, possibili esempi, rispettivamente, dei sistemi giuridici continentale e anglosassone se presi nelle loro comuni matrici determinanti, il tema della dipendenza è così legato ai caratteri distintivi del diritto del lavoro che quasi si può dire coincida con esso.

Due caratteri della materia possono dirsi costituire una comune matrice di ciascun ordinamento: l'essere un diritto vivo e permeabile dalla realtà economico sociale e l'essere una normativa a carattere tendenzialmente inderogabile, dal che deriva una sorta di discrepanza fisiologica tra fatti e normativa.

---

<sup>3</sup> Zoppoli, 2005; il tema è toccato viceversa anche nella dottrina anglosassone (Honeyball, 2005; Brodie, 2001).

<sup>4</sup> Sen, 2009, 39.

Sul primo carattere la dottrina spesso si sofferma per distinguere questa materia da settori meno permeabili dalle relazioni sociali come il diritto civile. Sul carattere inderogabile, si è soliti affermare che i diritti che la legge assegna al lavoratore non sono superabili *in pejus* dalla volontà delle parti private, nei limiti dettati da esigenze di interesse generale peculiari (tipicamente viene valutata come tale l'opportunità di salvaguardare il livello occupazionale attraverso il peggioramento delle condizioni contrattuali), e questo in virtù della loro natura protettiva.

Questa considerazione di fondo vale tanto per i sistemi di civil law quanto per i sistemi di common law (dove si parla di una *mandatory nature of labour law* o di *inderogability* delle leggi sul lavoro).

Il carattere prevalentemente inderogabile delle norme lavoristiche cui qui si fa riferimento è quello, di cui si hanno tracce nel sistema italiano come nel sistema anglosassone, che interessa il rapporto tra contratto individuale e disposizioni legali<sup>5</sup>.

In Italia il dibattito sui margini dell'inderogabilità ha avuto un impatto politico maggiore di quanto non lo abbia avuto nella realtà anglosassone in considerazione della diversa concezione del sistema delle fonti, del diverso ruolo giocato dalla contrattazione collettiva, italiana e britannica, nella disciplina del rapporto (in particolare nell'individuazione del livello delle protezioni minime<sup>6</sup>) e più in generale nella diversa concezione della giustizia sociale (egualitarista-statalista in Europa, liberale e policentrica nei paesi di common law).

Il carattere dell'inderogabilità a livello internazionale emerge come espressione del principio del "primato dei fatti" (*primacy of facts*) in punto di interpretazione del rapporto di lavoro, quale i giudici sono tenuti ad applicare a prescindere in questo senso da una norma espressa, ed a prescindere dalla struttura gerarchica delle fonti e dalla qualificazione operata dalle parti<sup>7</sup>.

Nel sistema giuridico osservabile in Gran Bretagna, dove manca un quadro costituzionale formale-categorico<sup>8</sup>, l'inderogabilità delle norme sul contratto di lavoro dipendente è argomentabile in diversi momenti del funzionamento del sistema.

In primo luogo l'inderogabilità si lega alla considerazione della supremazia della fonte parlamentare che si pone, analogamente ai sistemi di civil law, a condizionare l'autonomia contrattuale dei soggetti privati nel momento in cui attribuisce diritti alla persona del lavoratore dipendente e non altrettanto al lavoratore autonomo<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Non si entra nella più complicata questione dei rapporti di inderogabilità/derogabilità tra legge e contratto collettivo o tra contratto collettivo e contratto individuale, che richiede una trattazione comparata a parte (sul tema, Veneziani, 1986).

<sup>6</sup> In Italia il contratto collettivo è la fonte che individua, di fatto, protezioni essenziali come il trattamento salariale minimo - mentre in Gran Bretagna questo è compito della legge.

<sup>7</sup> Conferenza ILO, 91th Session, 2003, The scope of the employment relationship.

<sup>8</sup> In Italia si è soliti parlare, in modo improprio, in termini di c.d. indisponibilità del tipo contrattuale (Corte Costituzionale con due sentenze, la n. 12/1993 e la n. 115/1994).

<sup>9</sup> Ma si veda anche, quale disposizione espressa, ERA 1996, Sec. 203 (*Restriction on contracting out*) (1) *Any provision in an agreement (whether a contract of employment or not) is void in so far as it*

La *mandatory nature of law* evoca non di meno il perpetuo evolversi della common law nel suo cogliere l'irrelevanza della forma contrattuale scelta dalle parti ogni qual volta quella sia usata a fini elusivi delle disposizioni legali e delle varie garanzie emergenti anche da fonti regolamentari secondarie. Più specificamente, a presidio di una inderogabilità delle norme sul lavoro dipendente, alla stregua di una sostanziale impossibilità giuridica di regolare il rapporto in violazione di principi superiori, si pone quella parte della common law atta a negare l'effetto di clausole pattizie. Ad esempio, i giudici possono invocare una *public policy*, concepita alla stregua di un interesse pubblico invalicabile, solitamente riferibile a questioni che involgono direttamente la tutela della persona, per ritenere che le parti avessero inteso, implicitamente (*implied terms*) farvi fronte<sup>10</sup>.

Dalla natura del diritto del lavoro come diritto vivo e permeabile e allo stesso tempo tendenzialmente inderogabile, consegue una considerazione: quella dell'esistenza di una sorta di discrepanza fisiologica tra fatti e norme nell'evoluzione del rapporto di lavoro. La natura dinamica del rapporto di lavoro, accanto al carattere rigido-inderogabile della disciplina, fanno emergere, in altre parole, una sorta di inevitabile tendenziale "contrazione interna" a seconda che si consideri il rapporto dal punto di vista economico/sociale oppure dal punto di vista normativo.

Questa discrepanza impone necessariamente all'interprete di un rapporto di lavoro l'interrogativo di quale sia il proprio punto temporale di osservazione, di quale sia il punto di dissociazione tra fatti e norme e quale sia, o debba essere, il punto di convergenza tra queste diverse dimensioni, al fine di chiarire fino a che punto la discrepanza sia effettivamente fisiologica e quando cominci, invece, un fenomeno patologico, come accade nei casi di uso improprio della formula contrattuale.

3. Possiamo ora individuare il problema concreto cui si deve fare fronte: definire il rapporto di lavoro dipendente in un'epoca in cui tutti gli ordinamenti giuridici riscontrano la laconicità, l'inadeguatezza delle definizioni normative di rapporto di lavoro dipendente al vaglio con il nuovo modello post-fordista.

Come noto il problema della definizione del rapporto di lavoro dipendente emerge in tutto il mondo essenzialmente in due forme: *in forma fisiologica*, legata all'emergere di rapporti nel mondo delle relazioni c.d. terziarizzate, in cui la cui natura puramente etero diretta, subordinata in senso tecnico, tende a essere sostituita all'interno di relazioni che partecipano sia del carattere della dipendenza che

---

*purports - (a) to exclude or limit the operation of any provision of this Act, or (b) to preclude a person from bringing any proceedings under this Act before an industrial tribunal.*

<sup>10</sup> In *Lane v Shire Roofing Ltd* (1995) un lavoratore dichiarato autonomo è stato risarcito per danni dal committente che pur non aveva presieduto alla sua sicurezza.

dell'autonomia (parasubordinazione genuina) oppure *in forma patologica*, nei casi di abuso delle forme giuridiche della tradizionale autonomia (in Italia la norma di riferimento è l'art. 2222 c.c. e il caso è quello dell'abuso delle c.d. partite iva o delle c.c. collaborazioni coordinate e continuative) per nascondere forme di lavoro sostanzialmente dipendenti.

Per risolvere il problema, dobbiamo calarci nel contesto che lo genera e che lo contiene.

Il problema della definizione della dipendenza è un *insieme complesso di fatti* (tempo di lavoro predefinito, mansioni svolte e direttive di dettaglio, uso dei mezzi di produzione di proprietà del datore di lavoro, retribuzione percepita con scadenze regolari, etc.), di *concetti giuridici* (dipendenza funzionale, economica, etc.) e di *effetti giuridici* (le norme che producono effetti sulla fattispecie: diritto alla retribuzione equa e sufficiente, obbligo di fedeltà, obbligo di sicurezza etc.). In questo sta l'anello di congiunzione tra l'ordinamento (italiano) continentale e l'ordinamento (britannico) anglosassone: entrambe queste realtà possono essere scomposte nelle dimensioni che si sono appena richiamate: fatti, concetti giuridici o categorie definitorie, effetti normativi.

Il tema della dipendenza affrontato nella sua forma fisiologica (parasubordinazione genuina) pone un problema al livello dei presupposti di fatto (cioè: in fatto la relazione è di semidipendenza). Dall'altro lato lo stesso tema preso nella forma patologica pone un problema al livello degli effetti normativi (qui si tratta della solita dipendenza ma le parti mirano a qualificarla nel senso dell'autonomia per eludere gli effetti normativi propri della subordinazione). E' chiaro che diverse devono essere le risposte a questi due diversi problemi.

Dunque la scomposizione di cui si è detto è lo strumento metodologico che ci consente, in primo luogo, di confrontare i due ordinamenti senza cadere nella superficiale credenza per cui, dal momento che il sistema continentale ha un diritto codificato basato su fattispecie astratte, unitarie, mentre il diritto anglosassone è un diritto casistico, la comparazione diretta rischia di essere un esercizio sterile poiché non supportato da fondamenti giuridici comuni e confrontabili.

Il concetto che viene "in soccorso" per rappresentare un ponte di congiunzione tra la tipica "fattispecie astratta" del sistema continentale (che viene calata sulla fattispecie concreta) e il discorsivo ragionamento giuridico della common law (che viene calato sul caso pratico), è quello di "categoria definitoria" (*definitional category*)<sup>11</sup>.

Qui sotto si propone una illustrazione in forma grafica di questo contesto. Accanto agli elementi "fermi" che costituiscono l'insieme (fatti, categorie ed effetti) troviamo anche un "un processo", ovvero un insieme di attività intellettuali indispensabili per connettere i tre "elementi fermi": quella dell'interpretazione dei fatti, quella della definizione della

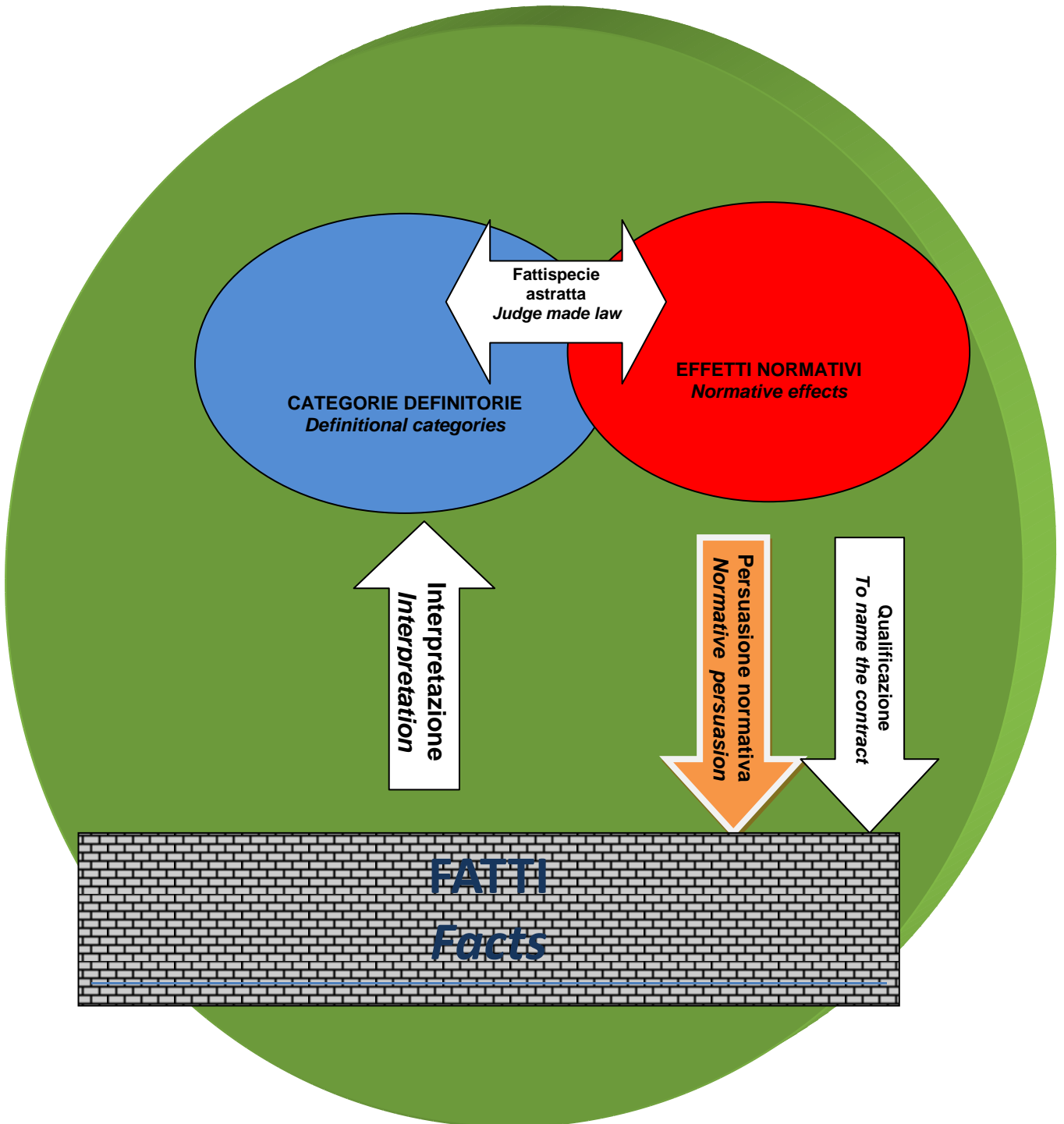
---

<sup>11</sup> Freedland, 2007.

fattispecie o dell'elaborazione dell'argomento del giudice (con funzioni normative nella case law) quella della qualificazione operata dalle parti in procinto di eseguire il rapporto. Si segnala anche l'effetto di persuasione della norma, la sua capacità cioè di incidere sul verificarsi dei fatti-comportamenti.

## LA DEFINIZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO : ELEMENTI e PROCESSO

*To define the employment relationship: the elements and the process*



Definito così il contesto di partenza, è già intuibile che l'antitesi tra una concezione unitaria e una concezione pluralista applicate al rapporto di lavoro, di per sé sia una retorica fuorviante per la comprensione del problema e per la ricerca delle tecniche rimediali.

L'unitarietà concerne a ben vedere il contesto per intero, l'unità e la comunanza si osservano cioè, nella common law come nella civil law, nell'osservazione dei fatti, nella tensione verso possibili categorie definitorie, nello studio di (possibilmente diverse) categorie legislative. D'altra parte, una concezione plurale nell'approccio al tema della definizione del rapporto di lavoro è comprensibile solo una volta calati nelle diverse dimensioni che integrano il nostro problema, calati cioè nella pluralità dei flussi che incidono sul fenomeno.

4. Il *contesto economico-sociale* contempla e comprende il lavoro dipendente inteso come fattispecie storica; esso rappresenta, a sua volta, il prodotto di una serie di fattori in cui la dimensione fattuale si combina e si intreccia con la dimensione politica e giuridica. Possiamo chiamare "*circostanze ambientali*" quelle che costituiscono questo contesto; tali circostanze integrano i caratteri del sistema economico preso a riferimento, i dati congiunturali, i caratteri del settore produttivo, il livello tecnologico, le dimensioni dell'impresa, la sua situazione patrimoniale, i caratteri del sistema istituzionale circostante, le istituzioni pubbliche e private coinvolte, le organizzazioni rappresentative ai diversi livelli sindacali, le relazioni registrabili a livello di sistema globale, come le aperture ai mercati stranieri e i rapporti con le istituzioni sovranazionali, etc.

L'attualità del problema della definizione dei rapporti di lavoro, che consiste anzitutto nella corretta interpretazione dei fatti che li presuppongono ma anche nella rilettura delle categorie normative tradizionali e nella redistribuzione delle tutele, è un effetto dell'evoluzione delle relazioni economiche e sociali rispetto alle quali il problema definitorio corre in parallelo.

Sono note le peculiarità del nuovo ambiente in cui le imprese si trovano ad operare: la globalizzazione dei mercati, la libera circolazione delle persone, le fluttuazioni del mercato finanziario, le esigenze di esternalizzazione, la debolezza delle autorità pubbliche e politiche nella gestione delle relazioni industriali, e così via.

Si può dire che il carattere circostanziale sia uno dei caratteri distintivi del nuovo paradigma socio-economico. La circostanzialità è la caratteristica dell'essere contingente, dell'essere riferito ad un dato contesto, storicamente distinto rispetto a un altro in termini temporali, geografici, economici e così via; essa rappresenta dunque la *prospettiva di analisi e di valutazione* dei fatti considerati nel loro contesto economico, giuridico e politico.

Spiegano la prospettiva circostanziale dell'analisi sia richiami economici, che culturali, oltre che prettamente giuslavoristi.

Da un punto di vista strettamente economico, si osserva che i mercati del lavoro nell'era della globalizzazione sono contraddistinti da qualità e tendenze grandemente diversificate e contrastanti, oltre che variabili per tempo e luogo. Le più accreditate analisi economiche affermano la necessità di rapportarsi a quello che viene definito come il “carattere multiforme del capitalismo” (*varieties of capitalism approach*)<sup>12</sup>. Mentre osservando il fronte delle scelte di organizzazione aziendale, si rileva l'abbandono della c.d. “*one best way*” che aveva contraddistinto il *trend* dello scorso secolo almeno fino agli anni '70, e appare piuttosto indispensabile una prospettiva *case by case* (teoria della “*one best fit*”), una prospettiva cioè circostanziale rispetto all'ambiente economico e aziendale cui si faccia riferimento<sup>13</sup>.

Sotto il profilo socio-culturale, l'atteggiamento circostanziale dell'analisi appare parimenti obbligata: la caduta delle ideologie del diciannovesimo secolo (e di quelle dei due secoli che lo hanno preceduto) lungi dall'aver portato alla fine della proliferazione di idee sociali ed economiche – sarebbe come negare la capacità di rigenerazione intellettuale – sembra aver portato ad un variopinto pluralismo ideologico più o meno vigoroso, altalenante nei toni e soprattutto nei contenuti, sebbene certamente dominato, come mai prima nella storia della civiltà, dalle dinamiche del mercato, cui consegue un abbassato livello di integrazione sui valori fondanti la società.

Certamente la realtà globale invita i pensatori del nostro tempo a sganciarsi da una prospettiva teorica “univalente” per accogliere teorie più inclusive e aperte alla necessità di riconoscere le differenze e il pluralismo. Ne offre dimostrazione il saggio di Amartya Sen, il quale accosta alle teorie istituzionalistiche trascendentali prevalenti in Europa, una cornice comparativa di derivazione indiana distinta dalle prime per il suo essere centrata su di una “giustizia realizzata” (*nyaya*) piuttosto che su di una “adeguatezza delle istituzioni e della correttezza del comportamento” (*niti*)<sup>14</sup>. L'Autore argomenta la sua più inclusiva cornice mettendo in luce i limiti delle teorie tradizionali che, in presenza di interessi contrastanti possono non solo non fornire una soluzione ottimale, ma neppure fornire un risultato comparativamente migliore di altri. E' fornito, in questo senso, un esempio molto semplice, quello dei tre bambini che vogliono lo stesso flauto: la prima bambina lo vuole perchè è l'unica a saperlo suonare, il secondo bambino lo vuole perchè è povero e non ha nessun giocattolo con cui divertirsi, la terza bambina lo vuole perchè l'ha costruito lei con le sue mani (l'A. fa notare come tutte e tre le posizioni siano vicine alle maggiori tradizionali teorie della giustizia sociale: utilitarismo, egualitarismo, liberalismo). A ben vedere,

---

<sup>12</sup> Hall & Sokice, 2003

<sup>13</sup> Woodward, 1965; Purcell 1999, 26.

<sup>14</sup> Sen, 2009, 26



non solo si tratta di interessi contrastanti, ma anche di teorie contrastanti eppure ciascuna di per sé ragionevole.

Sotto un terzo profilo, prettamente giuridico, una delle manifestazioni dell'incapacità di comprendere, contenere e regolare l'aumentata complessità sociale da parte del mondo giuridico, è il ricorso sempre più massiccio alla tecnica delle clausole giuridiche a contenuto generale (*general definitional categories*). E l'elevato grado di "circostanzialità", che è poi un sinonimo di relatività, con la quale si è tenuti a osservare la realtà dei fatti nel mondo contemporaneo, si aggrava nella considerazione dell'intrinseca mobilità/variabilità del rapporto di lavoro. La prospettiva circostanziale aiuta a spiegare perché i contratti di lavoro non siano mai stati, e non possano essere, contratti dal contenuto dettagliato. La lentezza della contingenza spiega perché, sia nella giurisprudenza italiana, sia in quella di altri Paesi a partire dalla Gran Bretagna, si continui a interrogarsi, senza poter trovare una risposta "univoca", su quali siano i presupposti di fatto indicatori della presenza di un contratto di lavoro "subordinato o dipendente": nessuno degli indicatori enucleati dai giudici italiani e inglesi e del resto del mondo ha assunto in se stesso una rilevanza tale da potersi ritenere non opinabile, in sua presenza, la dipendenza, sebbene i criteri della c.d. eterodirezione e del c.d. *control* (rispettivamente per l'esperienza italiana e quella inglese) abbiano di fatto rappresentato i più forti elementi di presunzione in questo senso.

5. La riscontrata necessità di relazionarsi alla realtà socio-economica in maniera circostanziale si scontra naturalmente con l'esigenza di fondare la normativa relativa al rapporto di lavoro su di una struttura di valori solida e tutt'altro che relativa<sup>15</sup>. E' in questa realtà multiforme e mobile, ma assetata di valori e di linee guida credibili, che si rinnova il dibattito sulla dipendenza e sulla necessità di riformare il diritto del lavoro di conseguenza. Si tratta dunque di una dialettica da cui non emerge una contrapposizione di posizioni, né una contraddizione di termini: le valutazioni di "ordine valoriale" spostano semplicemente il piano della ricerca, e dall'indagine sui fatti si passa all'indagine sulle norme, siano esse definitorie dell'ambito di applicazione soggettivo (categorie definitorie del soggetto) oppure dell'ambito di applicazione oggettivo (effetto).

L'insieme dei fatti che danno sostanza alla condizione della dipendenza, intesi sia come condizioni materiali (presenza sul luogo di lavoro, utilizzo di materiali del datore di lavoro, esecuzione materiale di ordini, utilizzo di abbigliamento aziendale etc.) sia come condizioni immateriali derivate dal contratto e dalla legge (come il non poter fare concorrenza al datore di lavoro, la soggezione psicologica agli ordini, la non divulgazione di informazioni sensibili relative all'organizzazione

---

<sup>15</sup> Falzea, 2008, 26 : il problema del diritto coincide con il problema dei valori giuridici.

aziendale etc.) viene “*ora*” letto in chiave prettamente giuridica: appare quindi essere *una prospettiva temporale* quella che consente di marcare la diversità tra il piano della norma e il piano dei fatti e che, al tempo stesso, ne evidenzia la possibile sovrapposizione.

Più precisamente, possiamo dire che, sotto il *profilo temporale*, esiste una diversità di piani che si manifesta in una “precedenza del fatto sulla norma” ogni qualvolta si consideri l’ordinamento nella sua funzione attributiva del trattamento giuridico (l’accertamento di diritti e obblighi *ex post* (interpretazione) ovvero l’esplicitazione della Giustizia nel caso concreto).

La stessa diversità di piani si manifesta, viceversa, in una “precedenza della norma sul fatto” quando si consideri l’ordinamento nella sua funzione regolatoria e di indirizzo (*ex ante*) e pertanto nella sua essenza di sovrastruttura atta a guidare la società, capace di persuadere la società che, conformandosi ad essa, otterrebbe dei benefici o almeno non subirebbe sanzioni (persuasione normativa).

Negli ordinamenti di common law, fondati sul “principio del precedente” (*stare decisis*), questi due momenti di indagine tendono a coincidere, poiché nella *case law* propriamente detta, la funzione attributiva del trattamento giuridico (giudizio) e la funzione regolatoria (norma) coincidono, nella valenza della sentenza quale giudizio sul caso dato e, al tempo stesso, regolazione dei casi futuri. Ma la stessa considerazione può essere fatta per tutte le norme del diritto del lavoro che siano di matrice giurisprudenziale.

Quanto precede richiama la questione del rapporto tra diritto ed economia, considerato spesso rovesciato a danno dei diritti (e a pro della prepotenza economica).

Il primato del diritto si pone in apparente contraddizione con la necessità di considerare preliminarmente i fatti, come appena argomentata, ma è una contraddizione solo apparente, data la dimensione su cui si colloca: quell’assunto di priorità – il diritto sopra l’economia – si pone completamente su di un livello valoriale nel suo affermare che le norme non possono piegarsi al volere delle logiche di mercato. Questo non nega la priorità logica dello studio delle dinamiche economiche fattuali rispetto alla valutazione dei principi regolatori del fenomeno stesso. Studiare il diritto prima o a prescindere dai dati economici può significare invece iniettare metafisica dove non è necessaria, col rischio di alterare la percezione della realtà, eppure è la dimensione tradizionale del giurista di formazione continentale.

Le forze sociali ed economiche, “buone o cattive” che siano, fondano se stesse in un dato contesto ambientale collettivo; il diritto è la sovrastruttura che mira a indirizzare le relazioni ivi coinvolte e può farlo in via regolamentare/persuasiva oppure in via sanzionatoria/punitiva.

L’esperienza della common law, rispetto a quella di un sistema legale a tradizione codicista come quello italiano, offre un metodo di relazione con il caso che non agisce considerando astrattamente e ipoteticamente le

azioni e gli interessi, quanto piuttosto un metodo focalizzato direttamente sulla fattispecie concreta, perciò sulle azioni e sugli interessi reali.

In Italia le ipotesi di abuso nella qualificazione dei contratti di lavoro passano spesso per forme fittizie di appalto di servizi e per contratti a progetto (dietro cui si nascondono rapporti di lavoro in buona sostanza dipendenti/subordinati) ma, sebbene in proporzioni percettibilmente ridotte, il fenomeno degli abusi è denunciabile anche nella realtà anglosassone. Pertanto, è appena il caso di precisare, la case law non costituisce certo un'assicurazione contro l'abuso delle forme contrattuali (la cosiddetta *misclassification of workers*).

L'esperienza giuridica anglosassone ha però maggiore familiarità con la prospettiva che abbiamo definito "contingente", e la sua struttura prevalentemente giurisprudenziale non costituisce la sola dimostrazione di questo. Anche il *background* giuridico culturale più pragmatico, nonché, dimostrazione forse la più eloquente, il dualismo, tipico del sistema anglosassone tradizionale, tra il sistema di common law in senso stretto e il sistema dell'*equity* (quest'ultimo avendo rappresentato l'esigenza di controbilanciare i rigorismi tecnico-normativi del diritto sostanziale con una giustizia ritagliata sulla realtà sociale circostante) costituiscono espressioni di questa attitudine.

L'approccio casistico della common law costituisce uno dei derivati e delle manifestazioni più palesi della corrente filosofica empirista, affermatasi prevalentemente in Inghilterra nel XV secolo in contrapposizione al razionalismo kantiano - cartesiano che ha invece conformato le esperienze legali del continente.

L'empirismo moderno, inteso come metodo scientifico, presuppone che la conoscenza umana dovrebbe fondarsi sull'osservazione del mondo piuttosto che sull'intuito e sulla fede, cioè sulle c.d. idee innate. L'empirismo presuppone pertanto un approccio sperimentale alla conoscenza, che si basa sulla ricerca e sul ragionamento induttivo a posteriori; esso si contrappone a una pura logica deduttiva-razionale che esplora la mente e le idee, ritenendo queste ultime come preesistenti a qualsiasi esperienza sensoriale.

La questione della definizione del rapporto di lavoro rende evidente l'opportunità per l'interprete di seguire il ragionamento pragmatico: considerato che l'ordinamento lavorista è contraddistinto per la maggior parte dal suo carattere non derogabile, ne deriva che *il metro dell'efficacia del diritto sta nel momento attributivo degli effetti giuridici (interpretazione ex post) più che nella norma atta ad indirizzare i soggetti a priori (norma con potere persuasivo)*.

6. Se l'efficacia del diritto del lavoro in materia di definizione del rapporto dipendente si misura al livello dell'interpretazione (nel momento in cui la natura "dipendente" viene rilevata e quindi protetta), si può ammettere che le maggiori suggestioni dell'ordinamento

anglosassone sono quelle che ci invitano a non ragionare “a priori”, secondo schemi teorici predefiniti.

Una volta tolto così il velo della teoria giuridica (unitaria-sistematica ovvero pluralista) come elemento di ostacolo alla diretta comprensione del fenomeno problematico a cui cerchiamo una risposta in termini almeno contenitivi, vediamo come sia possibile intervenire su diversi fronti.

6.1 La prospettiva dell'interpretazione è quella di fare giustizia. Qui la problematicità sta nella *mancaza di criteri uniformi nel dare peso ai diversi indici della dipendenza*. Criteri di lettura possono essere forniti direttamente dal legislatore (l'art. 2094 c.c. italiano indica l'eterodirezione, la legge spagnola del 2009 indica, in modo poco equivocabile) l'aver percepito almeno il 75% del reddito dallo stesso datore di lavoro).

In mancanza di disposizioni legali o di disposizioni legali generiche (come quelle rinvenibili nel sistema britannico e in molti altri paesi), filoni di pensiero vanno affermandosi nelle aule dei tribunali dando peso ad elementi piuttosto che ad altri (es. può prevalere la ripartizione del rischio economico, il tipo di integrazione nell'azienda etc.)

A livello metodologico spicca nell'approccio dei giuristi di common law l'interpretazione della natura del rapporto ispirata alla c.d. *purposive interpretation*, che può tradursi come una interpretazione finalistica della fattispecie rispetto alla specifica norma della cui applicazione si stia contro vertendo, non dissimilmente dall'applicazione di un criterio teleologico quale desumibile dall'art. 12 delle c.d. preleggi del nostro Codice Civile.

In Italia, sono ostacoli all'interpretazione orientata alla *ratio* della specifica tutela da applicarsi al rapporto in questione: *a)* la mancanza di chiarezza da parte del legislatore sullo scopo e/o la confusione tra più scopi diversi; *b)* la mancanza di una disposizione legale atta a far prevalere questo canone su canoni interpretativi diversi (se è indubbio che l'interpretazione c.d. letterale debba prevalere, è opinabile che in secondo luogo sia preferibile applicare un canone di lettura sistematica quale richiamato dalla lettera dell'art. 12).

6.2 Nel contributo delle parti al problema della definizione del rapporto, non la prospettiva della giustizia sostanziale dobbiamo considerare ma quella del più congruo assetto degli interessi dei soggetti coinvolti. E' profondamente discutibile che un ordinamento possa o debba ingerire nelle relazioni tra privati insinuando un proprio parametro di giustizia oggettivamente individuabile<sup>16</sup>. I soggetti privati sono persone tra loro diverse e libere nella valutazione del proprio assetto fattivo di interessi e

---

<sup>16</sup> Qui si riaccenderebbe la diatriba del rapporto di lavoro come contratto piuttosto che come status.

il sistema può a questo proposito intervenire prevenendo possibili difetti di trasparenza e informazione.

Il processo di qualificazione pattizio può essere libero, e liberamente operato dai soggetti interessati, magari con l'ausilio di esperti; può essere condizionato da obblighi di informazione - è il caso degli obblighi previsti in capo al datore di lavoro, sia dalla legge italiana, sia dalla legge inglese. Oppure può trattarsi di una qualificazione delegata a organi competenti e autorizzati (è il caso delle commissioni di certificazione istituite dalla riforma italiana del 2003 di cui al D.lgs. 276/2003 o anche l'intervento preventivo di un organo come l'ACAS in Gran Bretagna). Procedure come quella della certificazione, non presenti a livello giuridico istituzionale nel sistema anglosassone, dove per altro il *sistema della consulenza preventiva* e del coinvolgimento degli esperti nella redazione dei contratti e degli atti legali in genere è culturalmente molto radicato nella società, oltre che suggerito dalla dottrina come il più efficace rimedio contro le incertezze sulla classificazione dei contratti di lavoro, hanno il pregio di vedere preventivamente e attivamente coinvolte le parti del rapporto, le dirette interessate, che sono così chiamate a giocare un ruolo più consapevole e responsabile nella individuazione della forma contrattuale.

Le qualificazioni *ex ante* assumono un significato "effimero" nella loro concreta forza stabilizzatrice dei rapporti (perché il rapporto si può sempre svolgere in modo difforme dalle pattuizioni), ma contribuiscono a ridurre il problema della corretta interpretazione del rapporto *ex post* tanto più saranno condotte in modo formale e assistito da entità autorevoli sotto il profilo delle competenze giuridiche.

6.3 La prospettiva dell'istituzione che individua e definisce gli effetti giuridici connessi al rapporto stesso (tipicamente il legislatore nel disporre le varie tutele, contro il licenziamento ingiustificato, il livello retributivo, la soggezione al potere disciplinare etc.) è, infine, una prospettiva politica.

Su quest'ultima posizione di intervento la dialettica tra concezioni unitarie e pluraliste è di immediata percezione perché evoca l'interrogativo di come debba essere trattato il fenomeno: disciplina unitaria o disciplina diversa per circostanze diverse? E' qui che la questione della parità di trattamento può dare, apparentemente, filo da torcere.

L'effetto della norma si verifica comprendendo quello che è il suo ambito di applicazione soggettivo (a chi/a chi fa) e oggettivo (cosa).

Mentre il sistema delle tutele inglesi è concentrato sul campo di applicazione oggettivo (es. risarcimento contro licenziamento illegittimo, trattamento di malattia e così via), e manca di considerare specificamente l'ambito di applicazione soggettivo (tal volta è l'*employee*, tal volta il *worker*, soggetti comunque genericamente e tautologicamente definiti), il sistema italiano presenta una *fattispecie soggettivamente unitaria* di

lavoratore dipendente (art. 2094 c.c.) cui gli interpreti hanno conferito tutte le tutele.

A voler mettere il focus sui diversi e tanti possibili effetti/tutele legali (ambito di applicazione oggettivo della norma piuttosto che ambito soggettivo), ne deriva che le categorie che definiscono l'ambito di applicazione soggettivo dovranno moltiplicarsi di conseguenza, a meno di non pensare che tutti i lavoratori si trovino nelle stesse circostanze da proteggere. Ma il fenomeno della parasubordinazione genuina, abbiamo visto, già di per sé nega questa realtà, ed espone alla considerazione di livelli di dipendenza diversi.

E' evidente che, spostando il tema dalla "titolarità" (del diritto) al "diritto" stesso, non viene negata la necessità di un livello di tutela uniforme per tutti i lavoratori, tutt'altro. Piuttosto occorre proseguire l'analisi chiedendosi quali diritti spettino ragionevolmente a tutti e quali spettino solo ad alcuni, secondo un'analisi di introspezione più politica che giuridica.

#### *Riferimenti bibliografici*

- AA.VV. (1999) *Employed or self employed? The role of the legal distinction*, in *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 1999, 21
- AA.VV. (1998) *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Utet, Torino
- ALLEVA P.G. (1996) *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro*, in *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico* (a cura di G. Ghezzi) Ediesse, Roma
- ALPA G. (2002) *In partibus angliae, immagini del common law nella cultura giuridica italiana*, in *Materiali per una storia della cultura*
- ASCARELLI T. (1959) *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano
- BARBERA M. (2006) *Introduzione, I problemi teorici e pratici posti dal Metodo di coordinamento aperto delle politiche sociali*, in *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, M. Barbera (a cura di), Giuffrè.
- BIAGI - TIRABOSCHI (1999) *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno "Statuto dei lavori"?* in *DRI*, 571
- BRODIE D. (2001) *Legal Coherence and the Employment Revolution*, *117 Law Quarterly Review* 604
- COLLINS H. (1990) *Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990 Vol. 10, 353
- D'ANTONA M. (1995) *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, *ADL*, 63
- D'ANTONA M. (1996) *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Seconda proposta di legge*, in Ghezzi G. (a cura di) *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, Ediesse, Roma
- DAU SCHMIDT K.G. (2004) *The definition of employee in American labor law and employment law*, in *JILPT Report No. 1, The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment / The Scope of Labor Law and the Notion of Employees —Comparative Labor Law Seminar* — published in digital version in [http://www.jil.go.jp/english/events\\_and\\_information/0309\\_report.htm](http://www.jil.go.jp/english/events_and_information/0309_report.htm)
- DAVIDOV G. (2005) *Who is a Worker?* 34, *ILJ*, 57
- G.DAVIDOV (2002) *The Three Axes of Employment Relationship: a characterization of workers in need of protection*, *University of Toronto Law Journal*, Fall, 2002, 52, 357
- DAVIES P. - FREEDLAND M. (1993) *Labour Legislation and Public Policy*, 1993 OUP, Oxford
- DEAKIN S. (2007) *Does the "personal employment contract" provide a basis for the reunification of employment law?*, *ILJ*, 36, 68
- DEAKIN S. - G.S. MORRIS (2005) *Labour Law*, 4° ed., Hartpublishing
- DEAKIN S. - F. WILKINSON (2005) *The law of the labour market; industrialization, employment and legal evolution*, Oxford University Press
- DE LUCA TAMAJO - FLAMMIA - PERSIANI (1997) *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio*

- sistemático in una prospettiva di valorizzazione dei tertium genus, il lavoro coordinato*, in Atti del Convegno 27 maggio 1996 Centro Studi di diritto del lavoro D. Napoletano, 1997, Bari - si veda anche AA.VV. (1997) *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione e autonomia*, Atti del Convegno di studi - Roma 27 maggio 1996, Cacucci, Bari
- DE LUCA TAMAJO R. (1976) *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene
- DEL PUNTA R. (2004) *La sfida della complessità*, in RIDL, III, 129
- ENGBLOM S. (2003) *Self employment and the personal scope of labour law. Comparative lessons from France, Italy, Sweden, United Kingdom and United States*, European University Institute of Florence – Phd Thesis –
- FALZEA A. (2008) *Introduzione alle scienze giuridiche, il concetto del diritto*, Giuffrè, 6° ed.
- FREEDLAND M. (2007) *Application of labour and employment law beyond the contract of employment*, in International Labour Review, Vol., 146, no. 1-2
- FREEDLAND M. (2007) *Developing the European comparative law of personal work contracts?*, Comparative Labor Law and Policy Journal, Vol. 28, 487
- GORLA G. (1962) *Studio storico-comparativo della common law e scienza del diritto (le forme d'azione)*, in Riv.Trim.Dir.Proc.Civ., I, 1962, 27
- GRANDI B. (2011) *Italian arbitration in labour disputes, a comparative perspective over the matter of inderogability*, in Dir.Arb. n. 2/2011
- GRANDI B. (2010) *Dipendenza ex ante e dipendenza ex post; rilievi dopo uno studio comparato*, RIDL, III, 191.
- GRANDI M. (1970) *Studi sul diritto del lavoro inglese e americano*, Giuffrè, Milano
- GRANDI M. (1996) *Comparazione giuridica e diritto del lavoro*, ADL/3 1
- GRAGNOLI E. (2004) *L'interpretazione e la certificazione tra autonomia e subordinazione*, RGL n.4
- HALL P. & SOSKICE D. (2003) *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford University Press
- HAPPLE B. (1986) *Restructuring Employment Rights*, in ILJ, 15, 69
- HONEYBALL S. (2005) *The Conceptual Integrity of Employment*, Vol. 36 Cambrian Law Review
- ICHINO P. (2005) *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e "dipendenza" nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, in Riv.dir.comm., 2005,I, 136
- KAHN - FREUND O.(1974) *Il lavoro e la legge*, trad. di G.Zangari, Giuffrè, Milano
- KAHN - FREUND O. (1977) *Blackstone neglected child: the contract of employment*, The Law Quarterly Review, Vol. 93, 508
- JOO-CHEONG THAM (2004) *The scope of Australian labor law and the regulatory challenges posed by self and casual employment*, in JILPT Report No. 1, op.cit.
- LINDER M. (1999) *Dependent and Independent contractors in recent U.S. labour law: an ambiguous dichotomy rooted in simulated statutory purposelessness*, in Comparative Labour Law & Policy Journal, 21
- LOCKIEC (2004) *The scope of labor law and the notion of employee: aspects of French labor law*, in JILPT Report No. 1, op. cit.
- LUNARDON F. (1990) *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, in DLRI, 1990, 403
- MAITLAND W. (1875) *Libertà e uguaglianza nella filosofia politica inglese*, La Rosa
- MAGNANI M. (2001) *La categoria contratto di lavoro e la tradizione anglosassone*, in DLRI
- MATTEI U. (1992) *Trattato di diritto comparato, common law, il diritto angloamericano*, Utet, Torino
- MATTEI U. (1993) *Efficiency as equity: further steps in comparative law and economics*, in Aa.Vv. *Aequitas and Equity: Equity in civil law and mixed jurisdictions*, Papers presented at the Second International Conference on Aequitas and Equity in Hebrew University of Jerusalem, May 1993, Green Fund for Equity studies
- MAZZOTTA O. (1991) *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro* (in Atti del X Congresso nazionale di diritto del lavoro, Udine 10-12 maggio 1991)
- MENGONI L. (1986) *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, RIDL, I, 5
- MENGONI L. (1996) *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano
- NOGLER L. (1997) *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti*, RIDL, I, 313
- PEDERSINI R. (2002) *Economically dependent workers, employment law and industrial relations*, Eurofound Publishing
- PAPALEONI M. (1982) *Diritto internazionale e comparato del lavoro dei paesi a common law*, in Enciclopedia giuridica del lavoro, a cura di G. MAZZONI e G. SUPPIEJ
- PESSI R. (1989) *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano
- PROIA G. (2002) *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, ADL,37
- PURCELL J. (1999) *"Best Practice and Best Fit: Chimera or Cull-de-sac?"*, Human Resource Management Journal, 9 (3), 26
- ROMAGNOLI U. (1994) *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro*, DLRI, 558

- RONNMAR M. (2004) *The personal scope of labor law and the notion of employee in Sweden*, in JILPT Report No. 1, *op. cit.*
- ROSENFELD M. (1998) *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica*, A cura di G. Pino, Il Mulino, Bologna
- SCIARRA S. (2006) *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT – 44
- SEN A. (2009), *L'idea di giustizia*, 2009.
- VALLEBONA A. (1992) *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, DL, I, 479
- VENEZIANI B. (1992) *Stato e autonomia collettiva – diritto sindacale comparato*, Bari
- VENEZIANI B. (1986) *The evolution of contract of employment*, in Hepple B. (ed.), *The making of labour law in Europe*, Mansell, London, 31 e ss.
- WEDDERBURN L. (1992) *Inderogability, Collective Agreements and Community law*, ILJ, 245
- ZOPPOLI L. (2005) *La subordinazione tra persistenti diseguaglianze e tendenze neo-autoritarie*, in *Scritti in onore di G. Suppiej*, AA.VV., Padova, Cedam, 2005, 1161.