

Autonomia e subordinazione nella giurisprudenza della Corte di cassazione.[®]

1.- *Premessa.*-

Questa conversazione non avrà ad oggetto la mera illustrazione della giurisprudenza della Corte di cassazione in ordine alla *vexata quaestio* della subordinazione (della sua definizione e dei criteri distintivi rispetto al lavoro autonomo), ma si sforzerà di esprimere anche un personale punto di vista: va da sé che non ho alcuna pretesa di porre un punto fermo su un tema di tale complessità, ma desidero piuttosto tentare di indicare un possibile, diverso approccio alla nozione di subordinazione, che possa assumere un carattere non più che orientativo, e formulare dei rilievi critici su alcune posizioni che negli ultimi anni, anche sotto la spinta di una parte della dottrina, sono state fatte proprie da una parte della giurisprudenza di legittimità.

2.- *La subordinazione nella fase post-fordista.*-

Come è noto, l'attualità del dibattito sulla subordinazione consegue anche alla diffusione di situazioni di lavoro cd.marginale, in periodi di eccedenza della offerta sulla domanda ed in presenza di nuove figure professionali del terziario (Nogler, RITDL, 2/90, 183). Inoltre, la complessità della sua individuazione è accentuata, in particolare, dalla esternalizzazione dei processi produttivi, dall'ingresso dell'informatica e del telelavoro, dalla progressiva diffusione delle prestazioni coordinate e continuative: elementi quali la collaborazione, la continuità, ecc., sono infatti comuni al rapporto di lavoro autonomo *sub specie* di collaborazione coordinata e continuativa e di conseguenza è resa più ardua la distinzione tra le due fattispecie. Infine, poiché la subordinazione rappresenta tuttora "la porta che regola l'accesso al mondo di garanzie nelle quali il diritto del lavoro storicamente si sostanzia" (Pedrazzoli), né

[®] Il presente scritto riproduce, con alcune variazioni ed integrazioni, la relazione svolta il 10 febbraio 2003, presso la sezione lavoro della corte di appello di Roma, nell'ambito dei seminari organizzati dal referente per la formazione. In considerazione di tale carattere seminariale, non si è ritenuto

sussiste un *tertium genus* dotato di incisive tutele, si assiste ad una drammatizzazione della sua qualificazione giuridica sul piano giudiziale.. Come ha scritto M.D'Antona, con la sua consueta lucidità, il disagio del diritto del lavoro, ed il travaglio sul suo concetto-chiave, nasce 'da un progressivo slittamento, da un lato, tra le forme reali che nel mondo occidentale sta assumendo il rapporto tra gli uomini e il mondo della produzione e, dall'altro, tra le istituzioni giuridiche che sono sorte e si sono sviluppate nella fase storica in cui dominava il modello della produzione industriale'.

3.- *La nozione classica di subordinazione.*-

A voler racchiudere in termini sintetici la nozione giurisprudenziale "classica" di subordinazione, può dirsi che i suoi elementi costitutivi sono rappresentati dalla collaborazione (cioè, dalla continuità e professionalità della prestazione), dalla dipendenza (vale a dire, dall'inserimento del lavoratore nell'organizzazione predisposta dall'imprenditore) e, soprattutto, dalla eterodirezione (intesa quale assoggettamento al potere direttivo del datore di lavoro nell'esecuzione della prestazione). In alti termini, si sarebbe in presenza di un rapporto di lavoro subordinato quando l'imprenditore abbia la possibilità di disporre delle energie lavorative del prestatore secondo le mutevoli esigenze di tempo e di luogo proprie dell'organizzazione aziendale e di determinarne le concrete modalità di svolgimento con imposizioni di decisioni e istruzioni cui il lavoratore è tenuto ad attenersi. E' innegabile che anche nel lavoro autonomo (si pensi ai contratti di appalto, d'opera, di commissione, ecc.) competa al committente una facoltà di coordinamento rispetto all'attività della controparte, ma si assume che in esso tale facoltà è legata più all'indicazione degli obiettivi da raggiungere che non alle concrete modalità di svolgimento del lavoro, come accade invece nel lavoro subordinato (da ultimo, v. Fontana, in Riv.giur.lav., 2002, nota a Cass.20.3.2002 n.4015): ma questo sforzo di

valorizzazione del requisito fondamentale dell'eterodirezione non tiene conto - come meglio si dirà in seguito - della circostanza che sempre di più, nelle attuali forme di produzione, l'intervento del datore sulle concrete modalità di esecuzione non è incisivo come in passato, stante la maggior autonomia propria dei dipendenti di più elevata professionalità (impiegati con funzioni direttive, tecnici di alta qualificazione, per non parlare dei dirigenti), la dislocazione di un gran numero di prestazioni al di fuori dell'impresa, la crescente diffusione del settore dei servizi che si manifesta in attività lavorative assai differenziate, per natura e contenuto, da quelle che richiedevano un intervento pressoché costante dell'imprenditore.

4.- Crisi dell'eterodirezione e ricorso a criteri sussidiari.-

Sempre più si avverte, in realtà, l'insufficienza della nozione giurisprudenziale classica della subordinazione, soprattutto nelle mutate condizioni attuali; e la spia evidente di tale inadeguatezza è offerta, del resto, dal sempre più frequente ricorso, per la ricostruzione della fattispecie, ad elementi sussidiari, nel senso che, ove la distinzione tra rapporto di lavoro autonomo e subordinato non risulti agevole alla luce di criteri univoci come l'esercizio del potere direttivo e disciplinare da parte del datore di lavoro (ed il requisito della eterodirezione assuma, nel caso concreto, un carattere *attenuato*), ai fini della qualificazione del rapporto soccorre una serie di indici rivelatori, quali lo svolgimento della prestazione in luogo di pertinenza dell'imprenditore, il rispetto di vincoli di orario prestabiliti, le modalità retributive, l'assenza in capo al lavoratore di mezzi propri per l'esecuzione dell'attività lavorativa, l'alienità del risultato dell'attività prestata e del relativo rischio economico).

Nonostante la corte di cassazione affermi, con formula tralatizia, che la valutazione di tali elementi di carattere sussidiario sia rimessa al prudente apprezzamento del giudice del merito, la concreta esperienza suggerisce che non sempre ciò accade e che non é assente in sede di legittimità, in

presenza di decisioni che rivelino una utilizzazione incongrua o distorta di quei criteri, un sindacato sull'operato del giudice di appello (che si fa strada attraverso il controllo della motivazione ex art.360 n.5 c.p.c.). Né questo trend è sfuggito alla dottrina, la quale ha osservato che anche la Suprema Corte è portata a decidere sulla base di considerazioni di giustizia sostanziale più che di stretta logica giuridica, comportandosi piuttosto come un giudice di merito ed elaborando principi generali in vista della soluzione che intende dare al caso concreto (Fontana, op.cit.).

Ed è proprio nel percorso volto alla ricerca di ulteriori elementi sussidiari (una ricerca che, quanto più assume centralità nell'individuazione della fattispecie, tanto più - a giudizio di chi scrive - rivela l'aggravarsi della crisi della nozione classica della subordinazione) si inserisce l'ultima, contestata svolta della cassazione, che ha per oggetto la valorizzazione del c.d.*nomen iuris*.

5.- *Il rilievo della volontà delle parti: un ritorno al formalismo?*

In relazione al ruolo attribuito al *nomen iuris* nella giurisprudenza di legittimità sono stati individuati dalla dottrina tre orientamenti, a seconda che si neghi ad esso qualsiasi rilevanza, vi si attribuisca primaria importanza ovvero gli si conferisca il valore di una presunzione semplice, superabile qualora il lavoratore dimostri che il rapporto in concreto si è svolto con le modalità tipiche del lavoro subordinato.

Il primo orientamento (per il quale cfr., *ex plurimis*, Cass.14.7.1993 n.7796) si fonda sull'asserita inesistenza, in determinate ipotesi, di uno squilibrio economico-sociale tra le parti contraenti, in virtù della quale dovrebbe riconoscersi alle stesse, in sede di stipulazione, il pieno e libero intento di escludere la subordinazione: ma al di là dei rilievi di fondo (sui quali, *postea*) sul recupero dell'elemento volontaristico nel diritto del lavoro, si è obiettato riguardo ad esso che la debolezza socio-economica del prestatore non può escludersi a priori neppure di fronte

a qualificazioni elevate, stante il noto fenomeno della disoccupazione intellettuale e permanendo tuttora, comunque, una prevalenza dell'offerta sulla domanda di lavoro, fattori, questi, che possono agire come strumenti di pressione nei riguardi dell'aspirante lavoratore.

Il secondo orientamento (di cui sono espressione, tra le altre, Cass.20.1.2000 n.608 e 18.4.2001 n.5665), nel ritenere che il *nomen iuris* costituisca una presunzione semplice e nel porre, quindi, l'onere della prova in ordine agli elementi costitutivi della subordinazione a carico del lavoratore, non pare introdurre una deroga ai principi generali, fermo restando che - come si è osservato in dottrina - in presenza di particolari circostanze emergenti dal documento prodotto dal convenuto per dimostrare la qualifica attribuita al rapporto dalle parti deve essere consentito al ricorrente, ex art.420, comma 5, c.p.c., di dedurre mezzi di prova idonei a contrastare in modo specifico l'assunto del datore.

Il terzo orientamento, infine, considera decisivo il comportamento complessivo delle parti nello svolgimento del rapporto ex art.1362, comma 2, cod.civ., ed ancora, pertanto, la sua qualificazione giuridica alle modalità fattuali.

A parere di chi scrive, quest'ultimo orientamento è il solo compatibile con le peculiarità proprie del diritto del lavoro.

In termini generali, riferiti cioè al piano negoziale *tout court*, è opportuno ricordare che da autorevole dottrina era stato affermato che non è possibile privilegiare l'apparenza rispetto alle risultanze concrete storicamente intercorse tra le parti in una materia che coinvolge "l'essere stesso della persona" (Santoro Passarelli); che l'autonomia negoziale ex art.1322 c.c. comporta la facoltà delle parti di scegliere il 'tipo' contrattuale, ma non di determinare a proprio piacimento la normativa regolatrice (Montuschi); e che la teoria del contratto ha da tempo riconosciuto che il regolamento contrattuale non si identifica necessariamente con ciò che le parti hanno voluto in quanto il regolamento che si impone può risultare anche largamente eterodeterminato (Roppo), nel senso, cioè, che sussiste un antagonismo - possibile - tra norme imperative ed autonomia privata (si

rinvia, al riguardo, agli studi di Barcellona e Rodotà sulle fonti di integrazione del contratto).

Se questi postulati informano il diritto civile, tanto più essi sono validi nel diritto del lavoro, il cui nucleo essenziale è rappresentato proprio dalla radicale svalutazione della volontà delle parti: come ha osservato Nogler (richiamando De Luca Tamajo), il diritto del lavoro è il settore che deve la propria specificità alla "espropriazione della qualità di contraente nei confronti del lavoratore". Detto in altro modo, se proprio dall'insuccesso dell'idea liberale di eguaglianza è nata e si è sviluppata l'esperienza del cosiddetto diritto diseguale, di cui il diritto del lavoro è stato davvero il pioniere (così, R.Voza, *Intervento sul tema Il diritto del lavoro oggi*, in *Lav.dir.*, n.1, 2000); e se l'evoluzione del diritto del lavoro può leggersi, in altri termini, come il progressivo disvelamento delle mistificazioni insite nell'asserita condizione di parità delle parti, dotate viceversa di una ben diversa forza contrattuale, è da ritenere che questo *revival* della volontà e la parallela svalutazione delle norme inderogabili finiscano per realizzare un piano inclinato che condurrebbe ad un sorprendente recupero di modelli per così dire generalisti, come tali insensibili alla specificità dei singoli rapporti.

Del resto, questo dibattito ha trovato - o avrebbe dovuto trovare - un punto fermo nella sentenza n.115/1994 della Corte costituzionale che, con una pronuncia interpretativa di rigetto, dopo aver affermato che non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura (ove da ciò derivi l'inapplicabilità di norme inderogabili di tutela); ha aggiunto - ed è questa la parte della motivazione che qui soprattutto interessa - che "a maggior ragione non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato". "I principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia, infatti - ha concluso

sul punto la Corte -, sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti".

Come ha scritto Massimo D'Antona in uno splendido saggio di commento a questa importante sentenza del giudice delle leggi (*Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2000, pp.63 ss.), in tale pronuncia viene enucleato un limite costituzionale alla discrezionalità legislativa (e - può aggiungersi - a quella delle parti) ed essa suona anche come un opportuno monito, "ricordando al diritto del lavoro le ragioni della sua autonomia dal diritto comune", nel senso che dall'esito del procedimento classificatorio del contratto dipende, nella disciplina in oggetto, "l'attuazione di una vasta regolamentazione eteronoma, che riflette interessi superiori rispetto a quelli delle parti, quali risultano in primo luogo dal sistema delle garanzie e dei diritti costituzionali del lavoro subordinato, che a loro volta formano parte integrante del modello di costituzione economica, nella misura in cui segnano i principali punti di equilibrio tra libertà economica e doveri inderogabili di solidarietà sociale".

In definitiva, la *voluntas legis* domina qui sulla *lex voluntatis* grazie alla inderogabilità degli effetti, senza che possa, tuttavia, escludersi che la volontà delle parti operi come criterio meramente sussidiario per concorrere ad accertare, nei casi dubbi, la 'natura' del rapporto di lavoro.

6.- *Un possibile aggiornamento della nozione di subordinazione.-*

a) *Una questione elusa dalla giurisprudenza di legittimità: metodo tipologico o sussuntivo?*

Stabilita la sostanziale irrilevanza della qualificazione attribuita dalle parti al contratto da esse posto in essere, e prima di procedere nell'indagine volta ad individuare più adeguati criteri di individuazione della fattispecie in questione, sembra utile sottolineare come in giurisprudenza sia stata del tutto assente - o quasi - una riflessione sulla distinzione tra metodo *tipologico* e *sussuntivo*, che nella dottrina giuslavoristica ha invece formato oggetto di un dibattito risalente nel tempo.

Ci si sofferma su tale binomio non per già per compiere una mera esercitazione di carattere teorico (che sarebbe, tanto più in questa sede, del tutto fur di luogo), ma perché la consapevolezza del significato di tali criteri - e la conseguente possibilità di stabilire a quale di essi far più convenientemente ricorso - può orientare l'interprete, comportando "una netta implicazione di politica del diritto".

In termini riassuntivi può dirsi - ancora sulle orme di D'Antona - che chi si attiene al metodo tipologico parte dal presupposto che nella nozione di subordinazione che adotta *vi possono non essere* tutti i caratteri specifici che si rilevano nel caso concreto, e sarà quindi attento a quanto emerge dalla realtà sociale, nel senso che ogni nuova figura che si propone al giudizio di qualificazione solleciterà un aggiornamento della nozione astratta, intesa come sintesi della definizione legale e dei dati di esperienza, filtrati alla luce degli scopi del giudizio di qualificazione. Il metodo sussuntivo, all'opposto, assume che la qualificazione si risolva nel confronto tra la fattispecie concreta e la nozione astratta di subordinazione, la quale *già contiene* tutti gli elementi necessari alla classificazione.

Il metodo tipologico, quindi, consente un processo di aggiornamento giurisprudenziale della nozione di subordinazione in base all'evoluzione dei modelli sociali (nella consapevolezza che non esiste una nozione univoca di subordinazione), mentre quello sussuntivo, in apparenza immune dal soggettivismo, conduce al formalismo ed all'astrattezza dei concetti e, di fronte alla molteplicità dei caratteri che le prestazioni lavorative via via assumono, finisce per costringere l'interprete a vere e proprie *manipolazioni* della definizione data al fine di pervenire a risultati non dissonanti rispetto al comune sentire.

Quando si afferma, ad esempio, che la eterodirezione è componente inessenziale e mutevole (e si ricorre ai criteri c.d. sussidiari) in quanto riflette modelli organizzativi propri della produzione industriale accentrata, si immette nel concetto astratto un dato emergente dalla realtà sociale che aspira a tipizzarsi e di conseguenza viene a ridimensionarsi il requisito dell'eterodirezione rigida a favore di una dipendenza essenzialmente economico-funzionale. Ma di questo

processo sembra che la corte di cassazione non abbia piena contezza, sì che, se può condividersi il pensiero di chi ha osservato che essa "è tipologica senza saperlo", come dimostrerebbe il fatto che nelle sue sentenze ripetutamente si afferma che gli indici della subordinazione vanno considerati nel loro insieme ed alla luce delle circostanze concrete in cui si svolge il rapporto (M.D'Antona, *Le metamorfosi della subordinazione, relazione al convegno "A 25 anni dallo Statuto: quale futuro per i lavoratori?"*, Napoli, novembre 1995); è pur vero che non di rado rivela una vocazione "sussuntiva" o quanto meno una forte resistenza ad abbandonare tale criterio ed a privilegiare, fin dove possibile, la nozione "consolidata" della subordinazione: una situazione di incertezza, questa, che non è priva di costi in quanto, da un lato, comporta talora rado delle forzature, come quando - surrettiziamente o quasi - si introducono in una cornice che si intende mantenere *rigida* elementi di *flessibilità* e, dall'altro, contribuisce ad indebolire il ruolo nomofilattico della Corte in favore - come si è in precedenza osservato - di decisioni ispirate, nei singoli casi, a principi di giustizia sostanziale e privi, quindi, di un effettivo carattere di omogeneità.

b) *Di alcune decisioni innovative della Corte di cassazione.*

In tale contesto, appare allora opportuno soffermarsi su alcune decisioni della Corte di cassazione che, al di là dell'adeguatezza o meno delle motivazioni che le sorreggono, hanno ad ogni modo il merito, da un lato, di rendere visibile il ricorso al criterio tipologico e, dall'altro, di compiere, *nella situazione data* (con riferimento, cioè, all'attuale struttura produttiva, al "nuovo" mercato del lavoro, ai processi di decentramento imprenditoriale, ecc.), una esplicita opzione in direzione di un *ridimensionamento* dell'elemento rappresentato dall'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo del datore di lavoro, come tradizionalmente inteso.

La prima di tali pronunzie è la n.9167 del 6 luglio 2001. In essa si è affermata la natura subordinata del rapporto intercorso tra l'azienda ed alcuni rappresentanti di prodotti farmaceutici, sul presupposto che il vincolo di soggezione del

lavoratore al potere direttivo del datore, inteso come sottoposizione a ordini specifici, nonché al costante controllo nell'esecuzione della prestazione, diverrebbe, con l'evolversi dei sistemi di organizzazione del lavoro in direzione di una sempre più diffusa esternalizzazione di interi settori del ciclo produttivo, sempre meno significativo della subordinazione. In riferimento a tali nuove realtà, assumerebbe, cioè, valore di indice determinante della subordinazione "l'assunzione per contratto dell'obbligazione di porre a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative e di impiegarle con continuità e diligenza, secondo le direttive di ordine generale impartite dal datore di lavoro per il perseguimento dei fini dell'impresa". Ed è da notare al riguardo che proprio in relazione all'attività del propagandista scientifico vi sono state numerose pronunzie difformi della cassazione, che hanno ritenuto determinante l'assoggettamento 'pieno' del prestatore al potere gerarchico e disciplinare dell'imprenditore, non essendo a tal fine sufficienti direttive generiche, compatibili con il lavoro autonomo.

La seconda sentenza alla quale si intende far riferimento è quella n.2842 del 28 febbraio 2002, nella quale si ribadisce, in buona sostanza, l'impianto teorico della prima, insistendosi in particolare sulla sufficienza, per la configurazione della subordinazione, di direttive di ordine generale impartite dal datore di lavoro e della messa a disposizione delle energie lavorative "in funzione dei programmi cui è destinata la produzione, per il perseguimento dei fini propri dell'impresa datrice di lavoro" (ancorché un rapporto di lavoro subordinato non sia stato, nella specie, ritenuto sussistente in difetto del carattere della obbligatorietà delle prestazioni). Una sentenza che è stata, tra gli altri, criticata sotto taluni aspetti da Luca Nogler (*Negli "obiter dicta" della Cassazione si consolida la giurisprudenza "Simoneschi" in tema di subordinazione*, in *Mass.giur.lav.*, 2002, pp.427 ss.), il quale ha sottolineato tuttavia che tale indirizzo giurisprudenziale ha comunque il merito di farsi carico della necessità di assecondare l'estrema variabilità che la subordinazione assume in un

sistema un cui convivono ambiti e strutture produttive assai diversificati tra loro.

Merita infine un cenno Cass.20 marzo 2002 n.4015, ove si è riconosciuta l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, osservandosi, con riferimento alla fattispecie sottoposta alla sua cognizione, che l'assoggettamento appare implicitamente e necessariamente presupposto dall'accertato inserimento dei lavoratori nell'organizzazione aziendale, dall'espletamento delle mansioni di cameriera e pizzaiolo, svolte con continuità e nel rispetto di un orario prestabilito, nell'ambito di una piccola struttura di ristorazione gestita dalla titolare, priva di altri dipendenti e collaboratori.

Come è stato osservato in una nota a detta pronunzia, essa non si sottrae a critica nella parte in cui mette in effetti in discussione il principio secondo cui ogni attività umana, economicamente rilevante, può essere dedotta - indifferentemente - in un contratto di lavoro subordinato ovvero autonomo: tuttavia, il "pregio" di tale decisione sta - a mio giudizio - nel fatto che, aderendo in buona sostanza al metodo tipologico, essa riconduce la nozione del potere gerarchico alla particolare dimensione in cui si collocavano i rapporti di lavori in questione (una dimensione, questa volta, del tutto tradizionale, appartenente - per così dire - ad un modello ottocentesco) e, preso atto di tale circostanza, ritiene il requisito dell'assoggettamento del potere direttivo *immanente* ai rapporti suddetti, essendo inconcepibile che, in presenza della titolare di quella piccola azienda, i due dipendenti, a prescindere dalla prova di uno specifico e costante assoggettamento alle direttive della prima, potessero usufruire di quell'autonomia, seppur minima, che caratterizza le prestazioni disciplinate dagli artt.2222 segg. cod.civ.

c) *Verso una nuova definizione della subordinazione?*

Al termine di questo breve *excursus* sembra di poter dire che è ormai evidente la necessità di un ancoraggio ad un diverso elemento identificativo della subordinazione, che ben può essere costituito - come affermato da Massimo Roccella - dalla *etero-organizzazione*. Come è stato da questi incisivamente osservato, quelle che cambiano sono le forme di

manifestazione del lavoro subordinato, ma la sostanza è sempre la stessa: occorre in realtà considerare che lo schema mentale di riferimento della giurisprudenza e di parte della dottrina è ancora quello della catena di montaggio, che rappresenta soltanto un modo di manifestazione del lavoro subordinato che, tuttavia, continua ad esistere anche nell'epoca post-fordista; e che l'assoggettamento al potere direttivo costituisce soltanto una manifestazione esteriore del lavoro subordinato. E' sufficiente leggere i contratti collettivi - nota ancora Roccella - per rendersi conto che, a partire da un certo livello di inquadramento, la prestazione lavorativa viene svolta con autonomia: ma un conto è *l'autonomia tecnico-esecutiva*, che è propria anche del lavoro subordinato e sempre più lo caratterizzerà; altro conto è *l'autonomia economico-organizzativa*, la quale comincia esattamente là dove finisce il lavoro subordinato.

In realtà, si sono dimenticate troppo presto, in quanto ritenute - forse - espressione di un orientamento teorico collegato al pensiero marxiano - le intuizioni di chi (F.Mazziotti, in *Diritto del lavoro*, Napoli, 1984) già molti anni addietro aveva identificato la dipendenza nella subordinazione socio-economica, nello svolgimento, cioè, di attività senza alcuna organizzazione di capitale o di lavoro altrui e senza partecipazione al risultato finale cui l'attività è destinata, attribuendo un ruolo decisivo alla *alienità* di chi svolge il lavoro rispetto ai mezzi di produzione ed al risultato dell'attività aziendale. Certo, la dipendenza socio-economica - prosegue Mazziotti - vi è anche nel lavoro autonomo, ma qui vi è un lavoro "prevalentemente" proprio, che gli consente di autorganizzare la sua attività e di avvalersi, purché in misura non prevalente, di lavoro e capitale altrui; laddove la eterorganizzazione è del tutto estranea al lavoro subordinato: il risultato dello scambio è - qui - la mera forza-lavoro, concessa ad altri perché la trasformi in lavoro oggettivato (nell'attuazione del fine proprio dell'impresa), con la conseguenza che il lavoratore entra nella sfera organizzativa del datore di lavoro.

Prima di concludere, può essere opportuno far presente che anche in Germania è in atto una discussione, circa la nozione di lavoro subordinato, che presenta tratti non

dissimili da quella che si svolge nel nostro paese. Ebbene, in un ampio saggio che ho avuto occasione di leggere (*Ridefinire la nozione di subordinazione? Il dibattito in Germania*, in *Giorn.dir.rel.ind.*, n.86,2000) tre noti giuslavoristi (Ulrich Muckenberger, Rolf Wank e Herbert Buchner) mettono a confronto le loro opinioni ed al termine della sua riflessione Muckenberger propone una definizione della subordinazione che mi ha dato da pensare. "E' prestatore di lavoro subordinato - egli scrive - colui che viene occupato alle altrui dipendenze nel rispetto delle direttive impartitegli ed è inserito nell'altrui organizzazione imprenditoriale, facendo uso di mezzi e strumenti messi a disposizione e la cui prestazione lavorativa si inserisce nell'organizzazione dell'impresa. L'assoggettamento al potere direttivo sussiste se il lavoratore non ha alcun margine di libertà imprenditoriale ovvero se il risultato della prestazione lavorativa non gli viene imputato. In particolare, la libertà imprenditoriale manca se il lavoratore non occupa lavoratori alle sue dipendenze, se non è dotato di una propria organizzazione imprenditoriale, se non investe propri capitali nella attività lavorativa e se, *in linea di principio* (il corsivo è mio: ndr), presta la sua attività in favore di un unico datore".

Mi chiedo: non è, questa, una definizione assai più chiara ed articolata di quella accolta dalla prevalente giurisprudenza, fondata com'è su riferimenti fattuali più agevolmente individuabili nei singoli casi e più aperti ad un approccio di natura tipologica, piuttosto che su concetti astratti e rigidi (quali l'assoggettamento alle direttive del datore, ecc.) che finiscono poi per essere volta a volta, a seconda della fattispecie in esame, compressi o dilatati? e non è, la definizione suddetta, pienamente compatibile con la disposizione di cui all'art.2094 cod.civ. e con la *ratio* che ispira tutta la normativa posta a tutela del lavoro dipendente? e - in definitiva - è proprio necessario una (improbabile) riscrittura dell'art.2094 per adeguare la nozione di subordinazione alla fase attuale o non può già pervenirsi a quel risultato *de iure condito*?

Concludo osservando (avvalendomi per l'ennesima volta dell'insegnamento di D'Antona) che la subordinazione (quale che sia - aggiungo - la definizione datane), deve rimanere ad

ogni modo un concetto dinamico e aperto, nella cui applicazione l'interprete deve essere sempre in grado di verificare la coerenza della scelta di inclusione/esclusione con i valori costituzionali sottesi al sistema delle norme inderogabili del diritto del lavoro. Ciò non significa trascurare l'esigenza, ormai matura, di una incisiva redistribuzione delle tutele in presenza di un mercato del lavoro rispetto al quale l'attuale normativa si rivela largamente inadeguata: ma questo è un altro discorso che verrà ora svolto dall'amico e collega Giovanni Cannella.

Sergio Mattone