

Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno *Statuto dei lavori*

a cura di Marco Biagi e Michele Tiraboschi su incarico del Ministro del lavoro Tiziano
Treu (1997-1998)

POSIZIONE DEL PROBLEMA

1. Delineare un'ipotesi di lavoro per la realizzazione di uno *Statuto dei lavori* impone di individuare, in via preliminare, gli obiettivi politici e giuridici che si intendono (e che concretamente si possono) perseguire. Solo una volta identificati con chiarezza tali obiettivi si potranno infatti indicare gli strumenti più efficaci per garantirne una adeguata realizzazione.

2. L'analisi del dibattito dottrinale, sindacale e politico degli ultimi anni indica molteplici (e spesso contrapposti) percorsi di riforma del diritto del lavoro italiano:

A) vi è chi propone, per esempio, di accordare anche ai rapporti di lavoro prestati in forma continuativa e coordinata, seppure senza vincolo di subordinazione, una tutela minima di legge (così il Disegno di Legge n. 2049, Norme di tutela dei lavori «atipici», d'iniziativa dei senatori Smuraglia, M. De Luca e altri). La nuova normativa posta a tutela dei rapporti di lavoro atipici/parasubordinati verrebbe a sommarsi, in questa prospettiva, alle tutele già previste per i rapporti di lavoro subordinato;

B) vi è chi, all'opposto, reclama maggiore «flessibilità» nelle fasi di costituzione, gestione e risoluzione dei rapporti di lavoro, e chiede, in particolare, di modificare la disciplina limitativa dei licenziamenti come fattore di incentivazione alla creazione di nuovi posti di lavoro;

C) in una posizione intermedia si colloca invece chi suggerisce di «rimodulare» le tutele del diritto del lavoro mediante l'individuazione di un *continuum* di tipologie negoziali (lavoro subordinato, autonomo, parasubordinato, associato, cooperativo, etc.), tutte accomunate dal coordinamento economico-organizzativo di una prestazione lavorativa nel ciclo produttivo, come fattore costante e normale dell'attività organizzata da altri. Verrebbe superata, in questo modo, l'alternativa qualificatoria «secca» tra autonomia e subordinazione: a queste tipologie negoziali verrebbe infatti riconosciuto un nucleo minimo di tutele, mentre soltanto al lavoro subordinato in senso stretto verrebbero accordate tutte le tutele tipiche del diritto del lavoro. Lungo questo *continuum* di tipologie negoziali, più ci si allontana dalla subordinazione in senso stretto (ex art. 2094 c.c.), più si restringe la normativa di tutela accordata, sino ad arrestarsi al nucleo normativo minimo comune a tutte le ipotesi di lavoro;

D) largo credito riscuote poi la posizione di chi suggerisce di valorizzare l'autonomia negoziale individuale agevolando il passaggio da un quadro legale

dominato dalla norma inderogabile ad una tutela disponibile, fatto salvo un nucleo minimale di tutele imputabili indifferentemente tanto al lavoro autonomo che al lavoro subordinato;

E) Non mancano, infine, suggerimenti provenienti dall'analisi comparata. Particolarmente suggestivo, in proposito, è il dibattito francese sul superamento dell'alternativa classificatoria autonomia-subordinazione: il recente rapporto governativo del Commissariat du Plan (1995) propone infatti la elaborazione di una nuova tipologia legale — il *contrat d'activité* — nel cui ambito verrebbero a confluire tanto il lavoro autonomo che il lavoro subordinato. Più precisamente, l'ipotesi di riforma suggerisce il passaggio dallo statuto "statico" de l'*emploi* allo statuto "dinamico" de l'*actif*, inteso quale percorso flessibile in cui si alternano attività autonome, subordinate, associative, formative, imprenditoriali, etc. E' quanto propone in Italia quella dottrina che chiede al diritto del lavoro di concentrarsi più sui problemi generali dell'occupazione che sulle garanzie del rapporto individuale di lavoro, ipotizzando un percorso professionale volto a valorizzare la risorsa umana nell'accesso alla formazione, alle informazioni e, conseguentemente, all'impiego.

3. Dietro a tutte queste proposte di riforma (e l'elenco potrebbe continuare) si manifestano obiettivi di politica del diritto e di politica legislativa difficilmente conciliabili, e che pure sono più o meno chiaramente presenti nei diversi schieramenti che compongono l'attuale maggioranza di governo. Una scelta netta in favore dell'una o dell'altra di queste opzioni potrebbe pertanto rivelarsi controproducente, in quanto renderebbe particolarmente difficile la ricerca del necessario consenso politico (e sindacale) e, dunque, il raggiungimento di un ragionevole compromesso tra le diverse istanze sottese a ciascun percorso di riforma del diritto del lavoro.

4. Per superare queste difficoltà, la proposta di uno *Statuto dei lavori* non dovrebbe essere espressamente ricollegata ad una specifica (e ambiziosa) ipotesi di riforma complessiva del diritto del lavoro, diretta vuoi alla creazione di nuova occupazione, vuoi alla rimodulazione delle tutele del diritto del lavoro, vuoi alla estensione delle tutele alle fasce deboli del mercato del lavoro, etc. Non esistono prove, del resto, che una riforma del quadro legale (neppure una riforma nel segno della c.d. «deregolazione») sia di per sé idonea, nel lungo periodo, a conseguire determinati obiettivi economici. Mentre l'idea di inseguire l'evoluzione del mercato del lavoro e/o del ciclo economico con una riforma complessiva della strumentazione giuridica potrebbe rivelarsi un'operazione inutile se non addirittura controproducente: si pensi, in proposito, alla recente esperienza spagnola che ha visto susseguirsi nell'arco degli ultimi anni, in rapida serie, ben tre riforme del mercato del lavoro che non hanno avuto altro risultato, al momento, se non quello di agevolare un eccessivo ricorso a tipologie di lavoro temporaneo e, dunque, un incontrollato *turn over* nella forza-lavoro.

5. Se si vogliono attenuare le polemiche e le contrapposizioni ideologiche, l'obiettivo dichiarato dovrebbe allora apparire meno ambizioso e, allo stesso tempo, più pragmatico. L'ipotesi di uno *Statuto dei lavori* potrebbe infatti trovare maggiore consenso e praticabilità se esso venisse presentato come uno strumento diretto a garantire una maggiore certezza del diritto in materia di rapporti di lavoro e fosse

dunque sostanzialmente preordinato alla riduzione del contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro.

6. Questo obiettivo, oltre ad ingenerare minori timori, attese e/o resistenze “politiche”, potrebbe incontrare il favore:

— degli imprenditori, in quanto sarebbe fortemente circoscritta la possibilità di incursioni giudiziali *ex post* (con i conseguenti rischi connessi alla complessità della materia) su rapporti di lavoro consapevolmente qualificati *ex ante* dalle parti come *non* di lavoro subordinato;

— del sindacato, in quanto la predisposizione di strumenti diretti a prevenire l’insorgere di controversie in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro, oltre ad aprire nuovi spazi alle forme di autotutela collettiva sul piano dell’ordinamento intersindacale (ora compresse dal sovradimensionamento del contenzioso giudiziale), dovrà necessariamente basarsi *anche* sulla predisposizione di un nucleo minimale di tutele imputabili indifferentemente tanto al lavoro autonomo che al lavoro subordinato;

— dei lavoratori, non solo perché l’*effettività* della tutela dei loro diritti sostanziali dipende soprattutto dal tipo e dall’accessibilità del “rimedio” con il quale lo si può far valere e difendere, ma anche perché alcune “garanzie” accordate ai datori di lavoro in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro dovrebbero agevolare l’instaurazione di contratti di lavoro (non necessariamente subordinato, e purtuttavia) regolari e stabili nel tempo;

— della Pubblica Amministrazione, che vedrebbe per un verso valorizzate le proprie funzioni (si pensa, in particolare, ad un suo coinvolgimento reale e non meramente burocratico nella “certificazione” dei rapporti di lavoro) e per l’altro razionalizzate le proprie competenze (ispettori del lavoro, ispettori dell’INPS etc. vedrebbero concentrarsi i loro sforzi non nella problematica qualificazione di rapporti di lavoro per loro natura di difficile identificazione concettuale, ma nella repressione di fenomeni di reale evasione contributiva, fiscale, e di elusione delle norme sostanziali del diritto del lavoro);

— degli stessi giudici, che potrebbero giovare di una razionalizzazione del contenzioso giudiziale e di una deflazione del carico giudiziario in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro, a tutto vantaggio dell’effettività e rapidità della giustizia statale.

7. Per conseguire questo obiettivo si propone di procedere in due direzioni, solo apparentemente distinte, ma in realtà indissolubilmente legate l’una all’altra:

A) da un lato si cercherà di concretizzare l’idea di predisporre un meccanismo di “certificazione”, in sede amministrativa, della qualificazione assegnata dalle parti al rapporto di lavoro (v. di seguito la sezione I. CERTIFICAZIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO);

B) dall'altro lato, al fine rendere effettivo tale meccanismo, si dovrà conseguentemente procedere a rimuovere alcune delle cause che concorrono ad alimentare il contenzioso in materia di rapporti di lavoro e la fuga "fisiologica" nel sommerso e nell'atipico (altra cosa, invece, è la fuga "patologica", che, oltre a erodere le garanzie del lavoro, è anche un elemento di distorsione della concorrenza tra le imprese e come tale va repressa), delineando un percorso di tendenziale riduzione delle differenze di trattamento normativo e contributivo che, attualmente, accompagnano i rapporti di lavoro autonomo e quelli di lavoro subordinato (v. di seguito la sezione II. RIMODULAZIONE DELLE TUTELE).

APPUNTI PER UN POSSIBILE PERCORSO DI RIFORMA LEGISLATIVA

Sezione I – «CERTIFICAZIONE» DEI RAPPORTI DI LAVORO

1. L'idea di "certificare" i rapporti di lavoro in una sede amministrativa può rappresentare una adeguata risposta al sovradimensionamento del contenzioso giudiziale in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro a condizione che:

A) si tengano presente, sul piano del metodo, le indicazioni contenute nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale, e in particolare nella sentenza 23-31 marzo 1994 n. 115: «Questa Corte ha 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 delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato. A maggiore 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 lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato. I principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia, infatti, sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti.».

B) si tratti di un meccanismo volontario e incentivante, nel senso che i "benefici" per entrambe le parti del rapporto siano superiori ai relativi "costi";

C) l'organo amministrativo davanti al quale vengono formalizzati i rapporti di lavoro possa svolgere anche un ruolo di "giudice" di prima istanza nel caso dell'insorgere di una controversia sulla qualificazione *ex post* del rapporto stesso;

D) venga reso meno squilibrato, a monte, soprattutto sotto il profilo delle prestazioni contributive e previdenziali, il "gioco" delle convenienze circa la riconduzione del rapporto di lavoro in uno schema negoziale piuttosto che in un altro.

2. Si ricorda, in proposito, che la recente recezione nel nostro ordinamento della Direttiva n. 91/533/CEE sulla prova del contratto di lavoro ha introdotto una serie di costi per le imprese senza che ad essi corrisponda (direttamente o indirettamente) alcun beneficio. Il Decreto Legislativo con cui è stata recepita la direttiva si pone infatti semplicemente l'obiettivo di certificare l'avvenuta instaurazione del rapporto di lavoro, consentendo contestualmente agli uffici di collocamento, cui sono trasmesse analoghe informazioni, di espletare i relativi adempimenti amministrativi. Alla luce della nuova normativa, il datore di lavoro è ora obbligato a consegnare al lavoratore, entro trenta giorni dalla data di assunzione, un documento sottoscritto, contenente l'indicazione degli elementi del rapporto di lavoro che costituiscono, tassativamente, oggetto di

espressa specificazione quanto a modalità e termini dello svolgimento della prestazione, per taluni dei quali è peraltro sufficiente il rinvio al contratto collettivo.

3. Quello che attualmente è un vincolo (un costo) per le imprese potrebbe essere invece trasformato in una opportunità (un beneficio) qualora la certificazione riguardasse non solo e non tanto l'*instaurazione* di un rapporto di lavoro subordinato, ma anche la stessa *qualificazione giuridica* del contratto.

4. E' naturalmente impensabile ipotizzare un meccanismo burocratico attraverso cui "blindare", solo per la particolare sede in cui viene resa la dichiarazione negoziale, la qualificazione assegnata dalle parti al rapporto di lavoro. E' vero infatti che dall'esistenza di norme inderogabili e di vincoli nella scelta del tipo contrattuale non può automaticamente dedursi la compressione dell'autonomia negoziale nella determinazione del contenuto del contratto (v. già Treu, 1968). Ma è altrettanto vero che, in un rapporto di durata come quello di lavoro, resta pur sempre compito del giudice accertare la corrispondenza tra quanto dichiarato dalle parti (in ordine al *nomen iuris* e al contenuto del contratto) e quanto effettivamente realizzato sul piano dei fatti. Una eventuale dichiarazione resa ufficialmente dalla parti in sede amministrativa non sposterebbe del resto nulla sul piano dell'onere della prova (visto che spetterebbe sempre al ricorrente dimostrare *ex art. 2697 c.c.* i fatti su cui si fonda la sua domanda), né escluderebbe peraltro incursioni giudiziali promosse (questa volta) dall'INPS contro accordi simulatori, fraudolenti, ovvero nei riguardi di qualificazioni ritenute inesatte.

5. Detto questo esistono tuttavia spazi sufficienti nel nostro ordinamento per ipotizzare un meccanismo che "garantisca" alle parti (ed in particolare al datore di lavoro) di fare affidamento su una determinata qualificazione del rapporto di lavoro, a condizione che:

A) vi sia una sostanziale corrispondenza tra quanto dichiarato in sede amministrativa e quanto di fatto realizzato nello svolgimento del rapporto di lavoro;

B) si distingua chiaramente, sul piano sostanziale, tra una area di inderogabilità assoluta o di ordine pubblico che trova il suo fondamento in principi e/o norme di rango costituzionale (salute e sicurezza, libertà e dignità della persona, tutela della maternità, retribuzione sufficiente, etc.) e una area di inderogabilità relativa, gestibile dalle parti collettive in sede di contrattazione collettiva e/o dalle parti individuali in sede di costituzione del rapporto di lavoro ma, in quest'ultimo caso, *solo* davanti all'organo amministrativo (retribuzioni sopra la soglia della sufficienza, gestione dei percorsi di carriera, durata del preavviso, stabilità del rapporto, trattamento in caso di sospensione del rapporto, modulazione dell'orario di lavoro, etc.);

C) si realizzi un corrispondente riassetto normativo delle prestazioni previdenziali, delineando uno zoccolo previdenziale comune per i lavoratori autonomi e per i lavoratori subordinati che, nel garantire un gettito contributivo di base per tutti i rapporti di lavoro, contribuisca a sdrammatizzare il problema qualificatorio delle singole fattispecie anche per l'INPS. (Si ricorda, in proposito, che lo sviluppo "selvaggio" di schemi di lavoro parasubordinato più o

meno chiaramente simulati è stato per lungo tempo incentivato dalla esenzione di tale categoria di lavoro dagli obblighi contributivi previdenziali; esenzione che è venuta meno solo con l'imposizione del contributo del 10 per cento *ex Legge n. 335/1995*).

6. A questo proposito, ci si propone di verificare la plausibilità del seguente meccanismo di “certificazione” dei rapporti di lavoro. L'idea, come anticipato, è che l'organo amministrativo davanti al quale vengono “certificati” i rapporti di lavoro possa svolgere anche un ruolo di “giudice” di prima istanza ⁽¹⁾ nel caso dell'insorgere di una controversia sulla qualificazione *ex post* del rapporto stesso, con relativo potere di “parziale sbarramento” (probatorio, ma non certo sostanziale né procedurale) alla prosecuzione della controversia davanti al Pretore del lavoro.

6.1. L'organo amministrativo competente a “certificare” la qualificazione del rapporto di lavoro proposta dalle parti potrebbe essere qualcosa di simile all'attuale «commissione di conciliazione» istituita *ex articolo 410, comma 3, c.p.c. (Tentativo facoltativo di conciliazione)*: «Con provvedimento del direttore dell'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione è istituita in ogni provincia, presso l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, una commissione provinciale di conciliazione composta dal direttore dell'ufficio stesso o da un suo delegato, in qualità di Presidente, da quattro rappresentanti effettivi e da quattro supplenti dei datori di lavoro e da quattro rappresentanti effettivi e da quattro supplenti dei lavoratori, designate dalla rispettive organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative su base nazionale». Il comma 4 aggiunge: «commissioni di conciliazione possono essere istituite, con le stesse modalità e con la medesima composizione di cui al precedente comma, anche presso le sezioni zonali degli uffici provinciali del lavoro e della massima occupazione»).

Data la complessità delle nuove attribuzioni si potrebbe peraltro pensare di:

- ampliare il numero complessivo dei rappresentanti effettivi e dei rappresentanti supplenti, prevedendo al contempo che la commissione affidi l'attività di certificazione a proprie sottocommissioni (già previste dal comma 5 dell'articolo 410 c.p.c.), composte da un delegato dell'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, in qualità di presidente, da un rappresentante dei lavoratori e da un rappresentante dei datori di lavoro;
- rispetto all'attuale formulazione del codice di procedura civile al posto dell'ufficio provinciale del lavoro si potrebbe pensare al coinvolgimento delle direzioni provinciali, in modo da assicurare una certa uniformità nella applicazione delle griglie e dei formulari di certificazione;
- prevedere che tanto il delegato della direzione provinciale, quanto i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro abbiano una particolare

¹ Il termine “giudice” è usato in senso atecnico: la commissione di conciliazione non è infatti organo giurisdizionale.

competenza in materia (che siano in possesso, per esempio, di un diploma universitario in diritto del lavoro e relazioni industriali, etc.): la mancanza di competenze specifiche è infatti una delle critiche maggiori che, in altri Paesi, vengono rivolte a organismi con funzioni analoghe: si pensi, in particolare, alle difficoltà di funzionamento di quegli organi giurisdizionali-amministrativi che sono i Tribunali industriali nel Regno Unito;

L'individuazione più precisa dell'organo amministrativo competente dipenderà naturalmente dagli sviluppi delle deleghe previste nella Legge «Bassanini». Si è comunque pensato alla «commissione di conciliazione» perché ad essa, oltre alla certificazione del rapporto di lavoro, spetterebbe una competenza di prima istanza nella risoluzione delle eventuali controversie che potrebbero insorgere dalla qualificazione del rapporto.

6.2. Ipotizzare una attività di “certificazione” circa la qualificazione del rapporto di lavoro non significa naturalmente che le parti possano disporre, direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione formale resa davanti all'organo amministrativo, del tipo contrattuale, né tantomeno decidere la non applicazione di norme inderogabili di ordine pubblico a rapporti oggettivamente di lavoro subordinato. Questa possibilità, come detto, è infatti esclusa dalla Corte Costituzionale (sentenza 23-31 marzo 1995). In questo senso, la procedura di certificazione non potrà impedire alle parti di ricorrere in giudizio per sostenere una diversa qualificazione del rapporto, quantunque si sia in presenza di una dichiarazione resa davanti ad un apposito organo amministrativo.

6.3. Con il meccanismo di certificazione, piuttosto, si offrono delle “garanzie” circa la “tenuta” della qualificazione del rapporto in sede giurisdizionale, attribuendo alla commissione di conciliazione la funzione di filtro pre-giudiziale in grado di incidere sul piano “probatorio” in caso di eventuale prosecuzione della controversia davanti al Pretore del lavoro:

— l'organo amministrativo svolgerà in via preventiva un'attività di consulenza circa la determinazione del contenuto del contratto, indicando le clausole indisponibili e quelle disponibili, sulla scorta di appositi formulari e di una griglia di indici della subordinazione, della parasubordinazione, della autonomia, della associazione, etc. predisposti dal Ministero del lavoro alla luce dell'attuale elaborazione giurisprudenziale per ogni concreta attività di lavoro e, dunque, per ogni figura negoziale (v. il punto 13.6.). Tali formulari e tali griglie svolgeranno peraltro anche una funzione di “parametro” per tutti i rapporti di lavoro nell'ambito dell'attività degli ispettori del lavoro;

— l'atto che ha ottenuto tale “validazione” in sede amministrativa non potrà essere impugnato dalle parti firmatarie se non in presenza di determinati vizi del consenso;

— le parti che sottoscrivono il contratto in questa sede si impegnano, in caso di controversia, ad esperire davanti alla stessa commissione una procedura obbligatoria di conciliazione, come condizione di procedibilità dell'azione

giudiziaria, in caso di controversia *ex post* sulla qualificazione del rapporto di lavoro (il tentativo obbligatorio di conciliazione è già previsto, nel nostro ordinamento dall'articolo 5 della Legge n. 108/1990 in materia di licenziamenti individuali, e non ha sollevato particolari problemi di legittimità costituzionale: l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione ha infatti solo un effetto sospensivo sul processo, mentre è affidata ad un mero atto di riassunzione la prosecuzione del processo, di modo che vengono mantenuti gli effetti della domanda introduttiva. V. Corte Costituzionale 4 marzo 1992 n. 82. Il tentativo obbligatorio di conciliazione è peraltro previsto anche in un progetto del CNEL del 1986);

— davanti alla commissione di conciliazione la controversia dovrà essere istruita come se si fosse in presenza di una sorta di Tribunale industriale, con distribuzione del carico probatorio *ex* articolo 2697 c.c., e con poteri informali di assunzione delle prove da parte della commissione stessa, al fine di verificare la corrispondenza tra quanto dichiarato *ex ante* e quanto di fatto realizzato durante lo svolgimento del rapporto di lavoro. Si tratta comunque sempre di una sede amministrativa e non invece di una forma, neppure *sui generis*, di giurisdizione speciale;

6.4. A questo punto si possono verificare tre ipotesi:

A) il tentativo di conciliazione ha esito positivo, e pertanto il problema viene risolto;

B) ove il tentativo di conciliazione fallisca, ciascuna delle parti può, entro un determinato termine, promuovere il deferimento della controversia al collegio arbitrale previsto dal contratto collettivo nazionale di lavoro applicabile, o, in mancanza, ad un collegio composto da un rappresentante scelto da ciascuna parte e da un presidente scelto di comune accordo o, in difetto, dal direttore della direzione provinciale del lavoro (un meccanismo analogo è già previsto dal comma 6, dell'articolo 5, della Legge n. 108/1990);

C) fallisce il tentativo di conciliazione e non si attiva l'arbitrato: in questo caso la parte attrice può iniziare il giudizio davanti al Pretore del lavoro. Tuttavia, e qui sta l'elemento "dissuasivo", il comportamento complessivo tenuto dalle parti nella fase di costituzione del rapporto di lavoro e nella successiva fase di conciliazione verrà valutato dal giudice ai sensi degli articoli 91, 92 e 96 c.p.c. (pagamento delle spese processuali).

6.5. Nell'ipotesi di cui alla lettera c) (fallimento del tentativo di conciliazione), il processo viene dunque riassunto a cura di una delle parti entro un termine perentorio di ... giorni. In questa sede, nel caso in cui il rapporto di lavoro si sia sostanzialmente svolto in conformità alla qualificazione e ai contenuti del rapporto concordati *ex ante* davanti alla commissione di conciliazione, la parte che intende continuare il processo avrà pertanto di fronte un primo sbarramento

sul piano probatorio (nel senso che sarà particolarmente difficile rovesciare una qualificazione concordata con tutte le garanzie dal caso davanti all'organo amministrativo) e un secondo sbarramento sul piano delle spese processuali: l' "istruttoria" svolta dalla commissione di conciliazione circa lo svolgimento dei fatti e la fondatezza del ricorso, potrebbe infatti concludersi con una semplice nota informativa resa all'attore dell'esistenza del rischio di subire la condanna al pagamento delle spese processuali in caso di prosecuzione dell'azione. (Un modello analogo è attualmente previsto dalle regole di procedura che caratterizzano l'attività dei Tribunali industriali nel Regno Unito; secondo queste regole di procedura, peraltro, se il Tribunale ritiene che il ricorso sia irragionevole o vessatorio può addirittura subordinare il proseguimento del giudizio al versamento da parte dell'attore di una certa somma di denaro a titolo di cauzione). Se invece il rapporto di lavoro si è svolto con contenuti e modalità contrastanti con la qualificazione certificata in sede amministrativa nulla impedisce alle parti di ricorrere liberamente davanti al giudice per ottenere *ex post* l'esatta qualificazione del rapporto e l'applicazione della conseguente disciplina inderogabile;

6.6. Per verificare il funzionamento e l'efficacia del meccanismo di certificazione si potrebbero peraltro ipotizzare strumenti di monitoraggio, individuando aree campione per il rilevamento di dati quantitativi e qualitativi ad opera delle direzioni provinciali.

6.7. Nell'ambito dell'intervento di riforma legislativa si potrebbe peraltro discutere circa l'opportunità di delineare strumenti che vadano oltre il "filtro" del tentativo obbligatorio di conciliazione, pur nel rispetto dei limiti costituzionali previsti in proposito. Si potrebbe verificare, per esempio, la praticabilità del ricorso ad uno strumento più incisivo quale quello dell'arbitrato obbligatorio (peraltro già previsto nella proposta di legge elaborata dal CNEL) ovvero ipotizzare la abolizione (richiesta da più parti) del giudizio di secondo grado nel processo del lavoro.

7. L'efficacia di un simile meccanismo di certificazione dell'organo amministrativo dipenderà dal valore dei formulari e della efficacia della griglia di indici della subordinazione, della parasubordinazione, della autonomia, della associazione, etc. predisposti dal Ministero del lavoro alla luce dell'attuale elaborazione giurisprudenziale per ogni concreta attività di lavoro e, dunque, per ogni figura negoziale. L'idea potrebbe essere quella di predisporre qualcosa di simile alle circolari INPS (circolare n. 74/RCV del 23 marzo 1990 e circolare INPS n. 179/RCV dell'8 agosto 1989) relative ai criteri di accertamento e valutazione della sussistenza del rapporto di lavoro subordinato non in astratto, ma caso per caso, con riferimento a tutte le diverse attività lavorative dai contorni sfumati: istruttori e/o insegnanti presso autoscuole, scuole professionali, scuole di lingua, pensionati occupati in servizi di rilevanza sociale (presso comuni), *ex dipendenti* pensionati e non che continuino ovvero tornino ad espletare mansioni analoghe a quelle svolte nel corso dei rapporti di dipendenza senza più essere denunciati come dipendenti, personale sanitario di fabbrica, artigiani iscritti presso la CCIAA, associati in partecipazione che conferiscono solo lavoro, presentatrici di prodotti, accompagnatori turistici, messaggeri, addetti alle pulizie degli stabili

condominali o dei locali adibiti a uffici, procacciatori di affari e procuratori, varie tipologie di lavoro a titolo non oneroso, rapporti tra parenti e/o affini rapporti tra società e socio, gestori di impianto di carburante, medici convenzionati, etc.

8. Nel nostro caso, tuttavia, non ci si potrà limitare alla mera elencazione di massime stereotipe della giurisprudenza (come ha fatto l'INPS) che poco aiutano alla fase di "certificazione" dei contratti, ma si dovranno individuare delle griglie esaustive dei principali indici e criteri sussidiari, nonché dei formulari contenenti le clausole generali dei diversi contratti che, nel rispetto di una soglia di diritti indisponibili, prevedano anche la possibilità di incidere sul contenuto del contratto.

9. Come già accennato, l'elencazione dei diversi indici della subordinazione, della autonomia, dell'associazione etc. non dovrà peraltro essere svolta in astratto. Si suggerisce invece di individuare indici e clausole negoziali validi, di volta in volta, per ogni singola attività lavorativa. In effetti, alcune delle divergenze che si è ritenuto di poter individuare nella giurisprudenza in tema di "elementi rilevanti" ai fini della qualificazione del contratto di lavoro sono il più delle volte dovute, semplicemente, al particolare tipo di *prestazione* e di *figura professionale* indagate dal giudice: la valorizzazione di un dato elemento piuttosto che di un altro — e segnatamente il maggior peso attribuito in certe sentenze a determinati indici e criteri invece di altri — è infatti intuitivamente riconducibile alla diversità dei giudicati, e cioè al particolare tipo di prestazione dedotta in contratto, alla necessità per il giudice di rispondere a precise richieste delle parti in causa, alle risultanze istruttorie, all'esistenza o meno di un accordo scritto o di precise clausole contrattuali, al tipo di organizzazione d'impresa, etc.

10. E' in questo senso (e solo in questo senso) che si propone pertanto di predisporre una griglia che, nell'idea ma non certo nella sostanza, si avvicini alle circolari INPS: formulari e griglie che non contengano criteri, clausole o indici generali tipici della subordinazione, validi sempre e in ogni circostanza (orario, inserzione, proprietà dei mezzi di produzione, tipo di retribuzione, sottoposizione a direttive, etc.), ma che tratteggino gli elementi "costanti" di ogni singola prestazione lavorativa resa in regime di autonomia, subordinazione, parasubordinazione etc.

11. CERTIFICAZIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO: UN MODELLO ESEMPLIFICATIVO. Per dare un'idea concreta del lavoro da svolgere con riferimento ad ogni singola attività lavorativa dai contorni sfumati e dunque oggetto di contenzioso, si cercherà ora di ipotizzare — a mero titolo esemplificativo — una griglia di indici ed alcuni formulari per la "certificazione" in sede amministrativa della fattispecie del «*propagandista scientifico di specialità medico-farmaceutiche*».

11.1 La griglia è stata predisposta attraverso un procedimento di interpretazione dei precedenti giudiziari della Cassazione in tema di qualificazione della fattispecie del propagandista di prodotti medicinali degli ultimi quindici anni. Per precedenti si intendono le sentenze integrali (dove è stato possibile reperirle) e non semplicemente le «massime» (ufficiali e non) che il più delle volte si sono rivelate inattendibili, imprecise o contraddittorie (si ricorda che le citate circolari dell'INPS si erano invece

semplicemente limitate ad elencare alcune massime giurisprudenziali per ciascun tipo di attività lavorativa presa in considerazione).

Con riferimento alla fattispecie in esame, nelle riviste specializzate sono stati trovati i testi integrali delle seguenti sentenze:

Cassazione 19 agosto 1992 n. 9676;
 Cassazione 15 novembre 1988 n. 6171
 Cassazione 18 marzo 1987 n. 2736;
 Cassazione 28 aprile 1987 n. 4111
 Cassazione 5 settembre 1987 n. 7222;
 Cassazione 23 novembre 1985 n. 5846;
 Cassazione 6 giugno 1985 n. 3387;
 Cassazione 14 novembre 1985 n. 5584;
 Cassazione 14 ottobre 1983 n. 6025;
 Cassazione 30 novembre 1982 n. 6517;
 Cassazione 1 dicembre 1981 n. 6390.

11.2. Al fine di estrapolare da questi precedenti una “griglia” di indici, criteri ed elementi presuntivi si è cercato di individuare il *principio di diritto* formulato in ogni singola sentenza (e cioè la *ratio decidendi*). Sono stati valutati attentamente anche gli elementi peculiari di ogni singolo caso (lo specifico contenuto della domanda e il diritto sostanziale azionato, le risultanze istruttorie e le allegazioni delle parti, la cornice delle circostanze concrete in cui si è svolta la prestazione lavorativa, il comportamento delle parti durante lo svolgimento della prestazione lavorativa e durante il processo, le caratteristiche soggettive e le posizioni di forza contrattuale delle parti in causa, la presenza di qualificazioni operate dalle parti individuali o dai contratti collettivi, etc.) in modo da evitare di dissociare il *principio di diritto* contenuto in ogni singola sentenza dai fatti del caso concreto rilevanti rispetto alla decisione. Questa operazione si è rivelata necessaria per evitare il rischio di predisporre «formule», in sé vuote, e dunque riempibili dei contenuti più disparati (nulla di più, insomma, delle massime giurisprudenziali che già oggi sono sedimentate e stratificate nei repertori di giurisprudenza).

11.3. In tutte le sentenze è costante il riferimento al seguente principio di diritto: «Al fine di stabilire la presenza o meno del requisito della subordinazione nelle prestazioni di un c.d. propagandista di prodotti medicinali il giudice del merito deve indagare sulle modalità caratterizzanti lo svolgimento della relativa attività, attribuendo a tal fine particolare rilievo all’esame dei *tempi e dei modi delle visite ai clienti*, della *provenienza dei mezzi propagandistici*, dell’*impostazione e responsabilità del lavoro*, dell’*esistenza o meno di una organizzazione imprenditoriale autonoma rispetto a quella del committente*, del *tipo di corrispettivo pattuito*». Tale principio viene integrato dalle seguenti precisazioni:

— «il giudice del merito deve indagare sulle modalità caratterizzanti *lo svolgimento* della relativa attività, *viste sia nella previsione contrattuale che nella attuazione concreta della stessa*, per accertare la maggiore o minore

intensità dell'intervento del creditore della prestazione e l'atteggiamento più o meno autonomo del prestatore d'opera»;

— «al fine della qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo, o subordinato, occorre avere riguardo più che al *nomen iuris* usato dalle parti, ancorché espressamente enunciato in un atto scritto, *all'effettiva natura ed al reale contenuto del rapporto stesso, nonché alle modalità di espletamento delle mansioni che costituiscono l'oggetto della prestazione (...)*. Questo principio non può essere inteso, ovviamente, nel senso dell'assoluta irrilevanza di una tale previsione, che deve essere invece presa in esame e valutata dal giudice di merito sia quando ritenga di trarre da essa ragioni a sostegno della coincidenza tra pattuizione ed esecuzione concreta del rapporto, sia, a maggior ragione, allorché affermi la discordanza tra *nomen iuris* e reale contenuto del rapporto, adducendo in ogni caso ragionevoli argomenti a sostegno della tesi adottata».

11.4. Dalla analisi di questi principi viene confermato che le parti non possono disporre del tipo contrattuale, anche se è nelle loro facoltà stabilire un *nomen iuris* (che potrà poi essere però eventualmente smentito dal giudice sulla base di una verifica del comportamento complessivo delle parti posteriore alla conclusione del contratto). Ciò nondimeno le parti *possono incidere sulla determinazione degli elementi essenziali del contratto*, a patto che vi sia poi corrispondenza tra quanto dichiarato e quanto concretamente realizzato, concordando in particolare *l'intensità dell'intervento del creditore relativamente allo svolgimento della prestazione lavorativa con riferimento:*

— *ai tempi e ai modi delle visite ai clienti* (determinazione di un itinerario, di un orario di lavoro, di un coordinamento con altri propagandisti dipendenti del committente, etc.);

— *all'individuazione di chi e come è obbligato a fornire i mezzi propagandistici;*

— *all'impostazione e alla responsabilità del lavoro;*

— *alla forma del corrispettivo.*

11.5. Alla luce di queste considerazioni si può ipotizzare la seguente “griglia” di riferimento per l'organo amministrativo:

11.5.1. *l'attività* del propagandista scientifico di specialità medico-farmaceutiche può costituire oggetto sia di un rapporto di lavoro subordinato che di un rapporto di lavoro autonomo (secondo un principio di diritto costantemente ripreso dalla giurisprudenza non vi sono, infatti, in via di principio attività lavorative che siano per loro natura suscettibili di essere regolate solo secondo uno schema negoziale ed uno solo e che sempre per la loro natura non tollerino la possibilità di utilizzazione di diversi schemi di regolamentazione);

11.5.2. L'*attività* del propagandista scientifico potrà essere "certificata" come di lavoro autonomo quando le parti manifestino una volontà in questo senso (*nomen iuris* lavoro autonomo) e la struttura giuridica del contratto preveda:

A) completa libertà per il lavoratore circa i tempi ed i modi delle visite ai clienti: l'eventuale determinazione di un itinerario o l'obbligo di coordinarsi con gli altri propagandisti di una certa area non incide sulla autonomia del lavoratore, ma ha l'unico scopo di evitare sovrapposizioni e/o lacune organizzative;

B) libertà circa l'orario di lavoro: non incide sulla libertà di determinazione dell'orario di lavoro l'obbligo posto a capo del lavoratore di presentarsi in giorni e orari prestabiliti della settimana nei locali della ditta al fine di ricevere il materiale da propagandare e di coordinare la propria attività con quella degli altri propagandisti autonomi e/o dipendenti dell'impresa committente; le parti sono libere di concordare il rispetto di un determinato orario di lavoro, purché tale pattuizione non sia frutto della determinazione unilaterale del committente;

C) una retribuzione correlata al risultato (eventualmente partendo da un minimo mensile o settimanale predeterminato); la retribuzione può anche essere stabilita in modo forfettario previa verifica da parte del committente dei risultati conseguiti;

D) che l'impostazione e la responsabilità del lavoro sono a carico del prestatore di lavoro;

E) la possibilità per il prestatore di lavoro di farsi sostituire da altra persona in caso di impossibilità a svolgere il lavoro (indice di auto-organizzazione) (è però possibile inserire anche una clausola che vieta al lavoratore di farsi sostituire in mancanza di consenso preventivo del committente);

11.5.3. viceversa l'*attività* del propagandista scientifico potrà essere "certificata" come di lavoro subordinato quando le parti manifestano una volontà in questo senso (*nomen iuris* =lavoro subordinato) e la struttura giuridica del contratto preveda:

A) una rigida e unilaterale predeterminazione dei tempi ed i modi delle visite ai clienti;

B) un orario di lavoro predeterminato unilateralmente dal datore di lavoro;

C) una retribuzione fissa periodica di entità tale da costituire un equo (=sufficiente *ex art. 36 Cost.*) corrispettivo per l'attività complessivamente svolta ovvero retribuzione mensile calcolata su base oraria (oltre alla soglia di sufficienza, il corrispettivo può comunque essere correlato anche al risultato);

D) che l'impostazione e la responsabilità del lavoro sono a carico dell'impresa committente;

E) l'impossibilità per il prestatore di lavoro di farsi sostituire da altra persona in caso di impossibilità a svolgere il lavoro (indice di etero-organizzazione).

11.6. In presenza dei requisiti indicati dalla “griglia” l'organo amministrativo certificherà la stipulazione di un contratto di lavoro autonomo (ipotesi di cui al punto 11.4.2.) ovvero di lavoro subordinato (ipotesi di cui al punto 11.4.3.) a condizione che le parti:

A) dichiarino espressamente di volere costituire consapevolmente un contratto di lavoro autonomo ovvero di lavoro subordinato (*nomen iuris*);

B) dichiarino altresì di essere consapevoli che la “certificazione” apposta al contratto avrà valore solo ed esclusivamente se esse, nella fase attuativa del rapporto, si saranno attenute a quanto dichiarato circa gli elementi essenziali del contratto.

11.7. Nel predisporre gli indici della subordinazione si potrebbe eventualmente indicare quali sono le aree di inderogabilità assoluta e quali sono le aree di inderogabilità relativa (p. es. orario flessibile in cambio di maggiore retribuzione oppure assunzione a tempo indeterminato in cambio di predeterminazione pattizia delle clausole di scioglimento del rapporto di lavoro) da determinarsi comunque attraverso un intervento di riforma legislativa.

11.8. Altri indici possono essere poi classificati come “neutri”, cioè irrilevanti ai fini della qualificazione dello schema contrattuale:

- durata del rapporto;
- proprietà o meno di una eventuale vettura o di un motociclo utilizzati per lo svolgimento della prestazione lavorativa;
- ordini di servizio generici giornalieri, settimanali, mensili etc.

11.9. Per facilitare l'attività di certificazione, l'organo amministrativo può svolgere una attività di vera e propria consulenza fornendo alle parti stipulanti alcuni formulari su cui basarsi per la determinazione del contenuto essenziale del contratto: le clausole tipizzate in ciascun contratto dovranno essere meramente indicative e saranno suscettibili di modifiche caso per caso previo rispetto degli indici di conformità tra *nomen iuris* e contenuto del contratto stabiliti dalla griglia di cui al punto 11.5.

11.10. Si riporta in ALLEGATO un esempio di formulario per lo schema del lavoro autonomo. (Formulari analoghi potranno essere predisposti per le diverse tipologie di lavoro subordinato, per il lavoro associato, per il lavoro familiare, per le prestazioni a titolo non oneroso, etc.).

ALLEGATO

MODELLO DI CONTRATTO DI LAVORO AUTONOMO (PARASUBORDINATO)

Contratto d'opera - Oggetto: propaganda di specialità medico-farmaceutiche

Con la presente scrittura pubblica redatta in triplice originale davanti alla commissione di certificazione dei contatti di lavoro della direzione provinciale dell'impiego di, tra la società, in personale del Presidente e legale rappresentante pro tempore, ed il signor è stato convenuto quanto segue.

1. Oggetto del contratto

Il signor si impegna a svolgere attività di propaganda di specialità medico-farmaceutiche in favore della società, con sede in

2. Qualificazione del contratto

Per espressa e consapevole volontà del signor, nonché per esigenze organizzative della società, il rapporto in questione deve intendersi di natura autonoma e libero-professionale, ancorché continuativo, coordinato e di carattere prevalentemente personale.

3. Modalità di esecuzione della prestazione.

Il signor svolgerà la sua prestazione senza vincolo di subordinazione, negli orari che concorderà con (ovvero: che andrà autonomamente a determinare, previa comunicazione al) la direzione della società, e in piena autonomia circa i tempi e le modalità delle visite ai clienti.

Per esigenze organizzative della società l'itinerario da seguirsi verrà concordato con la direzione della società, al fine di coordinare la prestazione del signor con quella degli altri collaboratori e dei dipendenti dell'impresa committente. A questi fini il signor si presenterà nella sede della società ogni lunedì, dalle ore 9.00 alle ore 11.00 per concordare le visite della settimana.

Previa comunicazione alla società il signor potrà farsi sostituire nello svolgimento della prestazione lavorativa da persona di sua fiducia.

Per lo svolgimento della prestazione lavorativa la società offre in comodato al signor autovettura di sua proprietà. Resta inteso che sarà il signor a pagare la benzina e le eventuali spese di riparazione per incidenti e danneggiamenti.

Per quanto innanzi concordato le parti, confortate dal parere positivo espresso dalla commissione per la certificazione della direzione provinciale dell'impiego di

....., dichiarano che il signor non intende in alcun modo far parte dell'organico della società , ritenendo che la sua attività debba rimanere regolamentata esclusivamente da quanto stabilito con il presente accordo, nonché dalle disposizioni del Codice Civile sul contratto d'opera professionale.

4. Durata del contratto.

Il contratto avrà la durata di un anno (oppure: 5 anni) a partire dalla data della sua sottoscrizione e si intenderà tacitamente rinnovato di anno in anno se non interverrà una esplicita disdetta da effettuarsi da ciascuna delle parti a mezzo di raccomandata A.R. tre mesi prima della scadenza del contratto.

5. Trattamento economico.

Per la prestazione in oggetto la società si impegna a corrispondere al signor la somma di lire al lordo delle ritenute fiscali. Tale importo potrà essere maggiorato del in rapporto al numero di affari conclusi della società con clienti afferenti alla zona di sua competenza.

6. Risoluzione delle controversie.

Richiedendo la procedura di certificazione del contratto di lavoro di cui alla legge, le parti confermano che, in caso di controversia circa la qualificazione del contratto in corso di rapporto per difformità tra quanto dichiarato in data odierna e quanto invece di fatto realizzato, esperiranno un tentativo obbligatorio di conciliazione davanti alla commissione per la certificazione della direzione provinciale dell'impiego. Ai sensi della predetta legge tale tentativo obbligatorio di conciliazione è condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria.

Clausola finale

Le parti riconoscono che la certificazione apposta al contratto dalla commissione per la certificazione della direzione provinciale dell'impiego avrà valore sul piano probatorio in caso di controversia davanti all'autorità giudiziaria solo ed esclusivamente se esse, nella fase attuativa del rapporto, si saranno attenute a quanto dichiarato e sottoscritto circa gli elementi essenziali del contratto.

spazio riservato alla commissione per la certificazione della direzione provinciale dell'impiego.

1. Per quanto innanzi concordato tra le parti convenute in data in presenza dei signori , , , rispettivamente delegato del direttore dell'ufficio provinciale del lavoro, rappresentante designato dalle associazioni sindacali di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori maggiormente rappresentative sul piano nazionale, rappresentante designato delle associazioni imprenditoriali territoriali, la commissione per la certificazione della direzione provinciale dell'impiego di attesta la conformità dello schema contrattuale sottoscritto al tipo legale «lavoro autonomo», nella specie del «lavoro parasubordinato» di cui all'articolo 409 n. 3 c.p.c.

2. *Il presente contratto non potrà essere impugnato dalle parti firmatarie se non in presenza dei determinati vizi del consenso indicati dalla (i vizi del consenso saranno previsti dalla legge con cui si procederà alla riforma)*

3. *Con la firma del presente contratto e la certificazione apposta dall'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione le parti si impegnano formalmente ad esperire davanti alla commissione una procedura obbligatoria di conciliazione, come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria, in caso di controversia sulla qualificazione del rapporto di lavoro in corso di svolgimento del contratto.*

4. *La commissione per la certificazione della direzione provinciale dell'impiego di ha ufficialmente ammonito le parti che la certificazione apposta in data odierna al contratto avrà valore solo ed esclusivamente se esse, nella fase attuativa del rapporto, si saranno attenute a quanto dichiarato e sottoscritto in presenza dei signori , , circa gli elementi essenziali del contratto. La commissione ha altresì ufficialmente ammonito le parti che, ai sensi dell'articolo della Legge in caso di controversia sulla qualificazione del rapporto il comportamento complessivo tenuto dalle parti stesse nella fase di costituzione del rapporto di lavoro e nella successiva fase di conciliazione obbligatoria di cui all'articolo verrà valutato dal giudice ai sensi degli articoli 91, 92 e 96 c.p.c.*

* * * * *

12. **CERTIFICAZIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO: ALTRI MODELLI ESEMPLIFICATIVI.** Un ulteriore modello esemplificativo può essere rappresentato dalla figura del «**consulente**».

12.1. Anche con riferimento alla analisi delle sentenze relative alle diverse figure di consulente (consulente aziendale, consulente di marketing, consulente del lavoro, consulente legale, consulente tecnico, consulente esperto informatico, consulente esterno con l'incarico di direttore generale dell'azienda, consulente giuridico, consulente scientifico, etc.) la giurisprudenza è costante nel rilevare come le parti non possano disporre del tipo contrattuale, e questo neppure nel caso in cui le parti abbiano pari forza contrattuale: infatti, secondo una massima consolidata, «privi di rilievo sono tanto il *nomen iuris* attribuito dalle parti quanto la loro volontà negoziale, **allorché il rapporto è stato caratterizzato univocamente dalla ricorrenza degli elementi tipici del lavoro dipendente**» (fattispecie di consulente esterno con l'incarico di direttore generale dell'azienda, qualificato come lavoratore subordinato nonostante la diversa manifestazione di volontà delle parti, su ricorso promosso dall'INPS). Resta tuttavia fuori discussione che le parti *possono incidere sulla determinazione degli elementi essenziali del contratto*, a patto che vi sia poi corrispondenza tra quanto dichiarato e quanto concretamente realizzato.

12.2. In questo caso, tuttavia, le diverse tipologie di consulente inducono a elaborare ulteriori differenziazioni tra gli indici identificativi e indiziari della fattispecie:

A) nel caso del «*consulente del lavoro*» o del «*consulente legale*», per esempio, nelle sentenze esaminate (Cassazione 1 agosto 1995 n. 8412; Cassazione 19 maggio 1994 n. 4918; Cassazione 5 novembre 1986 n. 647; Cassazione 21 febbraio 1986 n. 1061) paiono assumere rilievo prioritario:

– *la circostanza che il professionista svolga l'attività di consulenza in modo esclusivo o, comunque, di gran lunga prevalente a favore di un unico cliente;*

– *l'obbligo di svolgere personalmente la prestazione, mentre l'attività di consulenza prestata non già da un singolo professionista ma indistintamente da più professionisti associati nell'ambito di uno studio difetta in radice di quel profilo personale (o almeno prevalentemente personale) che caratterizza tanto i rapporti di lavoro subordinato che i rapporti di parasubordinazione;*

– *l'obbligo di dar conto delle assenze, etc.*

B) in altri casi, invece, *un rapporto di esclusiva con l'impresa committente può ben essere compatibile con l'assenza di un assoggettamento pieno ad un potere di direzione e di conformazione della prestazione lavorativa tipica del vincolo di subordinazione*. Si pensi alle figure del consulente di marketing, del consulente tecnico, del consulente esperto informatico, del consulente esterno con l'incarico di direttore generale dell'azienda, del consulente scientifico, etc. In questi nessun rilievo qualificatorio può essere attribuito in via prioritaria agli indici di denotazione della fattispecie (quali la continuità della prestazione, la presenza di un orario predeterminato, la retribuzione fissa, l'inesistenza di una organizzazione imprenditoriale a carico del lavoratore), che, con riferimento alle particolari figure in esame, risultano infatti compatibili con l'uno o l'altro tipo di rapporto. In questi casi ruolo prevalente dovrà essere invece assegnato:

– *alla volontà delle parti circa l'assoggettamento o meno ad un potere di direzione e di conformazione della prestazione lavorativa tipica del vincolo di subordinazione: tale volontà avrà naturalmente valore prioritario se sussiste una posizione di effettiva parità contrattuale delle parti (cfr. Cassazione 14 luglio 1993 n. 7796);*

– *elementi decisivi al fine di valutare la posizione paritaria tra le parti (e dunque la circostanza che la qualificazione del contratto non è stata imposta dalla parte contrattualmente più forte) saranno l'entità della retribuzione, il regime degli incentivi, l'autonomia operativa del professionista, l'elevato contenuto professionale della prestazione lavorativa dedotta in contratto (Pretura di Milano 20 maggio 1997);*

– *in questi casi infatti sarebbe ingiusto che il professionista, dopo aver goduto dei vantaggi (economici, di orario e di organizzazione del lavoro) dell'autonomia o della parasubordinazione, pretenda poi ex post di cumulare tale vantaggi con quello proprio del lavoro subordinato (stabilità del rapporto, trattamento di fine rapporto, etc.), pur in presenza di un suo parziale inserimento nella struttura organizzativa della società (la dottrina ha peraltro*

dimostrato da tempo il carattere del tutto relativo dell'elemento dell'inserimento della prestazione lavorativa nell'organizzazione aziendale: in un contesto produttivo determinato possono infatti essere di volta in volta inserite, a seconda delle esigenze aziendali, prestazioni di lavoro dedotte in contratti di lavoro subordinato, di lavoro autonomo, di lavoro parasubordinato, etc.);

— se rilevante è l'entità del compenso, nessun rilievo pare possa comunque essere attribuito alle forme di compenso stesso: persino la determinazione di un compenso corrisposto per un ammontare pressoché costante (e non in base al risultato) non contrasta infatti con la volontà delle parti di escludere il vincolo di subordinazione, libere restando le parti (in base alle loro posizioni di forza contrattuale) di scegliere la forma del compenso per l'attività svolta.

12.3. Si riporta in ALLEGATO un esempio di formulario per lo schema del lavoro autonomo relativamente alla fattispecie del consulente scientifico. (Formulari analoghi potranno essere predisposti per le altre figure di consulente, in funzione delle diverse tipologie di lavoro subordinato, di lavoro autonomo, di lavoro associato, di lavoro a titolo non oneroso per consulenze rese su base volontaria ad associazioni religiose, politiche, sindacali, etc.).

ALLEGATO

MODELLO DI CONTRATTO DI LAVORO AUTONOMO (PARASUBORDINATO)

Contratto d'opera - Oggetto: attività di consulenza scientifica

Con la presente scrittura pubblica redatta in triplice originale davanti alla commissione di certificazione dei contatti di lavoro dell'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione di, tra la società, in personale del Presidente e legale rappresentante pro tempore, ed il Prof., associato di diritto tributario presso l'Università di, è stato convenuto quanto segue.

1. Oggetto del contratto

Il Prof. assume l'incarico di direttore scientifico della società, Tale incarico consisterà essenzialmente nella direzione e nella supervisione scientifica di alcune delle attività svolte della società nel settore della consulenza tributaria, quali, a titolo meramente esemplificativo, l'organizzazione di convegni, seminari e giornate di studio; l'organizzazione di corsi di post-laurea di formazione e aggiornamento professionale; la predisposizione e lo svolgimento di progetti di ricerca relativi alle seguenti aree tematiche; etc.

2. Qualificazione del contratto

Per espressa e consapevole volontà del Prof., nonché per esigenze organizzative della società, il rapporto in questione deve intendersi di natura autonoma e libero-professionale, ancorché continuativo, coordinato e di carattere prevalentemente personale.

3. Modalità di esecuzione della prestazione.

Il Prof. svolgerà la propria attività senza vincolo di subordinazione, negli orari che andrà autonomamente a determinare e in piena autonomia organizzativa. E' tuttavia richiesta la sua presenza nei locali della società almeno due volte alla settimana al fine di consentire gli opportuni coordinamenti con il personale dipendente che dovrà concretamente svolgere i lavori diretti dal Prof.

Il Prof. dovrà svolgere personalmente la prestazione lavorativa senza possibilità di farsi sostituire da propri collaboratori e si impegna a riferire mensilmente alla direzione della società circa i progetti e i lavori posti sotto il suo controllo e direzione.

Per lo svolgimento della prestazione lavorativa la società consente al signor di avvalersi della struttura organizzativa (personale, locali, telefoni, etc.). Resta inteso che l'utilizzo delle strutture della società non comporterà alcun inserimento organico del signor nell'organizzazione aziendale.

Per quanto innanzi concordato le parti, confortate dal parere positivo espresso dalla commissione per la certificazione della direzione provinciale dell'impiego di, dichiarano che il signor non intende in alcun modo far parte dell'organico della società, ritenendo che la sua attività debba rimanere regolamentata esclusivamente da quanto stabilito con il presente accordo, nonché dalle disposizioni del Codice Civile sul contratto d'opera professionale.

4. Durata del contratto.

L'incarico di direttore scientifico è a tempo indeterminato e decorrerà dal 1° luglio prossimo venturo.

Dato il carattere altamente personale e professionale della prestazione dedotta in contratto la società si riserva il diritto di recedere dal contratto in qualsiasi momento senza obbligo di motivazione. In tal caso verranno rimborsate al Prof., le spese sostenute e verrà pagato il compendo per l'opera già svolta.

Il Prof. potrà invece recedere dal presente contratto solo per giusta causa. In tal caso la società provvederà al pagamento del compenso per l'opera già svolta, determinato in relazione del risultato utile ad essa derivato.

5. Trattamento economico.

Per la prestazione in oggetto la società si impegna a corrispondere al signor l'importo complessivo annuo di lire al lordo delle ritenute fiscali. Tale importo potrà essere erogato a scadenze mensili posticipate, ripartendo per 12 il corrispettivo annuo decorrere dalla data di inizio della prestazione lavorativa previa esplicita richiesta del Prof.

L'importo potrà essere modificato di anno in anno, di comune accordo tra le parti, in funzione dell'impegno effettivo richiesto al signor

6. Risoluzione delle controversie.

Richiedendo la procedura di certificazione del contratto di lavoro di cui alla legge, le parti confermano che, in caso di controversia circa la qualificazione del contratto in corso di rapporto per difformità tra quanto dichiarato in data odierna e quanto invece di fatto realizzato, esperiranno un tentativo obbligatorio di conciliazione davanti alla commissione per la certificazione della direzione provinciale dell'impiego. Ai sensi della predetta legge tale tentativo obbligatorio di conciliazione è condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria.

Clausola finale

Le parti riconoscono che la certificazione apposta al contratto dalla commissione per la certificazione della direzione provinciale dell'impiego avrà valore sul piano probatorio in caso di controversia davanti all'autorità giudiziaria solo ed esclusivamente se esse, nella fase attuativa del rapporto, si saranno attenute a quanto dichiarato e sottoscritto circa gli elementi essenziali del contratto.

spazio riservato alla commissione per la certificazione della direzione provinciale dell'impiego

1. Per quanto innanzi concordato tra le parti convenute in data in presenza dei signori , , , rispettivamente delegato del direttore dell'ufficio provinciale del lavoro, rappresentante designato dalle associazioni sindacali di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori maggiormente rappresentative sul piano nazionale, rappresentante designato delle associazioni imprenditoriali territoriali, la commissione per la certificazione della direzione provinciale dell'impiego di attesta la conformità dello schema contrattuale sottoscritto al tipo legale «lavoro autonomo», nella specie del «lavoro parasubordinato» di cui all'articolo 409 n. 3 c.p.c.

2. Il presente contratto non potrà essere impugnato dalle parti firmatarie se non in presenza dei determinati vizi del consenso indicati dalla (i vizi del consenso saranno previsti dalla legge con cui si procederà alla riforma)

3. Con la firma del presente contratto e la certificazione apposta dall'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione le parti si impegnano formalmente ad esperire davanti alla commissione una procedura obbligatoria di conciliazione, come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria, in caso di controversia sulla qualificazione del rapporto di lavoro in corso di svolgimento del contratto.

4. La commissione per la certificazione della direzione provinciale dell'impiego di ha ufficialmente ammonito le parti che la certificazione apposta in data odierna al contratto avrà valore solo ed esclusivamente se esse, nella fase attuativa del rapporto, si saranno attenute a quanto dichiarato e sottoscritto in presenza dei signori , , circa gli elementi essenziali del contratto. La commissione ha altresì ufficialmente ammonito le parti che, ai sensi dell'articolo della Legge in caso di controversia sulla qualificazione del rapporto il comportamento complessivo tenuto dalle parti stesse nella fase di costituzione del rapporto di lavoro e nella successiva fase di conciliazione obbligatoria

di cui all'articolo verrà valutato dal giudice ai sensi degli articoli 91, 92 e 96 c.p.c.

Sezione II – RIMODULAZIONE DELLE TUTELE

1. Il meccanismo di “certificazione” dei rapporti di lavoro sopra delineato può ragionevolmente funzionare solo se, al contempo, viene reso meno squilibrato il “gioco” delle convenienze (per entrambe le parti) circa la riconduzione del rapporto di lavoro in uno schema negoziale piuttosto che in un altro. In questa prospettiva uno *Statuto dei lavori* potrebbe consentire di modulare e graduare (in via tipologica) le tutele applicabili ad ogni fattispecie contrattuale a seconda degli istituti da applicare.

2. Un dato deve essere subito evidenziato. Ciò che accomuna un po’ tutte le ipotesi di riforma del diritto del lavoro sin qui delineate (v. *supra*, pp. 1-2) è innanzitutto l’idea di garantire un nucleo minimale di tutela anche a tipologie negoziali che non rientrano (neppure in via interpretativa, mediante un processo di approssimazione tipologica) negli schemi del lavoro dipendente.

3. Sotto questo particolare profilo il primo problema da risolvere pare quello di determinare i confini entro cui estendere tale nucleo minimale di tutela: a tutte le forme di lavoro? a tutte le forme di lavoro retribuito? a tutte le forme di lavoro che si realizzano mediante un inserimento in un contesto organizzativo gestito da altri? anche a talune ipotesi di lavoro autonomo e imprenditoriale? Un secondo problema è poi quello di valutare se, accanto alla predisposizione di un nucleo minimale di tutela, sia necessario procedere ad una riconsiderazione complessiva dei livelli di tutela sin qui assegnati al lavoro subordinato, nel senso cioè di un loro corrispondente livellamento verso il basso.

4. In questa prospettiva, il punto decisivo per impostare ogni discussione è che, attualmente, le diversità di disciplina che accompagnano il lavoro autonomo e il lavoro subordinato sono eccessive e troppo marcate. Gli effetti distorsivi causati da un noto processo di estensione delle tutele del lavoro a rapporti formalmente non di lavoro subordinato non paiono pertanto realisticamente superabili mediante la semplice individuazione di un terzo tipo contrattuale, quale quello del lavoro coordinato, a cui imputare una soglia minima di tutele. Non solo il criterio della coordinazione non pare infatti dotato di adeguata idoneità qualificatoria per governare le ipotesi di lavoro intermedie tra autonomia e subordinazione, ma soprattutto sarebbe particolarmente forte il rischio di una “delavorizzazione” incontrollata e incontrollabile di alcune tipologie negoziali che, attualmente, rientrano negli schemi del lavoro dipendente. Ricondotte nell’ambito del lavoro coordinato, molte delle prestazioni di lavoro che oggi sono garantite dalle tutele “forti” del diritto del lavoro si troverebbero così a beneficiare semplicemente del nucleo minimale di tutela del lavoro.

5. Se l’ipotesi di elaborare una terza tipologia contrattuale pare ispirata da una logica di vasta flessibilizzazione dei rapporti di lavoro, eccessivamente “rigida” appare per contro la proposta contenuta nel Disegno di Legge n. 2049, che infatti predispose un corpo di tutele del lavoro continuativo e coordinato che semplicemente si affianca — senza tuttavia rimodularla — alla tradizionale disciplina del lavoro subordinato, andando peraltro ben oltre la determinazione di un nucleo di disciplina minima fondamentale. Se i dati sul lavoro «nero» dell’ISTAT (che parlano di circa 5 milioni di posizioni lavorative irregolari) testimoniano ampiamente come non sempre l’economia

sommersa sia un fenomeno patologico, ma anzi il più delle volte fisiologico di un sistema produttivo soggetto a determinati vincoli di «compatibilità economica», la prospettiva in cui si colloca il Disegno di Legge n. 2049 porterebbe gli assetti complessivi del diritto del lavoro ben oltre la soglia di tollerabilità del sistema attualmente vigente. E' facile ipotizzare, infatti, che una simile disciplina incentivi ulteriori fughe nel sommerso, nell'occasionale e nell'atipico: da un lato non vengono ridefinite le tutele del lavoro subordinato (né viene governata la tendenza espansiva del diritto del lavoro), mentre dall'altro lato la creazione di un'ulteriore area di tutela del lavoro finirebbe per determinare fenomeni di erosione sotterranea della normativa lavorista.

6. Più convincente e praticabile è invece quell'atteggiamento, per certi versi empirico, che propone di affrontare la questione "dalla parte delle tutele" piuttosto che dalla parte della qualificazione del rapporto. L'idea su cui si dovrebbe lavorare è quella di rinunciare ad ogni ulteriore intento definitorio e classificatorio di una realtà contrattuale in rapido e continuo mutamento, per predisporre invece un nucleo essenziale (e abbastanza limitato) di norme e di principi inderogabili (soprattutto di specificazione del dettato costituzionale) comuni a tutti i rapporti negoziali che hanno per contenuto il lavoro.

7. Il nucleo di diritti fondamentali, *indisponibile in sede di negoziazione amministrativa dei contenuti del contratto*, dovrebbe riguardare i seguenti profili:

- la tutela del lavoratore come persona: libertà di opinione, accertamenti sanitari, visite personali di controllo, divieto di indagini sulle opinioni;
- la libertà di organizzazione, di associazione e di attività sindacale (più problematica è invece la disciplina dello sciopero);
- la salute e sicurezza sul lavoro (compresa la questione dell'orario di lavoro massimo giornaliero o settimanale);
- il diritto alla formazione continua;
- la normativa anti-discriminatoria;
- le pari opportunità;
- la tutela della maternità;
- la disciplina dei rapporti di fatto (art. 2126 c.c.)
- accesso gratuito alle informazioni del mercato del lavoro e ai servizi per l'impiego;
- una retribuzione «minima» o «sociale» stabilita per legge e rispondente alle esigenze fondamentali del lavoratore e della sua famiglia, a cui si affiancherebbero una retribuzione «professionale» stabilita dalla contrattazione

nazionale, una retribuzione «aziendalmente controllata» in rapporto alle peculiarità delle singole realtà produttive (Treu) ed eventualmente una retribuzione concordata a livello individuale;

— una stabilità minima dei rapporti di lavoro in ragione del grado di affidamento alla continuazione del rapporto (per esempio una stabilità collegata al grado di anzianità del lavoratore ovvero predisposizione di un meccanismo di tipo risarcitorio per il caso di ingiustificata continuazione del rapporto);

— un'indennità minima di trattamento di fine rapporto;

— una tutela graduale (per esempio legata alla anzianità di servizio) in caso di sospensione del rapporto di lavoro.

8. Al di sopra di questo nucleo minimo di norme inderogabili sembra opportuno lasciare ampio spazio all'autonomia collettiva e individuale, ipotizzando una gamma di diritti inderogabili relativi, disponibili a livello collettivo o anche individuale se concordati nella apposita sede amministrativa.

9. A ciò dovrà accompagnarsi:

A) un corrispondente riassetto normativo delle prestazioni previdenziali: si potrebbe ipotizzare, al riguardo, uno zoccolo previdenziale comune per i lavoratori autonomi, come gli artigiani e i commercianti, e per i lavoratori subordinati. L'avvicinamento dei regimi previdenziali contribuirebbe peraltro a sdrammatizzare il problema qualificatorio delle singole fattispecie;

B) un riallineamento verso il basso delle tutele “forti” del lavoro subordinato: soprattutto in tema di stabilità dell'occupazione si potrebbero ipotizzare, per alcune categorie di lavoratori e/o per alcune tipologie contrattuali, meccanismi di tipo risarcitorio ovvero tutele crescenti a seconda dell'anzianità di servizio continuativo del lavoratore (per esempio applicando la normativa di tutela contro i licenziamenti illegittimi a quei lavoratori che abbiano maturato almeno due anni continuativi di servizio presso lo stesso datore di lavoro, sulla base che più il lavoratore è inserito in un determinato contesto organizzativo, più cresce il suo affidamento sulla stabilità del rapporto. Ma disposizioni analoghe potrebbero pensarsi anche con riferimento al preavviso (soprattutto con riferimento ai lavoratori a tempo parziale, sul modello dell'esperienza tedesca recentemente avallata dalla Corte di Giustizia UE) e alla sicurezza sociale. Si dovrebbe insomma puntare su un sistema di tutele a geometria variabile;

C) una ridefinizione dello statuto di alcune tipologie di lavoro atipico: lavoro a tempo parziale, lavoro a termine (per esempio, analogamente al modello svedese, si potrebbe ipotizzare la possibilità di un rinnovo illimitato di una certa percentuale di contratti a termine); ovvero una definizione di alcune figure nuove: per esempio il contratto di attività professionale, il contratto non semplicemente subordinato ma di dipendenza, di disponibilità, etc.;

D) un riordino delle attività lavorative con finalità formativa;

E) un potenziamento dei servizi per l'impiego e delle strutture informative sul mercato del lavoro (attraverso un eventuale intervento sulle strutture e sulle funzioni degli uffici del collocamento);

F) un potenziamento degli ispettorati del lavoro e degli altri apparati di controllo (sul presupposto che al riallineamento delle tutele verso il basso deve però corrispondere un impegno a garantire l'effettività della norma di legge);

10. Sul piano della ridefinizione dei criteri di imputazione delle tutele del lavoro si potrebbe peraltro andare ben al di là della semplice predisposizione di un nucleo di disciplina comune a tutti i tipi di lavoro, rinunciando definitivamente ad una definizione generale e astratta di lavoro subordinato, indicando invece, di volta in volta, il campo di applicazione di ogni intervento normativo (licenziamenti, sospensione del rapporto di lavoro, diritto di sciopero, sanzioni disciplinari, etc.).

11. L'idea di cui al punto precedente può essere sintetizzata in questi termini: se effettivamente si ritiene che la questione debba essere affrontata "dalla parte delle tutele" piuttosto che dalla parte della qualificazione del rapporto perché non andare fino in fondo in questa direzione? Invece di conservare il concetto generale e astratto di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c. e limitarsi ad affiancare ad esso un corpo di disciplina applicabile a tutti i rapporti di lavoro, perché non decidere di volta in volta, istituto per istituto, a chi applicare la disciplina?

12. L'idea non è peraltro particolarmente nuova. Non solo è quanto già avveniva alle origini della nostra materia, ma è quanto ancora oggi fa il Legislatore inglese. Nel Regno Unito non è infatti prevista alcuna automatica (e rigida) corrispondenza tra la fattispecie del lavoro subordinato e gli effetti del diritto del lavoro, ma è ogni legge a determinare di volta in volta il proprio campo di applicazione. Per beneficiare delle tutele del diritto del lavoro non è dunque sufficiente essere qualificati come lavoratori subordinati (il grado di tutela è calibrato dal legislatore in via tipologica, valorizzando in particolare il requisito dell'anzianità continuativa di servizio), mentre poi alcuni istituti tipici del diritto del lavoro sono di volta in volta estesi a determinate categorie di lavoratori autonomi o comunque non subordinati (si pensi alla normativa in tema di discriminazioni legate al sesso o alla razza, alla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, alle trattenute retributive ingiustificate, etc.). Al riguardo non mancano peraltro neppure significativi esempi nel diritto positivo: si rifletta, in particolare, sul campo di applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza, che già oggi va ben oltre il concetto di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c.

13. I vantaggi di una simile opzione sarebbero:

A) evitare indebite generalizzazioni concettuali relativamente alle figure negoziali a cui ricondurre la disciplina minima comune (in questo modo si potrebbe peraltro valorizzare l'autonomia privata senza dovere, di volta in volta, qualificare tutte le nuove tipologie negoziali). Estendere, per esempio, al «lavoro parasubordinato» la normativa in materia di salute e sicurezza può essere ragionevole solo a condizione che

si indichi con precisione cosa si intende ai fini di quella legge per «lavoro parasubordinato»: la normativa sull'ambiente di lavoro pare infatti applicabile solo ai lavoratori con rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato (e cioè ai lavoratori parasubordinati) *solo qualora siano inseriti nell'ambiente di lavoro organizzato dal committente*; precisazione quest'ultima che è invece irrilevante se si parla di retribuzione o sciopero o altro, etc.

B) modulare e graduare le tutele applicabili ad ogni fattispecie contrattuale a seconda degli istituti da applicare (parte di questa modulazione potrà essere determinata in sede collettiva o anche dalle stesse parti negoziali davanti all'organo amministrativo di "certificazione" del rapporto di lavoro).

14. Più precisamente, per alcune tipologie si potrebbe prevedere l'applicazione di una certa normativa, ma non di un'altra secondo un *accostamento pragmatico* che consente di evitare di individuare una volta per tutte fino a dove estendere le tutele minime al di fuori della subordinazione: si vuole dire che è meglio indicare di volta in volta a chi applicare la normativa su salute e sicurezza, su sciopero, su trattamento di fine rapporto, su sospensione del rapporto che creare una figura generale e astratta che viene esclusa dal nucleo minimo di tutele solo perché l'applicazione di due o tre istituti è impossibile o comunque ragionevolmente poco praticabile.