

L'indisponibilità del tipo contrattuale

I vincoli all'autonomia delle parti contraenti

di Simone D'Ascola [*]



Il diritto del lavoro è una branca speciale dell'ordinamento giuridico. Esso accede prevalentemente al diritto privato, poiché si occupa di rapporti privati, contrattualmente regolati, ma non è privo di profili di rilevanza pubblicistica, emergenti da una serie di regole di non minore importanza.

In virtù del *principio lavoristico* che innerva la Costituzione repubblicana, il contratto di lavoro acquisisce infatti un particolare significato costituzionale, poiché regola un rapporto alla cui dinamica e al cui equilibrio la Carta fondamentale è particolarmente attenta.

Una delle ricadute di questa peculiarità della materia si esprime nel principio di *indisponibilità del tipo contrattuale*. Con questa espressione ci si riferisce a un fenomeno che si può sinteticamente descrivere come segue.

La disciplina del rapporto di lavoro subordinato è dettata perlopiù all'interno di previsioni di carattere imperativo, ossia non derogabili dall'autonomia negoziale individuale. Tali norme inderogabili sono contenute sia nella legge, sia nei contratti collettivi, cioè le fonti che riempiono di contenuto ciascun contratto individuale.

Questa inderogabilità è unilaterale, giacché le regole in parola sono derogabili solo nel senso più favorevole al lavoratore, essendo impedita esclusivamente la pattuizione di trattamenti più svantaggiosi per quest'ultimo. Come conseguenza di questa caratteristica della norma, i diritti attribuiti al lavoratore subordinato sono (parzialmente) indisponibili, nel senso che il prestatore non può disporre in senso giuridico, oltretutto non può rinunciarvi, salvo alcune eccezioni.

Questo sistema di garanzie caratterizza tendenzialmente il contenuto di ogni contratto di lavoro, cioè quell'insieme di regole (ad es. in materia di orario, di ferie, di licenziamento, di mansioni, di retribuzione, etc.) che devono operare – e non possono non farlo – ogni qual volta sussista in concreto un rapporto di lavoro subordinato tra due soggetti.

Con ciò ci si avvicina al cuore del principio che andiamo descrivendo: il punto cruciale, infatti, è che le parti contrattuali di un rapporto di lavoro, nel nostro ordinamento, non solo non sono abilitate a determinare liberamente la disciplina del contratto di lavoro, ma non possono nemmeno scegliere la tipologia contrattuale, nel senso che laddove le concrete modalità di svolgimento della relazione lavorativa corrispondano a quelle del

lavoro subordinato (ossia al modello prefigurato dall'art. 2094 del codice civile, rielaborato nel corso dei decenni da una ricca giurisprudenza), saranno prive di effetto eventuali dichiarazioni contrattuali in senso contrario, ad esempio tendenti a qualificare come autonomo quel determinato rapporto di lavoro.

In altre parole, la disciplina giuridica di quel particolare rapporto non consegue alle dichiarazioni di volontà, essendo invece determinata e necessitata dalle modalità in cui quel rapporto si sviluppa.

Ciò significa che il *tipo* contrattuale del lavoro subordinato non è disponibile per le parti, in conseguenza di due circostanze fondamentali: in primo luogo la rigorosa prevalenza *dell'effettività*, in forza della quale quando un rapporto di lavoro in concreto presenta le caratteristiche della subordinazione, esso va qualificato come contratto di lavoro subordinato. In secondo luogo, nel senso che il *contenuto* di quel rapporto, cioè gli effetti che l'ordinamento giuridico riconduce a quel fenomeno della realtà materiale, non possono essere scelti, esclusi o modulati liberamente dalle parti.



Si può pertanto comprendere come ciò che non è disponibile sia più propriamente il contenuto del contratto di lavoro, cioè il regolamento di interessi che attribuisce a ciascun soggetto una serie di situazioni giuridiche soggettive, di vantaggio o di svantaggio, ma si suole parlare di indisponibilità *del tipo* perché il codice civile italiano costruisce la disciplina dei singoli contratti distinguendoli per tipi, con una finalità essenzialmente classificatoria.

L'indisponibilità del tipo che caratterizza il contratto di lavoro, però, ha un significato ancora più penetrante. Come ha precisato la Corte Costituzionale a partire dai primi anni novanta, infatti, il principio in parola non vincola esclusivamente i privati, ma anche il legislatore.

Quest'ultimo non può prevedere imperativamente che in determinati casi sia da escludere la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Non solo nell'accezione, poco più che scontata, che la qualificazione del contratto, quando vi sia controversia, spetta in concreto al giudice, ma anche nel più radicale senso che la legge non può predeterminare aprioristicamente un'area di inoperatività del contratto di lavoro subordinato, ad esempio escludendo che in un certo contesto possano sussistere rapporti subordinati.

Questa intensa garanzia di corrispondenza tra fattispecie concreta ed effetti ad essa ricondotti dalla legge, non superabile nemmeno da un intervento del legislatore, si spiega in forza di una scelta di valore, testimoniata in numerosi passaggi della Carta fondamentale, per cui il lavoratore subordinato è un soggetto sociale meritevole di protezione particolare. L'inderogabilità delle norme e l'indisponibilità dei diritti, del resto, sarebbero potenzialmente vanificate se non vi fosse questo strumento di chiusura del sistema.

L'indisponibilità del tipo opera in senso unidirezionale. Con questa espressione si vuol dire che il vincolo costituzionale di corrispondenza tra svolgimento concreto del rapporto e applicazione di tutti gli effetti garantistici ricondotti al contratto di lavoro subordinato, protegge solo i rapporti di lavoro che si trovino nell'area della subordinazione.

In altre parole, lo stesso principio non protegge ad esempio il lavoro autonomo: una norma di legge che prevedesse che, in determinati casi, taluni rapporti di lavoro autonomo o parasubordinato che presentano profili peculiari *si considerano* rapporti di lavoro subordinato (o *si convertono* in rapporti subordinati, a seconda del meccanismo volta a



volta utilizzato) non sarebbe illegittima come le norme che introducono il meccanismo inverso.

L'illegittimità costituzionale travolge infatti le disposizioni che eventualmente *escludano* la subordinazione, come accadde proprio con le leggi censurate dalla Corte Costituzionale negli anni novanta (sentenze nn. 121/1993 e n. 115/1994; principio poi sempre ribadito, ad esempio anche dalla sentenza n. 76/2015). Del resto, anche in anni recenti il legislatore non si è mostrato particolarmente attento a questo limite. Oltre a quanto a breve si dirà in merito alle collaborazioni organizzate dal committente, si può segnalare il progetto di legge del 27 gennaio 2016 (Atto Camera n. 3564) in materia di piattaforme digitali che all'art. 2 pretenderebbe di stabilire aprioristicamente che «tra gestori e utenti non sussiste alcun rapporto di lavoro subordinato». Si tratta di un tipico esempio di legislazione (peraltro nel caso di specie solo proposta) che contrasta con il principio di indisponibilità del tipo.

Massimo D'Antona, in un celebre saggio del 1995, evidenziò che il principio di indisponibilità del tipo assume il descritto valore costituzionale in virtù del duplice significato che ha la subordinazione nel nostro ordinamento: non solo classificatorio, ma anche *assiologico*. Ciò vale a distinguere il contratto di lavoro da tutti gli altri contratti, poiché la Repubblica si fonda sul lavoro e per la grande maggioranza dei cittadini l'esercizio dei diritti fondamentali di varia natura è riconducibile all'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

La dottrina giuslavoristica prevalente accoglie la ricostruzione del principio che si è qui proposta in termini assai sintetici. Nondimeno, devono segnalarsi alcune obiezioni che si sono autorevolmente proposte. In particolare, si è sostenuto che, così pronunciandosi, la Corte Costituzionale pretenderebbe di costituzionalizzare la nozione di subordinazione, ossia di ritenere che essa sia accolta immutabilmente dalla Carta

fondamentale e in essa fissata. Prospettazione che, ad avviso di alcuni Autori, non potrebbe essere accolta in virtù di alcuni argomenti: in primo luogo, il fatto che la Repubblica tutela il lavoro «in tutte le sue forme», in secondo luogo perché anche il lavoro subordinato muta nel tempo i suoi connotati e la sua disciplina, anche per effetto dell'opera del legislatore.

A nostro avviso, tuttavia, si può ritenere che – così formulata – l'obiezione non colga nel segno, poiché il senso del principio di indisponibilità del tipo non si coglie affatto nella cristallizzazione in Costituzione della nozione di subordinazione. Al contrario, questa può senz'altro evolvere e mutare, ma la Costituzione impone che a quel fenomeno (che corrisponde



a una situazione che, proprio nell'ipotetica assenza della disciplina del contratto di lavoro, sarebbe di «sottoprotezione sociale») siano rigorosamente applicate le regole inderogabili di tutela.

Non è infatti certamente sottratta al legislatore la facoltà di introdurre sottotipi del contratto di lavoro subordinato standard o contratti di lavoro speciali, che derogano alla disciplina generale o vi aggiungono tratti di specialità, purché ovviamente si tratti di previsioni giustificate sotto il piano della ragionevolezza

Una disposizione di pochi anni fa, introdotta con il decreto legislativo n. 81/2015, facente parte del pacchetto di riforme meglio noto come *Jobs Act*, ha previsto un particolare meccanismo nella disciplina di un'area della parasubordinazione.

A partire dal 1 gennaio 2016, infatti, si applica la disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni «che si concretano in prestazioni

di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro». Sulla base di quanto sino ad ora chiarito, è evidente che una disposizione siffatta non viola il principio di indisponibilità del tipo, poiché – pur prescindendo in questa sede da una presa di posizione sulla natura della norma, assai discussa in dottrina – vi si rinviene una regola che prevede l'operatività del trattamento più favorevole, ossia quello previsto per la subordinazione.

Appare, al contrario, esporsi a seri dubbi di legittimità costituzionale il secondo comma del medesimo articolo. In esso si prevedono alcune eccezioni alla regola di cui al primo comma. Le ipotesi derogatorie di cui alle lettere *b*, *c* e *d* trovano ragione nella natura speciale dei rapporti di lavoro ivi contemplati, ma difficilmente si può interpretare in senso conforme a costituzione la lettera *a*, che esclude dal descritto meccanismo le «collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore».

Poiché infatti la regola posta dal primo comma, secondo una lettura diffusa ma non unanime, pare offrire un ulteriore contributo alla descrizione di *ciò che è il lavoro subordinato*, evocando rapporti che, in base alle acquisizioni più recenti, sarebbero comunque stati ricondotti all'area della subordinazione – a causa della vicinanza tra l'etero-organizzazione di cui all'articolo 2 e l'eterodirezione di cui all'art. 2094 c.c. – come si può ritenere ammissibile un intervento del legislatore che escluda aprioristicamente la qualificazione di quei rapporti come subordinati, peraltro con un generico rinvio alla contrattazione, che potrebbe prestarsi anche a interpretazioni assai forzate?

Sembra obiettivamente piuttosto difficile, se non in violazione del principio di indisponibilità del tipo. Non resta però che attendere la prima giurisprudenza in materia. ■

[*] Dottorando di ricerca nell'Università di Verona. Vincitore del Premio Massimo D'Antona assegnato nel 2017.