



**Numero 2 / 2019**

**(estratto)**

**Mauro Tesaro**

**La distinzione tra lavoro subordinato e lavoro  
autonomo**

**(a proposito di Cass. n. 18253 del 2018) \***

\* Le riflessioni contenute in questo scritto sono state presentate pubblicamente il 3 maggio 2019, presso l'Università di Pavia, nell'ambito del seminario di studi "Il diritto vivente tra legge e giurisprudenza", promosso dal Prof. Carlo Granelli.

# La distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo

(a proposito di Cass. n. 18253 del 2018)

Mauro Tesaro

*Professore associato di diritto privato*

*dell'Università di Verona*

SOMMARIO: 1. La fattispecie concreta, la questione giuridica fondamentale e la soluzione della Cassazione. – 2. Cenni alla nozione di lavoro autonomo e al suo rapporto con il contratto d'opera. – 3. La tesi che sovrappone la distinzione tra contratto d'opera e contratto di lavoro subordinato a quella tra *locatio operis* e *locatio operarum*. – 4. Cenni al problema della distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi, dal punto di vista della disciplina dell'obbligazione in generale. – 5. Il profilo temporale come criterio distintivo tra contratto di lavoro subordinato e contratto d'opera. – 6. La volontà delle parti come criterio distintivo tra contratto di lavoro subordinato e contratto d'opera. – 7. Il criterio distintivo fondamentale: la subordinazione del lavoratore e il potere direttivo del datore di lavoro. – 8. L'autonomia del prestatore d'opera e l'adeguatezza delle riflessioni svolte sia alle opere manuali sia alle opere intellettuali. – 9. Conclusioni: una sentenza da condividere pienamente nel suo esito, parzialmente nella sua motivazione.

## 1. La fattispecie concreta, la questione giuridica fondamentale e la soluzione della Cassazione

Una persona fisica e un ente si accordano affinché la prima svolga in favore del secondo, dietro retribuzione, varie attività – a quanto pare – di consulenza. L'ente ritiene che il rapporto intercorso sia di lavoro autonomo, ma la persona fisica sostiene che si sarebbe in realtà instaurato un rapporto di lavoro subordinato, agendo in giudizio affinché ciò sia riconosciuto, con condanna del datore di lavoro al pagamento delle relative differenze retributive e all'accantonamento del trattamento di fine rapporto.

Tralasciando alcune altre problematiche di ordine meramente o prevalentemente processuale (per le quali si rinvia al testo della sentenza), la questione giuridica fondamentale è una sola, ovvero la precisazione degli elementi sulla base dei quali il contratto di lavoro subordinato si distingue dal contratto d'opera e dagli altri tipi in materia di lavoro autonomo.

In tutti e tre i gradi del processo, i giudici negano senz'altro la sussistenza o per meglio dire la dimostrazione di un rapporto di lavoro subordinato, con la conseguenza che l'attore soccombe, essendo pure condannato al pagamento delle spese processuali.

La Cassazione raggiunge tale esito dopo avere rammentato come quella in parola sia una «*vexata questio*», resa però più complicata che in passato dall'assetto della società contemporanea, ove i rapporti di lavoro hanno sovente perso la loro «*primigenia simplicitas*» risultando sempre più difficili da classificare, difficoltà questa che peraltro non impedisce di tenere fermo l'orientamento giurisprudenziale in linea di principio consolidato, secondo cui «*l'elemento essenziale di differenziazione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato consiste*

*nel vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, da ricercare in base ad un accertamento esclusivamente compiuto sulle concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa».*

Tale fondamentale criterio di distinzione, incentrato in estrema sintesi sulla concreta presenza oppure non dell'eterodirezione, si collegherebbe alla risalente distinzione tra *locatio operarum* e *locatio operis*, espressioni queste secondo la Cassazione da impiegarsi anche con riferimento al diritto italiano odierno per designare con la prima il lavoro subordinato e con la seconda il lavoro autonomo, poiché, «*mentre la subordinazione implica l'inserimento del lavoratore nella organizzazione imprenditoriale del datore di lavoro mediante la messa a disposizione, in suo favore, delle proprie energie lavorative (operae) ed il contestuale assoggettamento al potere direttivo di costui, nel lavoro autonomo l'oggetto della prestazione è costituito dal risultato dell'attività (opus)*».

Sempre secondo la Cassazione, anche altri elementi possono essere considerati, per esempio «l'assenza del rischio economico, il luogo della prestazione, la forma della retribuzione e la stessa collaborazione», ma solo con «valore indicativo e non determinante».

In modo analogo, pure la qualificazione del rapporto eventualmente esplicitata dalle parti nel contratto, magari con l'indicazione di uno specifico «*nomen iuris*» o persino con l'espressa esclusione della subordinazione, dovrebbe essere tenuta in una qualche considerazione, rimanendo però aperta la possibilità che si dimostri, in concreto, una diversa e prevalente classificazione.

Tra i comuni canoni ermeneutici, assume infatti, ad avviso della Cassazione, una posizione preminente il comportamento delle parti (anche) posteriore alla conclusione del contratto (di cui al 2° co. dell'art. 1362 c.c.), che potrebbe peraltro essere considerato non solo per interpretare l'accordo originariamente concluso, ma se del caso anche per dimostrare la stipulazione di un nuovo accordo di lavoro subordinato sia pure essendosi inizialmente concordato un rapporto di lavoro autonomo, poiché, «in caso di contrasto fra i dati formali iniziali di individuazione della natura del rapporto e quelli di fatto emergenti dal suo concreto svolgimento, a questi ultimi deve darsi necessariamente rilievo prevalente», anche «in considerazione della posizione debole di uno dei contraenti, che potrebbe essere indotto ad accettare una qualifica del rapporto diversa da quella reale pur di garantirsi un posto di lavoro».

Il criterio fondamentale rimane comunque il binomio eterodirezione/subordinazione, per l'accertamento del quale si ribadisce l'utilizzabilità di alcuni «indici» quali «la retribuzione fissa mensile in relazione sinallagmatica con la prestazione lavorativa; l'orario di lavoro fisso e continuativo; la continuità della prestazione in funzione di collegamento tecnico organizzativo e produttivo con le esigenze aziendali; il vincolo di soggezione personale del lavoratore al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro, con conseguente limitazione della sua autonomia; l'inserimento nell'organizzazione aziendale», fermo restando però che l'onere della prova grava sul lavoratore che intende affermare in giudizio la subordinazione, e che nel caso di specie detto onere non può ritenersi assolto, come già verificato dai giudici di merito con motivazione ritenuta coerente dalla Cassazione.

Così sintetizzata la sentenza in commento, nel prosieguo ci allontaneremo da essa, soffermandoci in generale sulle principali tesi elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in merito alla distinzione in esame, per ritornare infine alla sentenza, formulandone una valutazione conclusiva.

## **2. Cenni alla nozione di lavoro autonomo e al suo rapporto con il contratto d'opera**

Si pone innanzi tutto il problema della definizione del lavoro autonomo in rapporto al contratto d'opera. Al riguardo, potrebbe a prima vista pensarsi – secondo quella che è stata definita una «affascinante prospettiva alchemica di ricomposizione unitaria»<sup>1</sup> – che la nozione di lavoro autonomo, non esplicitata

---

<sup>1</sup> PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XXVII, 1, Milano, 1996, p. 76.

dal legislatore, coincida con quella di contratto d'opera, cioè che il primo si svolga solo attraverso il secondo, che assumerebbe dunque una notevole portata generale.

In questo senso depongono la denominazione riferita proprio al lavoro autonomo («Del lavoro autonomo») del Titolo III del Libro V e la circostanza che in detto Titolo è contenuta sostanzialmente solo la disciplina del contratto d'opera (sia manuale sia intellettuale).

Però, secondo l'impostazione dominante, le intitolazioni legislative, se pure possono integrare un argomento rafforzativo di interpretazioni desunte *aliunde*, non possono mai essere, da sole, decisive, per il semplice motivo che non sono dotate del valore precettivo proprio esclusivamente del testo degli articoli di legge in esse contenuti<sup>2</sup>.

Secondo la tesi consolidata, pertanto, l'ambito di applicazione del contratto d'opera è molto meno esteso rispetto a quello del lavoro autonomo, deponendo in tal senso la formulazione letterale dell'art. 2222 c.c., ove, dopo essersi inquadrato il contratto d'opera come lavoro autonomo (alla luce anche della denominazione del Titolo III), si afferma l'applicazione delle «norme di questo capo», però «salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV»<sup>3</sup>, lasciandosi così chiaramente intendere che vi sono ipotesi particolari di lavoro autonomo tra i contratti di servizi del Libro IV<sup>4</sup>, e che solo qualora non ricorra (in tutto o in parte) alcuna di dette ipotesi ci si può richiamare (in tutto o in parte) alla disciplina del contratto d'opera, da intendersi pertanto, sotto il profilo in esame, come residuale e sussidiaria<sup>5</sup>, anche se ciò non toglie che la medesima disciplina assuma pure portata generale<sup>6</sup>, fermo restando che il problema giuslavoristico del lavoro autonomo può dirsi, *de iure condito*<sup>7</sup>, da tempo risolto nel senso che la figura «si declina al plurale»<sup>8</sup>.

---

<sup>2</sup> Su questa linea di pensiero, cfr., in giurisprudenza, tra le altre, Cass. pen., 12 ottobre 1982, in *Giust. pen.*, 1983, II, p. 633, la quale ha affermato che «le partizioni sistematiche di una legge (titoli, capi, rubriche, ecc.) non integrano né fanno parte del testo legislativo e quindi non vincolano l'interprete ma hanno (come i lavori preparatori) un mero valore interpretativo di per sé non limitativo del significato del testo; d'altra parte, la disciplina normativa sulla formazione delle leggi prevede che solo i singoli articoli siano oggetto di esame e di approvazione da parte degli organi legislativi»; nonché Cass., sez. un., 25 marzo 1988, n. 2569, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2597.

<sup>3</sup> Su questo inciso, cfr., peraltro, BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, *Obbl. contr.*, Torino, 1989, p. 519, i quali lo giudicano «superfluo».

<sup>4</sup> Ma v. anche, per la tesi secondo cui i contratti affini al contratto d'opera disciplinati nel Libro IV non darebbero luogo a lavoro autonomo, in quanto in essi la prestazione lavorativa, sia pure presente, non assumerebbe un ruolo decisivo, LEGA, *Il contratto d'opera*, in *Tratt. dir. lav.*, diretto da Borsi e Pergolesi, I, *Introduzione al diritto del lavoro*, 3ª ed., Padova, 1960, I, p. 488; ID., *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milano, 1974, p. 478 s. V. però anche la critica di PERULLI, *op. cit.*, p. 45, il quale fa leva sul n. 914 della Relazione al Re, ove si riconosce espressamente la presenza di altre forme di lavoro autonomo, in aggiunta a quella di cui all'art. 2222 c.c.

<sup>5</sup> V., tra gli altri, CAGNASSO, voce *Opera (contratto di)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, X, Torino, 1994, p. 327.

<sup>6</sup> Cfr. in argomento MARINELLI, in MARINELLI e CAROCCIA, *Contratto d'opera e prestazione d'opera intellettuale*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Not.*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2013, p. 10, il quale parla «d'istituti tanto residuali quanto generali, come il contratto d'opera». Sia consentito rinviare *amplius* a TESCARO, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera nel panorama dei contratti di servizi*, Milano, 2017, *passim* e specialmente p. 211 ss.

<sup>7</sup> Sulle interessanti e multiformi prospettive che potrebbero (e forse dovrebbero) aprirsi *de iure condendo*, cfr., tra i tanti, PERULLI, *op. cit.*, p. 77 ss. e specialmente p. 81, ove si prefigura una considerazione unitaria, perlomeno con riguardo a talune tutele fondamentali, di lavoratori autonomi e lavoratori subordinati.

<sup>8</sup> PERULLI, *op. cit.*, p. 77 e p. 85. V. anche, tra gli altri, ICHINO, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, in *Il c.c. Comm.*, diretto da Schlesinger, *Artt. 2094-2095*, Milano, 1992, p. 47 ss., nonché PERULLI, *Subordinazione e autonomia*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di Carinci, II, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, coordinato da Perulli, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, XXIV, Torino, 2007, p. 61 ss., e, da ultimo, F. OLIVIERO, *Sub art. 2222 c.c.*, in *Comm. c.c. Cian-Trabucchi*, a cura di G. Cian, 13ª ed., Milano, 2018, p. 2561 s.

### 3. La tesi che sovrappone la distinzione tra contratto d'opera e contratto di lavoro subordinato a quella tra *locatio operis* e *locatio operarum*

Quanto qui interessa, comunque, è non affrontare il compito di definire compiutamente il lavoro autonomo, bensì tracciare la distinzione tra contratto d'opera quale figura generale di lavoro autonomo e contratto di lavoro subordinato<sup>9</sup>.

Orbene, secondo un primo, risalente<sup>10</sup> e però da tempo per lo più superato<sup>11</sup> orientamento la distinzione in parola si collegherebbe a quella tradizionale (almeno secondo una certa lettura delle fonti, peraltro assai discutibile sotto il profilo storico-giuridico<sup>12</sup>) del diritto romano, e poi in tempi moderni soprattutto del diritto tedesco, tra *locatio operis* e *locatio operarum* (in senso stretto<sup>13</sup>)<sup>14</sup>. Più precisamente, l'idea di fondo sarebbe quella di una precisa sovrapposizione tra la nostra distinzione e quella tra impegno al raggiungimento di un certo risultato (*opus*), quale trasfuso in tempi moderni nel modello tedesco del *Werkvertrag* (e così anche, si vorrebbe, del contratto d'opera), e impegno a un semplice comportamento diligente, cioè a porre le proprie energie lavorative (*operae*) a disposizione della controparte, quale trasfuso in tempi moderni nel modello tedesco del *Dienstvertrag*<sup>15</sup>.

Come è stato già illustrato altrove<sup>16</sup>, in tale maniera, il sistema tedesco sostanzialmente eleva al livello della conformazione dei tipi contrattuali la peraltro molto discussa distinzione, sviluppatasi soprattutto in ambito francese con riguardo alla disciplina dell'obbligazione in generale, tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi, sul cui significato nella presente materia torneremo tra breve. Ciò che preme ora rammentare è, però, che nei due modelli fondamentali tedeschi di contratti di servizi si trova sancita – insieme ad altre differenze di disciplina – una diversa ripartizione del rischio tra le parti, nel senso che, mentre nel *Dienstvertrag* il prestatore può pretendere il compenso per il semplice fatto di avere tenuto diligentemente la condotta promessa, a prescindere dalla circostanza che la medesima abbia oppure non avuto successo, nel *Werkvertrag* è, in linea di principio, l'*Unternehmer* a sopportare il rischio che la sua attività non raggiunga, sia pure senza sua colpa, il risultato cui è rivolta, in quanto costui può normalmente

---

<sup>9</sup> Per la sottolineatura di come la necessità di questa distinzione nasca innanzi tutto dall'origine storica del contratto d'opera nell'idea medievale di «mestiere», che è sinonimo di lavoro in senso ampio (nel cui ambito rientra anche quello subordinato), v. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 174.

Sul più generale problema della opportunità di superare la tradizionale tendenza a «leggere la categoria normativa della subordinazione ricavabile dall'art. 2094 c.c. a catalizzatore privilegiato del trattamento giuridico di ogni forma di dipendenza», atteso già solo che «la realtà economica dei rapporti di lavoro post-fordisti presenta anche dell'altro», cfr., tra i tanti, anche per ulteriori riferimenti, LAMICELA, *La disciplina del recesso del cliente dai contratti di prestazione d'opera e servizi intellettuali a termine oltre gli angusti confini dell'art. 2337 c.c.*, in *Ricerche giuridiche*, 2013, p. 509 ss.

<sup>10</sup> In una prospettiva di questo tipo, vigente il Codice civile del 1865, v., per esempio, CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p. 30 s. e p. 33.

<sup>11</sup> V. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 18 ss., ove (p. 22), in ottica giuslavoristica, si evidenzia anche la più generale «tendenza ad una sostanziale fungibilità e interscambiabilità tra lavoro subordinato e lavoro autonomo».

<sup>12</sup> V. soprattutto, anche per ulteriori riferimenti, FIORI, *La definizione della "locatio conductio"*, Napoli, 1999, *passim*, nonché RIBALTA I HARO, *Contratos de servicios y de obra. Contornos y tipificación desde el derecho romano hasta las codificaciones civiles contemporáneas*, in *Revista jurídica del notariado*, n. 95-96, 2015, p. 124 ss. Sia consentito rinviare anche a TESCARO, *op. cit.*, p. 1 ss.

<sup>13</sup> Sulla presenza nella storia del pensiero giuridico, peraltro, anche di una nozione di *locatio operarum* in senso ampio, intesa cioè come comprensiva pure della *locatio operis*, considerata una sorta di sottotipo della prima, vale a dire una locazione pur sempre di *operae*, v. TESCARO, *op. cit.*, p. 12 ss.

<sup>14</sup> Cfr., tra i tanti, anche per ulteriori riferimenti, P. SANDULLI, *Il lavoro autonomo, Impresa e lavoro*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 2ª ed., Torino, 2001, 15, I, \*\*, p. 791 ss.

<sup>15</sup> Sul diritto tedesco in materia di contratti di servizi, anche con riferimento alle più recenti modifiche introdotte nel BGB, v., da ultimo, TESCARO, *Der contratto d'opera: ein italienisches Vorbild für den service contract?*, in *Jahrbuch für Italienisches Recht*, 2018, p. 141 ss. e specialmente p. 152 ss. In argomento, cfr. pure PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 13 ss., ove citazioni della dottrina giuslavoristica più risalente e ove si sottolinea anche come, nella prospettiva in esame, il lavoro subordinato sia normalmente (ma non necessariamente) di durata, e il lavoro autonomo normalmente (ma non necessariamente) a esecuzione istantanea (profilo, questo, su cui torneremo tra breve nel testo).

<sup>16</sup> TESCARO, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera nel panorama dei contratti di servizi*, cit., p. 36 ss.

pretendere il corrispettivo solo quando l'opera, esattamente compiuta, sia presa in consegna dalla controparte.

Anche nel nostro ordinamento si trova talvolta affermato – sia pure per lo più al semplice fine di indicare un criterio orientativo, da considerare insieme ad altri – che il lavoratore autonomo si differenzerebbe dal lavoratore subordinato per l'assunzione del rischio della propria opera<sup>17</sup>, ma la tesi non persuade, non potendosi dire che il contratto d'opera segua davvero, sotto questo profilo, il modello del *Werkvertrag*, poiché nella figura italiana l'attività del prestatore risulta, già a prima vista, molto più valorizzata in quanto tale<sup>18</sup>, specialmente negli artt. 2225 e 2228 c.c., che si prestano tra l'altro a essere interpretati in questa direzione più di quanto comunemente si faccia<sup>19</sup>.

Nel contratto d'opera, inoltre, ben potrebbe esservi un impegno del prestatore a una mera condotta diligente, con conseguente ripartizione del rischio più favorevole rispetto a quella che deriverebbe da un *Werkvertrag*, ciò che normalmente accade, per opinione tradizionale, perlomeno nel caso del contratto d'opera intellettuale. Il *Dienstvertrag* tedesco, cioè la figura che si ispira alla *locatio operarum* (in senso stretto) e che dovrebbe, secondo la prospettiva in esame, corrispondere al nostro contratto di lavoro subordinato, del resto, ricomprende non solo l'*Arbeitsvertrag*, ma anche il *freier Dienstvertrag*, cioè un contratto avente per oggetto una prestazione d'opera svolta in regime di autonomia.

Se a tutto ciò si aggiunge che il contratto di lavoro subordinato, per esempio nei casi di lavoro a cottimo (o di rapporto associativo di lavoro con partecipazione agli utili), potrebbe anche presentare una ripartizione del rischio più sfavorevole del normale per il lavoratore, risulta chiaro come il criterio appena esaminato non possa essere né generalizzato, né considerato decisivo<sup>20</sup>.

#### **4. Cenni al problema della distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi, dal punto di vista della disciplina dell'obbligazione in generale**

Da più parti ci si chiede, allora, se la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi rifletta quella tra contratto d'opera e contratto di lavoro subordinato<sup>21</sup> almeno qualora la si consideri (non sul

---

<sup>17</sup> Cfr., sul punto, anche per ulteriori riferimenti, PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 192.

<sup>18</sup> Come sottolineato, per esempio, da MAZZIOTTI, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1998, p. 184.

<sup>19</sup> Si rinvia a TESCARO, *op. ult. cit.*, p. 291 ss. e p. 465 ss.

<sup>20</sup> Sostanzialmente in questo senso, v. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 174 ss. e specialmente p. 192 s., ove si sottolinea anche il «fatto, ormai acclarato, che il contratto di lavoro subordinato può, in ipotesi, avere per oggetto ogni prestazione propria di qualsivoglia figura tipica di lavoro autonomo», e ove si precisa però anche come, nonostante una certa tendenza a una riconsiderazione unitaria delle due fattispecie (fondata talvolta sul genericissimo disposto dell'art. 35, comma 1, Cost., ai sensi del quale «La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni»), rimanga *de iure condito* fondamentale distinguerle in modo il più possibile preciso.

<sup>21</sup> Cfr., sul punto, G. GIACOBBE e D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera, Artt. 2222-2228*, in *Il c.c. Comm.*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, 2<sup>a</sup> ed. aggiornata a cura di Virgadamo, Milano, 2009, p. 17, secondo cui «dalla disciplina dell'art. 2224 si desumono (...) elementi univoci di qualificazione del contratto, nel senso che gli elementi peculiari della attività lavorativa sono determinati dalla rilevanza giuridica del risultato», e p. 22 ss., ove si sostiene che «da figura in esame è qualificabile come contratto di risultato, nel senso che essa è destinata a produrre un risultato utile per il committente», anche se si precisa altresì che «ciò non significa che le modalità di esecuzione siano del tutto irrilevanti ai fini dell'accertamento dell'esattezza dell'adempimento», e pure (p. 25) che le peculiarità del contratto d'opera intellettuale, e specialmente la relativa, «diversa accezione del concetto di opera – interpretata alla luce dell'altro possibile oggetto del contratto, e cioè il servizio – costituisce un evidente indice della peculiarità della figura in esame che non ne consente una definizione classificabile esclusivamente nella categoria delle obbligazioni c.d. di mezzi o di risultato». Cfr. anche RIVA SANSEVERINO, *Lavoro autonomo, Libro V, Del lavoro, Art. 2188-2246, in Comm. c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, 2<sup>a</sup> ed., Bologna - Roma, 1963, p. 154 s., secondo cui «in linea di massima il contratto di lavoro subordinato pone in essere una obbligazione di mezzi (...)», mentre «nel contratto di lavoro autonomo, la prestazione continuativa di fare, pur seguitando a caratterizzare l'obbligazione assunta dal lavoratore, viene formalmente considerata in funzione di un determinato risultato di cui il lavoratore stesso ha personalmente assunto l'impegno secondo modalità prestabilite», e p. 158, ove si conclude che «in sostanza, ricorre il rapporto di lavoro autonomo tutte le volte che il lavoratore non ha a priori la garanzia di un determinato compenso, essendo personalmente responsabile del raggiungimento del risultato prefisso».

piano della disciplina dei singoli tipi, secondo il modello tedesco, bensì) sul diverso piano della disciplina dell'obbligazione in generale, secondo il modello francese<sup>22</sup>.

Alla luce delle conclusioni già raggiunte altrove<sup>23</sup>, la questione appare però male impostata, essendosi verificato che il sistema italiano, in ossequio alla sua evoluzione storica, dovrebbe, nella nostra materia, prediligere l'esame della disciplina dei singoli tipi, piuttosto di quella dell'obbligazione in generale.

Peraltro, anche ipotizzando che non sia così, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato non solo non è inequivocabilmente sancita dalla disciplina codicistica dell'obbligazione, ma risulta pure variamente in linea con premesse di teoria generale comunque contestabili proprio alla luce di detta disciplina, motivo per cui tale distinzione dovrebbe essere, se non radicalmente abbandonata, almeno considerata di valenza puramente descrittiva<sup>24</sup>.

Se a ciò si aggiunge che, come si accennava nel paragrafo precedente, dalle previsioni dettate con specifico riguardo al contratto d'opera e al contratto di lavoro subordinato non emergono conclusioni differenti, non accogliendo esse, né esplicitamente né implicitamente, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, la medesima distinzione risulta comunque inutile per l'individuazione dei confini tra le due tipologie in esame<sup>25</sup>.

Una siffatta conclusione non sembra smentita nemmeno dalle pronunce che pure talvolta richiamano o evocano, al fine di individuare un contratto di lavoro subordinato, la nozione di obbligazione di mezzi<sup>26</sup>, le quali però, a ben vedere, utilizzano detto riferimento semplicemente come un possibile indizio di quello che, come verificheremo tra breve, integra il fondamentale elemento distintivo, ovverosia la subordinazione intesa come eterodirezione del lavoro<sup>27</sup>.

## 5. Il profilo temporale come criterio distintivo tra contratto di lavoro subordinato e contratto d'opera

Un altro criterio prospettato per distinguere contratto di lavoro subordinato e contratto d'opera concerne il profilo temporale. In quest'ottica, vigente il Codice civile del 1865, si è sostenuto che la *locazione d'opera* (ovverosia, in prospettiva odierna, il contratto d'opera) avrebbe dato luogo a un contratto a esecuzione istantanea, cioè attraverso un unico atto, oppure periodica, cioè attraverso più atti distanziati tra loro nel tempo ma pur sempre istantanei, mentre il contratto di *locazione di opere* (ovverosia, in prospettiva odierna, il contratto di lavoro subordinato) avrebbe integrato un contratto a esecuzione continuata, avendo a oggetto un'attività svolta senza soluzione di continuità nel tempo<sup>28</sup>. I fautori di un simile orientamento,

<sup>22</sup> Sul quale v., da ultimo, TESCARO, *Der contratto d'opera: ein italienisches Vorbild für den service contract?*, cit., p. 148 ss.

<sup>23</sup> Si rinvia a TESCARO, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera nel panorama dei contratti di servizi*, cit., p. 59 ss. e specialmente p. 70 ss.

<sup>24</sup> Per un approfondito tentativo di dimostrazione di tale assunto, e per ulteriori riferimenti, si rinvia a TESCARO, *op. ult. cit.*, p. 257 ss.

<sup>25</sup> Per una simile conclusione, sia pure attraverso un diverso percorso argomentativo, v. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 181. V. anche, tra gli altri, FERNANDEZ DEL MORAL DOMINGUEZ, *Il contratto d'opera in generale*, in *I contratti di collaborazione*, a cura di Sirena, Torino, 2011, p. 667.

<sup>26</sup> V., per esempio, Cass., 7 aprile 1992, n. 4220, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 258, ove si fa leva su «l'oggetto della prestazione che, nel lavoro autonomo, è dato dal risultato dell'attività organizzativa del prestatore (*opus*) e, nel lavoro subordinato, dalle stesse energie lavorative esplicate secondo le direttive, la vigilanza e il controllo dell'altra parte (*operae*)».

<sup>27</sup> In tal senso, v. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 183 s., e, più di recente, LIVI, *Il contratto d'opera*, in *Diritto civile, Obbligazioni, I contratti*, diretto da N. Lipari e da P. Rescigno e coordinato da Zoppini, Milano, 2009, III, p. 360.

<sup>28</sup> Su una linea di pensiero di questo tipo, v. RAMPONI, *La determinazione del tempo nei contratti*, in *Arch. giur.*, 1890, p. 314 ss., ove si afferma testualmente che «la locazione d'opera che consiste nella prestazione del risultato utile materiale di un determinato lavoro è contratto di esecuzione istantanea benché necessariamente protratta», che la diversa ipotesi de «la periodicità (...) può accadere (...) anche nella locazione d'opera in senso oggettivo quando si tratti di un lavoro che sia di più pezzi o a misura», e infine che «i contratti di esecuzione periodica segnano veramente il passaggio fra quelli di esecuzione istantanea e quelli altri la cui esecuzione né si esaurisce con un solo atto né si estingue parte a parte con tanti atti distinti, ma si svolge successivamente nel tempo senza alcuna interruzione della sua continuità. Così (...) la locazione (soggettiva) di opere (*locatio operarum*) cioè

riproposto anche in relazione al Codice civile attualmente vigente, non negano che l'attività del prestatore d'opera possa estendersi nel tempo, ma sottolineano che il momento consumativo dell'esecuzione sarebbe solo quello dalla consegna del lavoro finito<sup>29</sup>.

In una variante della posizione appena esposta, si separano le nozioni di *durata* e di *continuità della prestazione* lavorativa, identificandosi la prima con la semplice idoneità di parti della prestazione a soddisfare parzialmente l'interesse del creditore in ragione del tempo, e la seconda con l'illimitata divisibilità in ragione del tempo della prestazione in relazione all'interesse del creditore<sup>30</sup>, e si basa quindi la distinzione tra contratto di lavoro subordinato e contratto d'opera non sulla prima nozione, ma sulla seconda. In quest'ottica, si sostiene che il contratto di lavoro subordinato dia luogo a una obbligazione di *facere* illimitatamente divisibile *ratione temporis*, e il contratto d'opera a una obbligazione di *facere indivisibile* o (nel caso già accennato della prestazione periodica) solo limitatamente (considerata l'intrinseca inscindibilità dei singoli *opera* in cui detta prestazione si articola) divisibile *ratione temporis*, salva peraltro la particolarità delle professioni intellettuali, il contratto per lo svolgimento delle quali assomiglierebbe, sotto il profilo temporale, a quello di lavoro subordinato<sup>31</sup>.

Posizioni di questo tipo, però, a parte il fatto che – come è stato acutamente segnalato in dottrina<sup>32</sup> – sembrano in realtà replicare da altro punto di vista il criterio distintivo tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato<sup>33</sup>, la cui inutilità in relazione alla nostra questione è già stata segnalata, si scontrano, fatalmente, con il dato normativo, ove figure contrattuali riconducibili al lavoro autonomo risultano almeno in alcune occasioni strutturate quali contratti a esecuzione continuata in senso tecnico, come l'appalto di servizi di cui all'art. 1677 c.c., ipotesi questa che può senz'altro verificarsi, *mutatis mutandis*, anche per il contratto d'opera<sup>34</sup>.

Inoltre, nella disciplina del contratto d'opera manuale, ha rilevanza, oltre al momento finale dell'esecuzione, pure l'attività precedente, come dimostra per esempio l'art. 2225 c.c., ove si prevede che il giudice determini il corrispettivo in relazione non solo al «risultato ottenuto», ma anche al «lavoro normalmente necessario per ottenerlo»<sup>35</sup>.

---

prestazione di attività, di lavoro». Sul significato attuale di simili nozioni, e sulla classificazione del contratto d'opera come negozio, d'ordinario, a esecuzione prolungata, sia consentito rinviare a TESCARO, *op. ult. cit.*, p. 143 ss.

<sup>29</sup> V., ancora, RAMPONI, *op. cit.*, p. 314, nonché OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 143 ss., specialmente p. 169. V. pure RIVA SANSEVERINO, *op. cit.*, p. 155, ove si afferma che «la continuità del rapporto, tipica del lavoro subordinato, si riproduce integralmente solo in determinate ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, come è il caso, ripetutamente citato, del medico di famiglia, mentre, per indicare la situazione differenziata propria della grande maggioranza dei casi, si può parlare, a somiglianza che per l'appalto, di obbligazione ad esecuzione prolungata, nel senso che non si ha una singola prestazione, ma una serie di prestazioni successive».

<sup>30</sup> ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, I, *Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Milano, 1984, p. 15 ss.; ID., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989, p. 50 ss.

<sup>31</sup> ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, I, *cit.*, p. 29.

<sup>32</sup> V. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 186 e p. 190 s., ove, contro la tesi che vorrebbe distinguere contratto di lavoro subordinato e contratto d'opera sulla base della divisibilità oppure non dell'obbligazione in ragione del tempo, si ricorda anche la posizione di teoria generale di CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1953, p. 166 s. e p. 230 ss., secondo cui l'obbligazione non sarebbe mai divisibile in ragione del tempo, bensì solo in ragione dello spazio, potendo il suo frazionamento riguardare i singoli oggetti delle prestazioni ripetute, oppure l'oggetto della prestazione continuativa considerata in un periodo della durata complessiva, oppure le frazioni dell'oggetto della prestazione ripartita.

<sup>33</sup> Cfr., in argomento, G. GIACOBBE e D. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 14, ove si afferma che «l'elemento della continuità, ovvero della periodicità, ben può caratterizzare la prestazione, soprattutto quando essa consista nell'espletamento di un servizio. Naturalmente, ciò che rileva è che una tale continuità non determini il venir meno del connotato tipico del contratto d'opera, e cioè la produzione dell'opera o del servizio. Si vuol dire che ove la prestazione dell'attività lavorativa costituisca, di per sé, l'oggetto del contratto – nei limiti che saranno precisati – allora si sarà in presenza di un rapporto di lavoro subordinato. Ove, al contrario, l'attività di produzione sia specificamente diretta alla realizzazione di quel risultato, allora la continuità non osta alla sussistenza di una prestazione autonoma», nonché p. 29 s. e p. 52, ove peraltro si precisa che la «distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato (...) non è idonea a costituire una valida base per inquadrare esattamente le varie fattispecie negoziali».

<sup>34</sup> Si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a TESCARO, *op. ult. cit.*, p. 144 ss.

<sup>35</sup> Per un simile rilievo, v. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 189.

Corrispondentemente, anche nella disciplina del contratto d'opera intellettuale si contempla non solo l'attività del prestatore (ciò che potrebbe far pensare a una valorizzazione del tempo impiegato per compierla), ma anche l'esito della stessa, come si può verificare nel comma 2 dell'art. 2231 c.c., ove si parla di un compenso «adeguato all'utilità del lavoro compiuto», nel comma 2 dell'art. 2233 c.c., secondo cui la misura del compenso deve essere in ogni caso «adeguata all'importanza dell'opera», e pure nel comma 2 dell'art. 2237 c.c., ove si parla sempre di un compenso da determinarsi «con riguardo al risultato utile [...] derivato al cliente», così che davvero non è condivisibile la sopra citata tesi che vorrebbe accomunare il contratto d'opera intellettuale, sotto il profilo temporale, al contratto di lavoro subordinato, distinguendolo dal contratto d'opera manuale.

Pertanto, anche a voler tralasciare che non è nemmeno sicuro che il contratto di lavoro subordinato debba sempre considerarsi un contratto a esecuzione continuata<sup>36</sup>, il profilo temporale non serve a distinguere chiaramente detta figura dal contratto d'opera<sup>37</sup>.

## 6. La volontà delle parti come criterio distintivo tra contratto di lavoro subordinato e contratto d'opera

Si trova poi di frequente indicato, sempre al fine di distinguere tra contratto d'opera e contratto di lavoro subordinato, il criterio della scelta (volontà) delle parti per l'una o per l'altra figura.

Detto criterio è già da molto tempo prospettato da parte della dottrina<sup>38</sup>, ma è altresì tradizionalmente per lo più considerato subordinato rispetto alla verifica del reale contenuto del rapporto, in ossequio a una sorta di principio di effettività, e soprattutto in quanto la volontà contrattuale, anche quando è chiara, rischia in questa materia di risultare distorta dalla disparità economico-sociale dei contraenti<sup>39</sup>.

In ogni caso, una simile posizione non può essere estremizzata fino al punto di affermare l'irrelevanza della volontà contrattuale in materia di qualificazione negoziale, facendosi leva sulla inderogabilità della disciplina del lavoro subordinato, e giungendosi per questa via ad affermare un aprioristico *favor* dell'ordinamento per la subordinazione, già solo in quanto l'inderogabilità della relativa disciplina dovrebbe essere la conseguenza, non la premessa della qualificazione del contratto<sup>40</sup>.

Nemmeno si dovrebbe arrivare, peraltro, all'estremo opposto di riconoscere alle parti un pieno potere di qualificazione del contratto, ciò che si tradurrebbe in una inaccettabile, completa disponibilità del tipo legale<sup>41</sup>, così che risulta da preferire la soluzione, sostanzialmente intermedia, secondo cui la

---

<sup>36</sup> Perlomeno (e a tacere d'altro) in quanto, se si aderisse alla posizione di teoria generale di CICALA, *op. cit.*, p. 230 ss. (posizione già rammentata poco sopra), persino le *operae* svolte dal lavoratore subordinato dovrebbero considerarsi «indivisibili poiché infrazionabili in porzioni contemporaneamente esistenti» (PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 191).

<sup>37</sup> Al riguardo, cfr. anche MAZZIOTTI, *op. cit.*, p. 185.

<sup>38</sup> V., per esempio, RIVA SANSEVERINO, *op. cit.*, p. 156, secondo cui «quella che risulta essere stata l'intenzione delle parti all'atto della stipulazione del contratto vale infine come circostanza decisiva: questo, salvo il caso in cui la stipulazione di un contratto di lavoro autonomo risulti essere stata fatta con l'intento di eludere l'applicazione dell'ordinamento proprio al contratto di lavoro subordinato». In argomento, cfr. pure G. GIACOBBE e D. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 52 s.

<sup>39</sup> Cfr., anche per ulteriori riferimenti, PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 189.

<sup>40</sup> In questo senso, v., tra gli altri, ICHINO, *Autonomia privata individuale e qualificazione del rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Milano, 1993, p. 23 s.; TREU, *Onerosità e correttezza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, p. 24 ss.

<sup>41</sup> In dottrina, v., tra i tanti, SACCO, *La qualificazione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, 10, *Obbl. contr.*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2002, II, p. 583, ove si precisa che, «com'è noto, la qualificazione del contratto è sottratta alla volontà delle parti: ma certo la qualificazione operata in base ad un puro animo, ad una pura valutazione di priorità, ecc., è ad un solo passo dalla qualificazione soggettiva». In giurisprudenza, v., tra le tante, Cons. Stato, 27 ottobre 2014, n. 5312, in *Pluris*; Cass., 20 gennaio 1995, n. 649, in *Mass. giur. it.*, 1995, secondo cui «da pur preliminarmente indagare sull'effettiva volontà negoziale [...] non può essere disgiunta da una verifica dei relativi risultati con riguardo alle caratteristiche e modalità concretamente assunte dalla prestazione stessa nel corso del suo svolgimento, si da doversi riconoscere l'acquisizione di quel carattere quante volte tale svolgimento non si appalesi coerente con la sua originaria denominazione».

qualificazione, ovvero sia il *nomen iuris* prescelto dalle parti, ha sì una qualche rilevanza discrezionale, ma solo sussidiaria<sup>42</sup>.

## 7. Il criterio distintivo fondamentale: la subordinazione del lavoratore e il potere direttivo del datore di lavoro

È giunto il momento di prendere in considerazione quello che rimane, alla luce di quanto rilevato in precedenza, il criterio discrezionale fondamentale, ovvero sia la subordinazione del lavoratore (subordinato, evidentemente), cui corrisponde, quale altra faccia della stessa medaglia, il potere direttivo del datore di lavoro.

Che proprio questo sia il criterio fondamentale<sup>43</sup> (anche se non esclusivo<sup>44</sup>) è dimostrato dall'art. 2222 c.c., ove si precisa che il prestatore d'opera svolge la propria attività «senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente», e anche dall'art. 2094 c.c., ove si evidenzia (l'appena citata altra faccia della medaglia, cioè) che il lavoratore subordinato svolge il proprio lavoro, intellettuale o manuale, «alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore».

Il criterio in parola, senza dubbio difficile da precisare a livello teorico<sup>45</sup> e anche da adattare alle più diverse fattispecie concrete, riguarda comunque non la natura o il contenuto della *prestazione* lavorativa, bensì le sue *modalità attuative*, esprimendo l'idea di fondo per cui l'*organizzazione* delle medesime compete al datore di lavoro nel contratto di lavoro subordinato e al prestatore nel contratto d'opera<sup>46</sup>. Più precisamente, il potere direttivo del datore di lavoro subordinato si compone, tradizionalmente, di due aspetti, assenti nel lavoro autonomo: un potere di conformazione della prestazione lavorativa in sé considerata e un potere di coordinamento, sia spaziale sia temporale, di detta prestazione nell'ambito della complessiva organizzazione di cui essa fa parte<sup>47</sup>. Un così intenso ruolo del datore di lavoro giustifica, dal punto di

---

<sup>42</sup> In dottrina, v., per tutti, PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 196. In giurisprudenza, v., *ex multis*, Cass., 21 ottobre 2014, n. 22289, in *Pluris*, secondo cui «ai fini della distinzione fra lavoro subordinato e lavoro autonomo, deve attribuirsi maggiore rilevanza alle concrete modalità di svolgimento del rapporto, da cui è ricavabile l'effettiva volontà delle parti (iniziale o sopravvenuta), rispetto al *nomen iuris* adottato dalle parti»; Cass., 11 agosto 1994, n. 7374, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 480 (con nota di LASSANDARI), ove si sostiene che solo in quanto sia stata «riscontrata carenza di allegazione e prova in ordine all'elemento della subordinazione, deve essere dato valore preminente alla qualificazione attribuita dalle parti».

<sup>43</sup> In tal senso, v., tra i tanti, FERNANDEZ DEL MORAL DOMINGUEZ, *op. cit.*, p. 667 s. e p. 674, ove si aggiunge anche: «quando, comunque, l'elemento dell'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui non sia agevolmente apprezzabile a causa delle peculiarità delle mansioni [...] e del relativo atteggiarsi del rapporto, occorre fare riferimento a criteri complementari sussidiari, come quelli della collaborazione, della continuità delle prestazioni, dell'osservanza di un orario determinato, del versamento a scadenze fisse di una retribuzione prestabilita, del coordinamento dell'attività lavorativa all'assetto organizzativo dato dal datore di lavoro, dell'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale. Questi criteri, singolarmente considerati, non hanno un valore qualificante, e tuttavia possono essere valutati globalmente come elementi probatori della subordinazione». V. anche P. SANDULLI, *op. cit.*, p. 793 ss. Nella giurisprudenza recente, v. [Cass., 2 gennaio 2018, n. 1, in \*Pluris\*](#), ove, a proposito degli elementi da dimostrare affinché possa ritenersi integrata la prova (nel caso di specie mancante) della subordinazione, si menziona innanzi tutto la «sottoposizione al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro», e però anche l'«obbligo di osservanza dell'orario di lavoro».

<sup>44</sup> Cfr., in giurisprudenza, Cass., 26 settembre 2014, n. 20367, in *Pluris*, secondo cui, «nel caso in cui la prestazione lavorativa dedotta in contratto sia estremamente elementare, ripetitiva e predeterminata nelle sue modalità di esecuzione, al fine della distinzione tra rapporto di lavoro autonomo e subordinato, il criterio rappresentato dall'assoggettamento del prestatore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare può non risultare, in quel particolare contesto, significativo per la qualificazione del rapporto di lavoro, ed occorre allora far ricorso a criteri distintivi sussidiari, quali la continuità e la durata del rapporto, le modalità di erogazione del compenso, la regolamentazione dell'orario di lavoro, la presenza di una sia pur minima organizzazione imprenditoriale e la sussistenza di un effettivo potere di autorganizzazione in capo al prestatore».

<sup>45</sup> V., per esempio, PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 200, ove si parla di una «nozione per molti aspetti inafferrabile giacché [...] eminentemente relativa».

<sup>46</sup> In questo senso, v. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 198; GALGANO, *Tratt. dir. civ., Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, 2ª ed., Padova, 2010, II, p. 660; MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano, 1971, p. 42, ove si parla di subordinazione come di «alienità» sia del risultato del lavoro sia dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione è inserita.

<sup>47</sup> Come sottolinea sempre PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 201. Sostanzialmente sulla medesima linea di pensiero, v. anche N. RIZZO, *Il contratto d'opera, Opere e servizi*, in *Tratt. dei contr.*, diretto da Roppo e condiretto da A.M. Benedetti, Milano, 2014, III, 1, p. 576;

vista della disciplina, il fatto che il lavoratore subordinato, a differenza del lavoratore autonomo (v. infatti l'art. 2226 c.c.), in linea di principio non risponde delle difformità e dei vizi dell'opera compiuta<sup>48</sup>.

Peraltro, ogni attività lavorativa, anche se subordinata, presenta aspetti di autonomia, così come ogni attività lavorativa, anche se autonoma, presenta aspetti di subordinazione (quantomeno alla «regola d'arte» di cui all'art. 2224 c.c.) nelle sue modalità attuative. Ma solo nel lavoro subordinato si ha una «oggettivazione della forza lavoro» che attribuisce al creditore della medesima «una piena e costante facoltà di intervento sulle modalità organizzative interne del comportamento dovuto»<sup>49</sup>.

Così, mentre nel lavoro subordinato una prestazione contraria a direttive (errate) del datore di lavoro potrebbe essere sanzionata per insubordinazione anche se idonea a raggiungere il risultato voluto, nel lavoro autonomo può configurarsi la responsabilità del prestatore il quale, conformandosi a direttive (errate) del committente, disattenda le nozioni tecniche e di esperienza che dovrebbe al contrario seguire, e per questo motivo non raggiunga il risultato voluto<sup>50</sup>.

Più in generale, occorre comunque ribadire come il criterio in esame sia, in significativa misura, per sua stessa natura, flessibile, ciò che spiega come la giurisprudenza sia potuta passare, negli ultimi decenni, da una interpretazione più estensiva a una più restrittiva della subordinazione, emergendo così un crescente *favor* per l'autonomia<sup>51</sup> (e pertanto anche per il contratto d'opera), ritenuta da tempo compatibile

---

FERNANDEZ DEL MORAL DOMINGUEZ, *op. cit.*, p. 673, secondo cui «il cardine della subordinazione è dunque l'assoggettamento del lavoratore, con conseguente limitazione della sua autonomia, mediante l'inserimento nell'organizzazione aziendale, quale che sia il tipo di lavoro, pur potendo ciò manifestarsi con aspetti e intensità diversi»; CAROCCIA, in MARINELLI e CAROCCIA, *Contratto d'opera e prestazione d'opera intellettuale*, cit., p. 167. Sulla crescente perdita di centralità del criterio dell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione produttiva del datore di lavoro, cfr., peraltro, tra gli altri, MARINELLI, *op. cit.*, p. 40; G. GIACOBBE e D. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 56. Cfr. pure C.M. BIANCA, *L'obbligazione, Diritto civile*, Milano, 1993, 4, p. 34, ove si sottolinea che il potere del datore di lavoro si esplica sulla prestazione, non direttamente sulla persona del lavoratore.

<sup>48</sup> Per un simile rilievo, v. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 253.

<sup>49</sup> PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 199. Per un esempio tratto dalla giurisprudenza concernente taluni «vettori adibiti al trasporto pizze [...] tenuti ad operare secondo un modello organizzativo standard stabilito dalla [...] impresa», cfr., di recente, Cass., 4 luglio 2017, [n. 16377](#), in *Pluris*.

<sup>50</sup> Per simili rilievi, v. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 199, ove si ricorda anche la massima giurisprudenziale – per esempio di Cass., 10 luglio 1991, n. 7608, in *Orient. giur. lav.*, 1991, p. 571 ss. – secondo cui «carattere distintivo essenziale del rapporto di lavoro subordinato è la subordinazione, intesa come vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro», e p. 255 s. V., da ultimo, anche A. PEPE, *Sub art. 2232 c.c.*, in *Comm. c.c. Cian-Trabucchi*, a cura di G. Cian, 13<sup>a</sup> ed., cit., p. 2579. In giurisprudenza (sia pure con riguardo a prestazioni d'opera intellettuale: ma, come chiariremo più avanti nel testo, tali prestazioni dovrebbero essere considerate, in una prospettiva in linea di massima unitaria, assieme alle prestazioni d'opera materiale), cfr. anche, relativamente di recente, Cass., 20 maggio 2015, n. 10289, in *Giur. it.*, 2015, p. 2321 ss. (con nota di SICCHIERO, *Dalle obbligazioni di mezzi e di risultato alle obbligazioni governabili e non governabili*; in argomento, v. anche ID., *Dalle obbligazioni «di mezzi e di risultato» alle «obbligazioni governabili o non governabili»*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 1391 ss.), secondo cui «la violazione dell'obbligo di diligenza che incombe sull'avvocato, ove consista nell'adozione di mezzi difensivi pregiudizievole al cliente, non è né esclusa né ridotta per la circostanza che l'adozione di tali mezzi sia stata sollecitata dal cliente stesso, essendo compito esclusivo del legale la scelta della linea tecnica da seguire nella prestazione dell'attività professionale».

<sup>51</sup> Cfr., tra i tanti, G. GIACOBBE e D. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 56, ove si segnala che «il lavoro subordinato sembra [...] aver perso molta dell'originaria *vis attractiva* che esercitava rispetto alle fattispecie di confine»; MARINELLI, *op. cit.*, p. 13 ss.; FERNANDEZ DEL MORAL DOMINGUEZ, *op. cit.*, p. 669 ss.; NOGLER, *Il futuro si predice nel segno dell'autonomia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 415 ss.; PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 202 s., ove la tendenza in parola è collegata, in generale, al passaggio da una società basata sul lavoro fordista-taylorista a una società terzianizzata e informatizzata, e, più nello specifico, a un «uso meno disinvolto degli indici c.d. sussidiari», p. 208 ss., ove si sottolinea come – nonostante non manchino posizioni diverse, per esempio quella di G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro «parasubordinato»*, Milano, 1979, p. 10 (su cui v. anche ID., *Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente, attraverso il lavoro a progetto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 567 s., il quale rammenta di avere sostenuto «che la parasubordinazione si connotava per la debolezza contrattuale del prestatore di lavoro e non sostituiva ma affiancava la subordinazione tecnicofunzionale») – anche il lavoro parasubordinato (di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c.: al riguardo si rinvia, anche per gli opportuni riferimenti ai più recenti interventi normativi in argomento, soprattutto alle acute riflessioni di DE LUCA TAMAJO, *La sentenza della Corte d'Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 1/2019, p. 2 ss., e di VIDIRI, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro che cambia: riflessioni sul «caso Foodora». Tanto rumore per nulla*, *ivi*, p. 2 ss.) sia pur sempre da qualificare come lavoro autonomo, nonostante che a esso siano estese (solo) alcune specifiche tutele proprie del lavoro subordinato (v., per esempio, l'art. 2113 c.c., in tema di rinunzie e transazioni; in argomento, v. anche, tra i tanti, P. SANDULLI, *op. cit.*, p. 817 ss.; MAZZIOTTI, *op. cit.*, p. 188 ss.), nonché p. 227, ove peraltro si ammonisce

perlomeno con talune *direttive generiche* (e forse persino, in certe peraltro limitate ipotesi, *istruzioni*<sup>52</sup>) del creditore<sup>53</sup>.

## 8. L'autonomia del prestatore d'opera e l'adeguatezza delle riflessioni svolte sia alle opere manuali sia alle opere intellettuali

Tutto ciò chiarito, possiamo formulare alcune conclusioni generali in merito ai margini di intervento del creditore sullo svolgimento della prestazione lavorativa nel contratto d'opera.

Se pure si può ammettere – secondo l'orientamento più recente, come si diceva – che anche in detto contratto il creditore esprima direttive generiche nei confronti del debitore della prestazione di lavoro, si è già accennato come simili direttive – a differenza di quanto accade nel lavoro subordinato – rimangano però gerarchicamente sotto-ordinate rispetto alle regole tecniche e di esperienza concernenti una determinata attività, ciò che discende dall'art. 2224 c.c., ove, quali modalità di esecuzione dell'opera, sono indicate solo «le condizioni stabilite dal contratto» e la «regola d'arte».

Più precisamente, ai sensi dell'articolo in parola, spetta innanzi tutto all'accordo tra le parti (ovverosia a «le condizioni stabilite dal contratto») individuare l'attività da compiere, rimanendo poi le modalità di svolgimento di detta attività soggette a una logica di autodeterminazione da parte del prestatore, appunto secondo la «regola d'arte». Di fronte a ciò, il committente ha un potere di controllo (derivante dagli artt. 1662, comma 1, e 1665 c.c., dettati per l'appalto ma analogicamente applicabili al contratto d'opera<sup>54</sup>), però – a differenza di quello del datore di lavoro subordinato – solo eventuale e discontinuo<sup>55</sup>, e cui comunque non si collega – a differenza di altri contratti – un potere di ingerenza tale da estendersi fino al punto della modificazione unilaterale dell'oggetto del contratto (*ius variandi*), ma solo un diritto di recesso (salvo il risarcimento dei danni) ai sensi del comma 2 dell'art. 2224 c.c.<sup>56</sup>.

Le conclusioni appena raggiunte sono adeguate sia alle opere manuali sia alle opere intellettuali, considerate in termini unitari. Anche per le seconde, si pone, infatti, in termini non dissimili rispetto alle prime, il problema della distinzione tra i casi in cui esse sono oggetto di un contratto di lavoro subordinato

---

circa il rischio di una «deriva del pensiero giuslavoristico incentrato sulla subordinazione». Cfr. anche la riflessione sul «lavoro autonomo di nuova generazione» compiuta da PERULLI, *Subordinazione e autonomia*, cit., p. 69 ss. Con riguardo invece alla prospettiva *de iure condendo* che ipotizza una fattispecie ampia di lavoro dipendente, comprendente sia il lavoro subordinato sia il lavoro autonomo, cfr. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., p. 241 ss., il quale adotta la prospettiva della «necessità di un diritto del lavoro capace di varcare i confini del lavoro subordinato»; nonché, più di recente, MARINELLI, *op. cit.*, p. 41 e p. 46. Ma cfr. anche G. SANTORO PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 568 s., ove, pur auspicandosi una «lettura aggiornata della subordinazione», si ritiene che non si debba arrivare addirittura a una «lettura onnipervasiva» della medesima, bensì che occorra soprattutto «la revisione delle norme del codice civile che regolano il lavoro autonomo», al fine di «individuare la fattispecie del lavoro autonomo continuativo e prevedere che la stessa possa essere connotata dalla debolezza contrattuale e dalla dipendenza economica del collaboratore, magari affidando alla contrattazione collettiva la determinazione delle suddette nozioni». Su questi temi, cfr. altresì, anche per ulteriori riferimenti, PASSALACQUA e DI NUNZIO, *Sub art. 2222 c.c.*, in *Dell'impresa e del lavoro, artt. 2188-2246*, a cura di Cagnasso e Vallebona, in *Comm. c.c.*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2014, p. 189 ss., nonché, da ultimo, NOGLER e BOLEGO, *Sub art. 2094 c.c.*, in *Comm. c.c. Cian-Trabucchi*, a cura di G. Cian, 13<sup>a</sup> ed., cit., p. 2331 ss., e, con riguardo alle varie categorie di prestatori di lavoro subordinato, PILATI, *Sub art. 2095 c.c.*, *ivi*, p. 2336 ss.

<sup>52</sup> Sia consentito rinviare a TESCARO, *op. ult. cit.*, p. 248 ss.

<sup>53</sup> V. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 204.

<sup>54</sup> Sul punto, si rinvia a TESCARO, *op. ult. cit.*, p. 130 ss.

<sup>55</sup> Così PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 207 s., ove si parla anche di un controllo oggettivo, cioè ricadente «sulle caratteristiche e modalità dell'opera e non sui modi e tempi dell'attività lavorativa». V. anche RIVA SANSEVERINO, *op. cit.*, p. 157, ove si preferisce parlare di un «controllo passivo e saltuario del committente».

<sup>56</sup> Cfr. sul punto PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 207, ove si sottolinea altresì come in alcune figure di lavoro autonomo il committente abbia anche un certo potere di sostituire parzialmente l'opera da compiersi, sia pure sopportandone le conseguenze negative, come nel caso delle variazioni ordinate dal committente di cui all'art. 1661 c.c. in tema di appalto. Come si è tentato di dimostrare altrove, non sembra però che l'art. in parola possa essere applicato (analogicamente) anche al contratto d'opera: v. TESCARO, *op. ult. cit.*, p. 128 s. e p. 252 (v. anche p. 251 ove ci si sofferma più in generale sul potere di controllo del committente nel contratto d'opera).

e quelli in cui sono invece oggetto di un contratto d'opera (intellettuale)<sup>57</sup>, integrando una acquisizione consolidata che «ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato sia di rapporto di lavoro autonomo, a seconda delle modalità di svolgimento»<sup>58</sup>. Per questa via, da un lato l'art. 2224 c.c. si presenta come espressivo di un principio generale applicabile, ai sensi dell'art. 2230, comma 1, c.c. a qualsivoglia contratto d'opera, (non solo manuale ma) anche intellettuale, e dall'altro lato emerge una sorta di unitarietà del tipo in parola, che lo scrivente ha altrove tentato di dimostrare in termini tendenzialmente generali<sup>59</sup>.

## 9. Conclusioni: una sentenza da condividere pienamente nel suo esito, parzialmente nella sua motivazione

Ritornando alla sentenza da cui abbiamo preso le mosse, il suo esito risulta da condividere pienamente, in quanto in linea con le riflessioni sopra svolte.

Peraltro, nonostante che l'impiego della terminologia latina da parte del giurista contemporaneo sia tutt'altro che da criticare, essendo da un lato assai difficile immaginare che il latino ritorni a essere la lingua delle relazioni giuridiche internazionali<sup>60</sup>, ma rimanendo esso quantomeno preferibile rispetto a lingue straniere – specialmente l'inglese – troppo spesso impiegate anche quando non ve ne sarebbe bisogno, se non addirittura per finalità poco commendevoli<sup>61</sup>, occorre notare come la sentenza in commento abbondi di espressioni latine, in alcuni casi generiche (*vexata quaestio*, *simplicitas*, etc.) ma in almeno un caso evocative di istituti che hanno assunto precisi significati nella storia del diritto e nel diritto comparato, riproponibili secondo alcune opinioni anche in relazione al diritto italiano attualmente vigente.

Si allude alla «qualificazione *sub specie* di *locatio operis* o *locatio operarum*» che la sentenza testualmente impiega per richiamare con altre parole la «distinzione tra rapporto di lavoro autonomo e rapporto di lavoro subordinato», riprendendola persino nel passaggio centrale della sua motivazione (quello di cui alla massima), ove, subito dopo aver affermato che «l'elemento essenziale di differenziazione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato consiste nel vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro», si precisa, potrebbe sembrare come un necessario completamento della tesi fondamentale prescelta, che l'*opus* sarebbe oggetto della prestazione di lavoro autonomo, e che da esso dovrebbero distinguersi le *operae* caratterizzanti il lavoro subordinato.

Come abbiamo già avuto modo di evidenziare, simili posizioni giurisprudenziali non sono nuove e può in realtà ritenersi che esse, oggi come in passato, nulla tolgano all'unico fondamentale elemento distintivo del lavoro subordinato dal lavoro autonomo, ovverosia l'eterodirezione del lavoro, nei termini già chiariti.

<sup>57</sup> In argomento, cfr., tra i tanti, anche in prospettiva storico-giuridica, PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 402 ss.; nonché, anche per ulteriori riferimenti, ANASTASI, voce *Professioni. IV, Professioni intellettuali e subordinazione - dir. lav.*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 1. Sulle più recenti riforme in tema di professioni intellettuali, v., per tutti, R. PALUMBO, *Sub Note* Introd. Libro V, Titolo III, Capo II, in *Comm. c.c. Cian-Trabucchi*, a cura di G. Cian, 13ª ed., cit., p. 2571 ss.

<sup>58</sup> FERNANDEZ DEL MORAL DOMINGUEZ, *op. cit.*, p. 675 s., la quale aggiunge che «si tratta di due modelli giuridici di svolgimento di attività economicamente rilevante in favore di un altro soggetto. L'esistenza del vincolo va concretamente apprezzata dal giudice di merito con riguardo alla specificità dell'incarico conferito al lavoratore e alle modalità di attuazione». V. anche, tra gli altri, RABITTI, *Il contratto d'opera intellettuale*, in *I contratti di collaborazione*, a cura di Sirena, cit., p. 805; CAROCCIA, *op. cit.*, p. 122; RIVA SANSEVERINO, *op. cit.*, p. 158 s.; nonché MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Il c.c. Comm.*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, *artt. 2229-2238*, 2ª ed., Milano, 2014, p. 26 ss.

<sup>59</sup> TESCARO, *op. ult. cit.*, *passim*.

<sup>60</sup> V., peraltro, STURM, *Lingua Latina fundamentum et salus Europae*, in *The European Legal Forum*, 2002, p. 313 ss., richiamato da ultimo da A. ZACCARIA, *Prefazione*, in *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, Volume II, *Esperienze straniere*, Napoli, 2019, a cura di Arroyo Amayuelas, Baldus, de Carvalho Gomes, Leroyer, Lu e Rainer.

<sup>61</sup> Per l'opinione secondo cui «innovazioni lessicali [...] come *jobs act* e *stepchild adoption*, sembrano più finalizzate a camuffare la realtà delle cose che a descriverla meglio» (e per ulteriori riferimenti in argomento), v. G. IAMARTINO, *Da sterlino a jobs act: una storia di (im)prevedibili scelte*, liberamente accessibile alla pagina web [www.treccani.it/magazine/lingua\\_italiana/speciali/ok/Iamartino.html](http://www.treccani.it/magazine/lingua_italiana/speciali/ok/Iamartino.html).

Se a ciò si aggiunge che la netta separazione in due diversi tipi contrattuali di *locatio operarum* e *locatio operis* è dal punto di vista storico assai discutibile<sup>62</sup> (trattandosi se non di una invenzione quantomeno di una forzatura delle fonti del diritto romano da parte della dottrina moderna soprattutto di area tedesca<sup>63</sup>) e che essa si trova attualmente recepita nel *BGB*, che presenta però in materia di contratti di servizi un assetto non sovrapponibile a quello del Codice civile italiano, rammentandosi pure che la collegata distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato (nonostante la persistenza di alcune sia pure autorevoli diverse posizioni dottrinali<sup>64</sup>) sembra aver assunto nel diritto italiano contemporaneo un significato non più che descrittivo dal punto di vista dell'obbligazione in generale, e nemmeno un significato di tal fatta dal punto di vista dei contratti di servizi, si può concludere lodando la Suprema Corte per il suo condivisibile orientamento consolidato, opportunamente confermato dalla sentenza qui commentata, e però al tempo stesso chiedendole che voglia in futuro modificarne in parte la motivazione, eliminando o quantomeno contestualizzando più precisamente quei davvero “pericolosi”<sup>65</sup> riferimenti alle nozioni di *locatio*, *opus* e *operae*.

---

<sup>62</sup> Come anche la manualistica del diritto civile non ha mancato di accennare: v. A. TRABUCCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 48<sup>a</sup> ed., Milano, 2017, p. 1081.

<sup>63</sup> Si rinvia a TESCARO, *Der contratto d'opera: ein italienisches Vorbild für den service contract?*, cit., p. 141 ss.

<sup>64</sup> V., da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1 ss. e specialmente p. 19 ss.

<sup>65</sup> L'aggettivo è di A. ZACCARIA, *Mediazione e mandato, per tacer del contratto d'opera: overosia “Le relazioni pericolose” nel diritto civile*, Jena, 2011, il quale ha concluso una ricerca dedicata principalmente a mediazione e mandato riferendosi proprio al lavoro autonomo *sub specie* di contratto d'opera, precisamente domandandosi – p. 82 – «se non sia giunto il tempo di fare del contratto d'opera un contratto avente per oggetto qualsivoglia specie di servizi, materiali, giuridici, intellettuali; salve soltanto specifiche e limitate eccezioni, dovute alle peculiarità del servizio reso, così forti da non consentire di riportarne la disciplina allo schema generale».