

# **Cass. civ., sez. Lavoro 28-09-2006, n. 21028 LAVORO - LAVORO SUBORDINATO - Elemento distintivo e parametro normativo del rapporto di lavoro subordinato - Subordinazione - Elementi costitutivi**

Fatto

1. L'associazione S.O.S. Infanzia il Telefono Azzurro ha proposto opposizione avverso un'ordinanza ingiunzione emessa dall'I.N.P.S. a titolo di sanzione amministrativa per l'omessa registrazione a libro paga di venti dipendenti per il periodo gennaio 1991 novembre 1992 ed avverso un decreto ingiuntivo emesso a favore dell'I.N.P.S., ed a carico dell'associazione, per il pagamento degli oneri contributivi omessi in relazione ai medesimi rapporti di lavoro non regolarizzati.

I due atti trovavano fondamento in un accertamento compiuto dall'Ispettorato del Lavoro, che aveva ritenuto che i rapporti instaurati con venti operatrici telefoniche, formalmente qualificati come di collaborazione coordinata e continuativa, avessero invece natura propria di lavoro subordinato.

Il Pretore di Bologna respingeva le due opposizioni, e questa decisione veniva confermata dal Tribunale di Bologna con sentenza n. 133/2003, emessa all'udienza del 21 maggio 2003.

Avverso la sentenza, che non risulta notificata sia l'associazione S.O.S. Infanzia il Telefono Azzurro che il Presidente, Prof. C.E., in proprio hanno proposto congiuntamente ricorso per cassazione, con un unico motivo, notificato, in termine, il 22 dicembre 2003.

Resiste l'intimata I.N.P.S. con controricorso notificato, in termine, il 23 gennaio 2004.

Diritto

1. Con un unico articolato motivo i ricorrenti denunziano la violazione e falsa applicazione degli artt. 2094, 2222 c.c. e ss. in relazione all'art. 2697 c.c. e l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia prospettati dalle parti.

Sostengono che anche il Tribunale aveva rilevato che vi era stata una autogestione dei turni, e che era risultata una grande variabilità di compensi, che presupponeva una variabilità di impegni collegata ad una scelta dei turni, alla possibilità di assentarsi o di non partecipare a turni, ecc. Queste circostanze avrebbero dovuto convincere dell'autonomia dei rapporti.

Contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale, le operatrici non prestavano un orario di 35 ore settimanali, né percepivano un compenso fisso.

Né sarebbe stata raggiunta quella prova dell'esercizio di un potere disciplinare che secondo la sentenza avrebbe costituito un elemento decisivo.

Secondo i ricorrenti la sentenza avrebbe ritenuto, in sostanza, che gli oppositori non avessero raggiunto la prova della non subordinazione, ed in questo modo avrebbe violato le norme sull'onere della prova.

2. Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

La censura proposta è fondata sia sotto il profilo della violazione di legge che sotto quello del difetto di motivazione.

Dal punto di vista sostanziale il punto decisivo della controversia consiste nella determinazione della natura, autonoma o subordinata, dei rapporti intercorrenti tra il Telefono Azzurro e le sue collaboratrici.

Secondo l'insegnamento di questa Corte, da cui il Collegio non ha ragione di discostarsi, "l'elemento che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato rispetto al rapporto di lavoro autonomo, assumendo la funzione di parametro normativo di individuazione della natura subordinata del rapporto stesso, è l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, con conseguente limitazione della sua autonomia ed inserimento nell'organizzazione aziendale, mentre altri elementi quali l'assenza di rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario e la forma della retribuzione assumono natura meramente sussidiaria e non decisiva". (Cass. Civ., 6 agosto 2004, n. 15275; nello stesso senso, tra quelle recenti, 25 ottobre 2004, n. 20669; 23 luglio 2004, n. 13884; 25 maggio 2004, n. 10043; 13 maggio 2004, n. 9151; 17 luglio 2003, n. 11203).

La sentenza, invece, non ha esaminato l'esistenza, o meno, del requisito della subordinazione, ma, piuttosto, una serie di elementi di contorno, di per sé non decisivi, come, a pag. 5, la misura dell'orario, la modalità di determinazione del compenso, i limiti dell'autonomia delle collaboratrici, e, a pag. 6, il fatto che il Presidente dell'associazione impartisse delle direttive e desse delle regole.

Inoltre, pur riferendo, a pag. 3, che l'associazione aveva stipulato con le proprie collaboratrici dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa, non ha tenuto conto in alcun modo di essi e della volontà di costituire rapporti di lavoro autonomo espressa dalle parti negli accordi negoziali. Come, invece, ha sottolineato questa Corte proprio in una controversia (sia pure in materia di lavoro in senso stretto, e non in materia previdenziale) che riguardava il Telefono Azzurro, "ove le parti nel regolare i loro reciproci interessi abbiano dichiarato di voler escludere la natura subordinata di un rapporto di lavoro, è possibile pervenire ad una diversa qualificazione di esso soltanto se si dimostra in concreto l'elemento della subordinazione, intesa come vincolo di natura personale, che assoggetta il prestatore di lavoro al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore, che si deve estrinsecare nella specificazione della prestazione lavorativa richiesta in adempimento delle obbligazioni assunte dal prestatore medesimo; subordinazione che deve essere in fatto provata nello svolgimento del rapporto di lavoro". (Cass. Civ., 22 novembre 1999, n. 12926).

3. La motivazione, del resto, è insufficiente e contraddittoria.

è insufficiente perché non fornisce una prova adeguata e tranquillante dell'esistenza di rapporti di lavoro subordinato tra l'ente e le proprie collaboratrici.

è stato il Tribunale stesso, del resto, a riconoscere, molto serenamente, che il contesto probatorio che scaturiva dall'insieme delle circostanze, esaminate a pag. 5 della sentenza (vale a dire l'orario convenuto contrattualmente in trentacinque ore settimanali, la determinazione, globale e non oraria, del compenso, la possibilità minima di variare i turni, i limiti di autonomia delle collaboratrici e la compatibilità di questi margini anche con rapporti di lavoro subordinato) era oggettivamente incerto, ma ha dichiarato poi di propendere per la natura subordinata dei rapporti sulla base di una testimonianza (quella della teste A.) che aveva riferito che il presidente Prof. C. impartiva direttive e dava regole, e di averlo visto applicare sanzioni "nel senso che ho visto persone collocate dallo stesso C. in una scrivania senza far nulla e così indotte a cessare la collaborazione".

In realtà gli elementi riferiti dalla teste e riportati nella motivazione sono privi di sufficiente consistenza ed univocità, né valgono a modificare il quadro probatorio descritto subito prima e che la sentenza stessa aveva giudicato obbiettivamente incerto.

In particolare non sono idonei a dimostrare - come ritenuto invece dalla sentenza - che le modalità di svolgimento della prestazione fossero oggetto non solo di direttive generiche, ma anche di controllo puntuale e di intervento sanzionatorio: manca il necessario rapporto di consequenzialità tra le circostanze riferite dal testimone e le deduzioni della sentenza. Non è significativo che il Prof. C., Presidente dell'associazione, provvedesse ad impartire direttive e indicare regole da seguire, perché questo rientra, in via generale, nei compiti del responsabile di una qualsiasi struttura, comunque organizzata, e perciò non implica l'esistenza di rapporti di lavoro subordinato, né è incompatibile con rapporti di lavoro autonomo quale collaborazione coordinata e continuativa.

La sentenza, inoltre, non ha effettuato particolari valutazioni, né argomentazioni di sorta, per dimostrare che il comportamento riferito dal teste al Prof. C. aveva comportato l'applicazione di una sanzione disciplinare, ma si è limitata a fare proprio il termine "sanzioni" riportato dal teste, che però poteva averlo utilizzato impropriamente oppure in senso generico, tanto è vero che nel precisare il contenuto di quel comportamento ha fatto uso della locuzione "nel senso che ? .

4. La motivazione è anche contraddittoria in quanto l'affermazione che il quadro probatorio era oggettivamente incerto contrasta con la decisione di propendere per la natura subordinata del rapporto.

Sul piano del metodo di fronte ad una situazione oggettiva di incertezza probatoria, il giudice è tenuto ad applicare il criterio dell'onere della prova, che impone all'attore di fornire la dimostrazione dei fatti allegati a fondamento della propria pretesa, e perciò ritenere che l'onere stesso non sia stato superato.

In questo caso, perciò, avrebbe dovuto ritenere che la domanda non fosse stata provata, e non valorizzare ai fini di una soluzione diversa un elemento secondario, che la sentenza stessa non riteneva tale da modificare il quadro probatorio (che in tal caso non sarebbe stato più incerto).

5. Il ricorso, perciò, è fondato, e deve essere accolto.

La sentenza deve essere cassata in relazione alle censure accolte, e la causa deve essere rimessa in sede di rinvio alla Corte d'Appello di Bologna che la riesaminerà alla luce dei principi e delle soluzioni accolti in questa pronunzia, e specificamente dei seguenti principi di diritto che vengono appositamente formulati:

1. L'elemento che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato rispetto al rapporto di lavoro autonomo, assumendo la funzione di parametro normativo di individuazione della natura subordinata del rapporto stesso, è l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, con conseguente limitazione della sua autonomia ed inserimento nell'organizzazione aziendale, mentre altri elementi, quali l'assenza di rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario e la forma della retribuzione assumono natura meramente sussidiaria e non decisiva. In sede di legittimità è censurabile soltanto l'assunzione e l'individuazione da parte del giudice di merito del suddetto parametro, mentre l'accertamento degli elementi che rivelano l'effettiva presenza del parametro stesso nel caso concreto attraverso la valutazione delle risultanze processuali e sono idonei a ricondurre la prestazione al suo modello, costituisce apprezzamento di fatto.

2. In una situazione oggettiva di incertezza probatoria il giudice deve ritenere che l'onere della prova a carico dell'attore non sia stato superato.

Il giudice di rinvio provvederà, inoltre, alla liquidazione delle spese di questa fase di legittimità.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata, e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'Appello di Bologna.