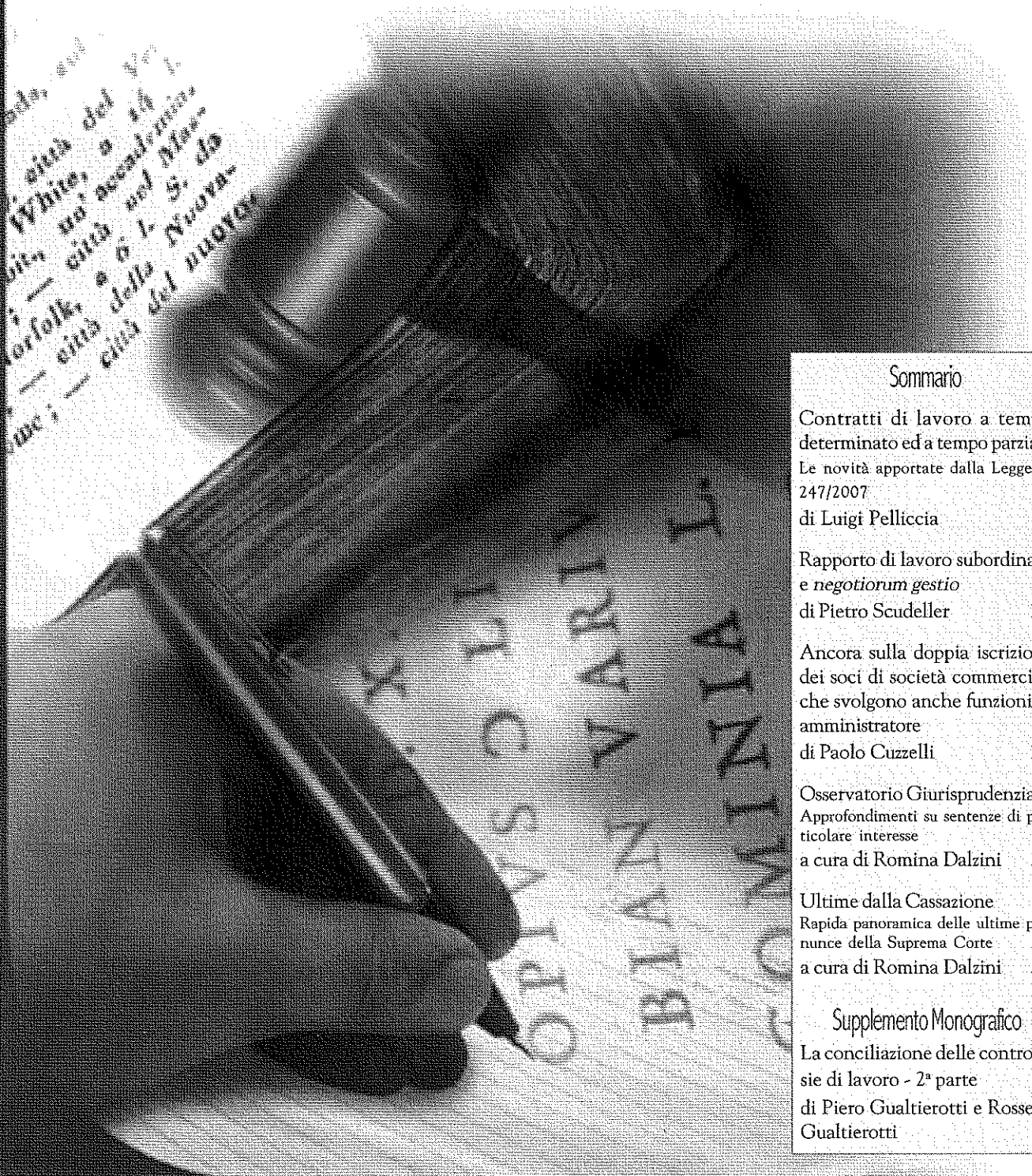
il Giurista del Lavoro

4 2008

Mensile di approfondimento giuridico, fiscale, previdenziale e assicurativo in materia di lavoro



Sommario

Contratti di lavoro a tempo determinato ed a tempo parziale
Le novità apportate dalla Legge n. 247/2007
di Luigi Pelliccia 2

Rapporto di lavoro subordinato e *negotiorum gestio*
di Pietro Scudeller 20

Ancora sulla doppia iscrizione dei soci di società commerciali che svolgono anche funzioni di amministratore
di Paolo Cuzzelli 28

Osservatorio Giurisprudenziale
Approfondimenti su sentenze di particolare interesse
a cura di Romina Dalzini 33

Ultime dalla Cassazione
Rapida panoramica delle ultime pronunce della Suprema Corte
a cura di Romina Dalzini 36

Supplemento Monografico

La conciliazione delle controversie di lavoro - 2ª parte
di Piero Gualtierotti e Rossella Gualtierotti

Centro Studi Lavoro e Previdenza

Rapporto di lavoro subordinato e *negotiorum gestio*

Pietro Scudeller

Tribunale Treviso, Sezione Lavoro, sentenza 21 gennaio 2008, Dott. Massimo De Luca

Svolgimento del processo

Con separati ricorsi G. B. adiva questo Giudice del lavoro, facendo opposizione a due cartelle esattoriali notificate da Uniriscossioni S.p.a., in cui le veniva ingiunto il pagamento a favore di Inps e Inail di contributi e sanzioni.

L'opponente rilevava l'erroneità degli esiti dell'accertamento effettuato dalla Direzione Provinciale del Lavoro che le aveva contestato di aver occupato nel periodo 27.6.96 - 31.12.96 la lavoratrice G.D.A. in qualità di commessa senza regolarizzare il rapporto. Faceva presente che il rapporto tra le parti andava inquadrato nella figura della negotiorum gestio.

Si costituivano ritualmente l'INPS, in proprio e quale mandatario della S.C.C.I. s.p.a., società cessionaria del credito, e l'INAIL chiedendo il rigetto dei ricorsi. Rilevavano che l'omissione contributiva emergeva da quanto dichiarato dalla stessa D.A da cui si evinceva la natura subordinata del rapporto.

Uniriscossioni non si costituiva e veniva dichiarata contumace.

I procedimenti venivano riuniti e si procedeva all'assunzione dei testimoni indicati dalle parti.

La causa veniva decisa all'udienza del 9.1.08 come da dispositivo, letto in udienza ed allegato agli atti.

Motivi della decisione

Le opposizioni sono fondate e devono essere accolte.

In punto di diritto, si osserva che, come costantemente affermato dalla Suprema Corte, ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come autonomo o subordinato non si può prescindere dalla preventiva ricerca della volontà delle parti. Pertanto quando le parti, nel regolare i loro reciproci interessi, abbiano qualificato il rapporto come autonomo, non è possibile pervenire ad una diversa qualificazione se non si dimostra che in concreto l'elemento della subordinazione si sia di fatto realizzato nello svolgimento del rapporto medesimo (Cfr. espressamente in tal senso Cass. Sez. Lav. 29.5.96 n. 4948; Idem 15.5.91 n. 5409; Idem 13.3.90 n. 2024; Idem 15.12.90 n. 11925). È stato inoltre chiarito dalla costante giurisprudenza di legittimità che sono elementi compatibili sia con il rapporto di lavoro subordinato sia con il rapporto di lavoro autonomo, e quindi in quanto tali non di decisiva rilevanza, la continuità della prestazione, la retribuzione fissa, le direttive sull'esecuzione della prestazione, l'inesistenza di un'organizzazione imprenditoriale in capo al lavoratore.

In fatto dalle testimonianze assunte è risultato che l'opponente a causa di un grave incidente si trovò nell'impossibilità, per alcuni mesi, di gestire il proprio negozio e quest'ultimo venne gestito dalla signora D.A., all'epoca amica della G..

La stessa D.A. ha testimoniato di essere stata contattata dalla sorella della G. e di essere stata incaricata da quest'ultima di gestire il negozio, attesa l'incapacità della sorella di provvedervi, di aver pattuito con la stessa una certa retribuzione ed anche la corresponsione dei contributi.

La signora A.G., sorella dell'opponente ha affermato: "Mentre mia sorella era in rianimazione telefonai alla signora G.D.A., che era una amica carissima di mia sorella, per sfogarmi, sperando che mi venisse a confortare"; "la D.A. mi disse di occuparmi della B. e che ... poiché era libera, in quanto aveva appena chiuso la sua attività commerciale avrebbe volentieri gestito il negozio ... presumo che la consegna delle chiavi avvenisse in ospedale; in seguito telefonavo alla D.A. solo per darle notizie di mia sorella e senza chiedere del negozio e solo verso la fine di luglio 96 la D.A. mi disse che aveva preso Lire 1.300.000 a titolo di compenso".

La teste V.M.G. ha riferito: "la D.A. mi propose l'acquisto di una borsa e di un paio di guanti. Detti articoli la G. non trattava. Ricordo che acquistai i guanti".

La teste W.C. ha riferito: "Ricordo che ero andata nel negozio della G. per acquistare un vestito... la D.A. mi fece vedere dei *foulards*, delle borse e dei portafogli; tutti articoli che la G. non teneva. Ricordo che acquistai un portafoglio e un *foulard*. Non acquistai il vestito perché il *budget* non me lo consentiva".

La teste P. ha riferito di una sostituzione della G. a causa di un incidente subito da quest'ultima, che la G. si recava qualche volta in negozio con le stampelle a fine periodo, che la D.A. faceva l'orario del negozio.

La teste T. ha riferito che "la signora D.A., a quanto mi risulta, fece un piacere alla signora G. andando a sostituirla nel periodo in cui lei era ammalata".

Dalle testimonianze assunte si può ritenere che sussistano nel caso di specie gli elementi per inquadrare il rapporto tra le parti nella fattispecie della *negotiorum gestio*.

Gli elementi della fattispecie gestoria sono tradizionalmente così elencati: *absentia domini*, spontaneità dell'intervento del gestore, *animus aliena negozia gerendi*, alienità dell'affare, *utiliter coeptum*".

Il primo elemento consiste in un impedimento del *dominus* che si traduca in una impossibilità materiale rispetto alla cura dei propri affari. La sussistenza di tale primo requisito nella fattispecie è evidente ed incontestabile.

Quanto alla spontaneità dell'intervento si ritiene che la spontaneità dell'intervento del gestore sia esclusa soltanto dalla presenza di un dovere giuridico, e non invece morale e sociale *ex* art. 2034, avente ad oggetto l'attività gestoria. Se è vero che la spontaneità di regola implica che il gestore sia mosso all'intervento da motivi altruistici e cioè da generosità o spirito di solidarietà, non è però quello del disinteresse un elemento che contribuisce ad integrare la fattispecie gestoria. All'applicazione della relativa disciplina non è dunque di ostacolo la concorrenza con l'interesse del dominus di un interesse del gestore (sempre che il primo sia prevalente rispetto al secondo...)".

Dalle testimonianze assunte si evince anche la presenza di questo requisito.

Nessun dubbio anche sul fatto che vi fosse da parte della D.A. l'*animus aliena negozia gerendi*.

L'elemento in questione è incompatibile tanto con un *animus depraedandi*, cioè con l'intenzione di rivolgere il profitto dell'affare a proprio vantaggio, quanto con l'*animus donandi*, e cioè con la volontà di beneficiare il gerito, senza che dalla gestione derivino obbligazioni a suo carico. La

presenza dell'*animus a.n.g.* è sufficiente nel momento iniziale della gestione, una sua eventuale trasformazione successiva in *animus depraedandi* rivelerebbe esclusivamente sotto il profilo della violazione degli obblighi attinenti al rapporto gestorio ormai costituito".

Non c'è dubbio poi che la gestione del negozio abbia prodotto un'utilità aziendale, ricorrendo dunque anche l'ultimo elemento dell'*utiliter coeptum*.

Quanto infine all'ultima parte dell'art. 2028 c.c. "... è tenuto a continuarla e a condurla a termine finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso" - è esattamente quanto avvenuto spontaneamente e senza nessuna difficoltà o contestazione tra le parti.

Da rilevare ancora che l'Inps ha fallito la prova circa l'esistenza nel caso di specie dei più significativi indici della subordinazione, in particolare circa l'assoggettamento del lavoratore al potere organizzativo, gerarchico e disciplinare del datore di lavoro, potere che deve estrinsecarsi in specifici ordini e non in semplici direttive, compatibili anche con il lavoro autonomo.

Dall'istruttoria è risultato che nessun ordine venne mai dato, che nessun controllo era effettuato sull'operato della sostituta, che nessun inserimento gerarchico avvenne, perché la D.A. era l'unica persona presente in negozio ed aveva le chiavi dello stesso e si gestiva come voleva.

Alla luce di quanto esposto le opposizioni devono essere, pertanto, accolte e le cartelle esattoriali devono essere annullate.

Le spese, come liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando sulla controversia in epigrafe indicata, disattesa ogni diversa istanza, eccezione e deduzione, così provvede:

1. in accoglimento delle opposizioni annulla le opposte cartelle esattoriali;

2. condanna Inps e Inail, in solido tra loro, a rifondere alla opponente le spese di causa che liquida in euro 2.150,00 oltre IVA e CPA.

1. Commento

Il caso affrontato e risolto dal Tribunale di Treviso si presta ad essere segnalato per la rarità del ricorso all'istituto della c.d. *negotiorum gestio*, così come risulta piuttosto inusuale l'occasione di un confronto tra *negotiorum gestio* e rapporto di lavoro subordinato.

Come si desume dalla lettura della sentenza, nel caso di specie una negoziante, rimasta vittima di un incidente stradale che la costringeva per diversi mesi in ospedale, veniva sostituita nella gestione del negozio da un'amica, la quale, tuttavia, pochi anni dopo tali fatti, a seguito della rottura del rapporto di amicizia, rivendicava il pagamento dei contributi, pretendendo di aver svolto circa sei mesi di lavoro, in sostituzione della titolare nella gestione del negozio, in qualità di commessa.

Sosteneva all'uopo, e risultava in effetti vero, di aver svolto le normali mansioni di una commessa, quali aprire e chiudere il negozio, fare le pulizie, fare le vetrine, registrare i corrispettivi, ecc.; sosteneva inoltre di aver percepito un importo fisso mensile, di aver rispettato il normale orario di negozio, di aver sempre consegnato gli incassi alla sorella della negoziante, d'aver fatto solo quindici giorni di ferie in agosto.

La titolare del negozio, invece, resistendo alla pretesa, sosteneva che nella fattispecie si era realizzato un evidente caso di *negotiorum gestio*, o gestione di affari, istituto regolato dagli artt. 2028 e seguenti del codice civile: tesi che il Tribunale accoglieva.

Cos'è dunque la *negotiorum gestio*?

L'art. 2028 del nostro cod. civ. enuncia: "Chi, senza esservi obbligato, assume scientemente la gestione di un affare altrui, è tenuto a continuar-

la e a condurla a termine finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso".

L'intromissione non autorizzata negli affari altrui costituisce di regola un illecito, tuttavia l'istituto della gestione di affari rende lecite quelle intromissioni che abbiano particolari caratteri di vantaggiosità per l'interessato, il *dominus negotii*, regolando le obbligazioni che ne scaturiscono sia a carico del *dominus* gerito, sia a carico del gestore dell'affare altrui[1].

"Gli elementi della fattispecie gestoria sono tradizionalmente così elencati: *absentia domini*, spontaneità dell'intervento del gestore, *animus aliena negotia gerendi*, alienità dell'affare, *utiliter coeptum*"[2]. Altri aggiungono a tali elementi la necessità della capacità di agire del gestore (espressamente richiesta, in effetti, dall'art. 2029 c.c.) e che si tratti di un'attività lecita[3].

2. *Absentia domini*

"Alla stregua dell'orientamento tradizionale, affinché la fattispecie della *negotiorum gestio* possa dirsi integrata, con il conseguente sorgere dell'obbligo dell'agente di continuare la gestione, si ritiene necessario che l'interessato si trovi in una condizione di impedimento che si traduca in una impossibilità materiale rispetto alla cura dei propri affari. L'elemento della c.d. *absentia domini* presupporrebbe, in altre parole, un'oggettiva necessità dell'intervento altrui fondata sulla situazione che viene descritta nei termini di un distacco del *dominus* dalla propria sfera giuridico-patrimoniale (cfr. FERRARI, *ivi*, - *Enc. dir.* - 646 e ss.; con maggiori aperture CASELLA, *ivi*, - *Enc. giur. Treccani* - 2 e ss.). Peraltro, in termini riduttivi riguardo al presupposto in questione ... si esprime oramai costantemente la giurisprudenza, secondo cui l'*absentia domini* andrebbe intesa in senso relativo e non rigoroso (cfr. C 53/1527, con riferimento ad un caso in cui un *dominus* non poteva provvedere alla cura dei propri affari perché detenuto). Orientamento, questo, che ha condotto ad affermare la sussistenza del requisito finanche in ipotesi caratterizzate dalla mera non opposizione dell'interessato all'attività gestoria altrui (C 84/3143, C 70/35, C 68/3901)"[4-5].

Altri[6], infatti, preferisce indicare questo requisito quale semplice assenza di volontà contraria del *dominus: non prohibente domino.*

Altri[7] ancora sottolinea come "l'impedimento dell'interessato può derivare da cause contingenti e può anche derivare da persistenti situazioni di incapacità o di irreperibilità del soggetto"; "è sufficiente... che l'interessato non sia in grado di provvedere al proprio affare, e cioè che si trovi in una situazione oggettiva o soggettiva che gli precluda o gli renda difficile curare il proprio interesse".

È sufficiente insomma che manchi il divieto dell'interessato, la c.d. *prohibitio domini*, come espressamente indicato dall'art. 2031, secondo comma, del c.c., che fa salvi tuttavia persino i casi in cui tale *prohibitio* ricorra, quando però essa è contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico.

3. Spontaneità dell'intervento

"Si ritiene in dottrina che la spontaneità dell'intervento del gestore sia esclusa soltanto dalla presenza di un dovere giuridico, e non invece morale e sociale *ex* art. 2034, avente ad oggetto l'at-

(1) Nella sistematica del codice civile abrogato la *negotiorum gestio* trovava collocazione tra i cd. quasi-contratti, definiti dal vecchio art. 1140 come segue: "Il quasi-contratto è un fatto volontario e lecito, dal quale risulta un'obbligazione verso un terzo o un'obbligazione reciproca tra le parti". Oggi, abrogata la categoria dei quasi-contratti, si preferisce parlare di fonti di obbligazioni non contrattuali da fatti ed atti leciti.

(2) CIAN-TRABUCCHI, *Comm. breve al c.c.*, 2002, sub 2028, I, 3, pag. 1960. Conforme M. BIANCA, *diritto civile, Il contratto*, Giuffré, 1987, pag. 148.

(3) Per il primo requisito cfr. sia A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 1990, pag. 641, sia F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 682, e per il secondo requisito cfr. il primo Autore.

(4) CIAN-TRABUCCHI, *Comm. breve al c.c.*, 2002, sub 2028, III, 2, pag. 1961

(5) Per la tesi più tradizionale, secondo la quale il requisito dell'*absentia domini* andrebbe invece richiesto ed interpretato più rigorosamente cfr. anche *Cod. civ. annotato con la dottr. e la giur.*, a cura di PIETRO PERLINGERI, Zanichelli, 1991, p. 1719, e BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto Civile*, 3, UTET, 1989, pag. 799.

(6) A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 1990, pag. 641.

(7) M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Giuffré, 1987, pag. 148/149.

tività gestoria. ... Se è vero che la spontaneità di regola implica che il gestore sia mosso all'intervento da motivi altruistici e cioè da generosità o spirito di solidarietà, non è però quello del disinteresse un elemento che contribuisce ad integrare la fattispecie gestoria ... All'applicazione della relativa disciplina non è dunque di ostacolo la concorrenza con l'interesse del *dominus* di un interesse del gestore (sempre che - si ritiene in genere - il primo sia prevalente rispetto al secondo...)"[8].

4. *Animus aliena negotia gerendi* e alienità dell'affare

Il primo requisito trova fondamento nell'avverbio "scientemente" contenuto nel primo comma dell'art. 2028. "L'*animus* del gestore deve identificarsi con l'intenzione da parte di questo di gerire un affare appartenente ad un soggetto diverso, vale a dire con l'intento di agire per la cura di un interesse alieno. [...] Dal carattere essenziale di questo elemento soggettivo, così identificato, deriva poi che, tanto nelle ipotesi in cui l'agente ignori per errore di gerire un affare alieno, quanto nelle ipotesi in cui, pur sapendo di porre in essere un'attività pertinente ad una sfera giuridica aliena, tuttavia vi persegue l'intento esclusivo di trarre un proprio profitto (agisca cioè *animo depraedandi*), si verte fuori dall'ambito della gestione di affari altrui, sicché, mancando, in entrambe le suddette ipotesi, quella direzione specifica verso l'interesse alieno che caratterizza l'attività gestoria, soltanto l'eventuale ratifica da parte del *dominus* può togliere all'intervento dell'agente il carattere della illiceità, e determinare la produzione degli effetti previsti dall'art. 2032"[9].

"L'elemento in questione è dunque incompatibile tanto con un *animus depraedandi*, cioè con l'intenzione di rivolgere il profitto dell'affare a proprio vantaggio, quanto con l'*animus donandi*, e cioè con la volontà di beneficare il gerito, senza che dalla gestione derivino obbligazioni a suo carico... La presenza dell'*animus a.n.g.* è sufficiente nel momento iniziale della gestione; una sua eventuale trasformazione successiva in *animus depraedandi* rileverebbe esclusivamente sotto il profilo della violazione degli obblighi attinenti al rapporto gestorio ormai costituito"[10].

"All'*animus aliena negotia gerendi* è necessario si accompagni, perché ricorra la fattispecie gestoria, l'alienità dell'affare, vale a dire la sua appartenenza alla sfera giuridico-patrimoniale di un soggetto diverso dall'agente, il *dominus*"[11].

È stato scritto[12] altresì che "ci si chiede tuttavia se l'interesse possa essere comune al gestore. La soluzione negativa, seguita in giurisprudenza, si spiega con la considerazione che un rilevante interesse del gestore non consentirebbe di giustificare la sua attività in base alla causa solidale della gestione di affari altrui, salvo che l'interesse altrui si presenti in misura prevalente".

5. *Utiliter coeptum*

La gestione del negozio deve aver prodotto un'utilità iniziale, dovendo ricorrere così anche l'elemento dell'*utiliter coeptum*.

"In tanto si giustifica infatti l'intervento del soggetto nella sfera giuridica di un terzo in quanto non solamente l'interessato sia impedito a curare il proprio interesse ma anche in quanto l'intervento si presenti come utile per l'interessato. La legge richiede precisamente che la gestione sia utilmente iniziata (2031, 1° c., c.c.)"[13].

"Non sembra dubbio che ... il criterio da adottare debba essere quello, oggettivo, della buona amministrazione. E, difatti, la giurisprudenza ritiene che l'attività del gestore, per poter essere qualificata come utile, debba essere tale che anche il gerito l'avrebbe posta in essere, se, agendo da buon padre di famiglia, avesse efficacemente

(8) Cian-Trabucchi, *Comm. breve al c.c.*, 2002, sub 2028, IV, 4 e 5, pag. 1962

(9) Così S. Ferrari in *Enc. dir.*, Giuffré, 1969, XVIII, voce *Gestione affari altrui*, pagg. 650-651.

(10) Cian-Trabucchi, *Comm. breve al c.c.*, 2002, sub 2028, V, 9 e 10 pag. 1962

(11) Così S. Ferrari in *Enc. dir.*, Giuffré, 1969, XVIII, voce *Gestione affari altrui*, pag. 651

(12) M. Bianca, *Diritto civile, 3 - Il contratto*, Giuffré, 1987, pag. 152.

(13) M. Bianca, *Diritto civile, 3 - Il contratto*, Giuffré, 1987, pag. 151.

provveduto da sé (Cass. 30 settembre 1952, n. 2927, FI, I, 1144; Cass., 13 marzo 1964, n. 550, MGC, 1964, 243)"[14].

Altri[15] osserva invece al riguardo che "è invece discutibile se l'utilità vada valutata in termini soggettivi (con riguardo cioè all'effettivo interesse del *dominus*) ovvero in termini oggettivi (sia pure con riguardo alle circostanze anche soggettive, quale può essere, ad esempio, l'attività eventualmente svolta dal *dominus* in un particolare settore commerciale) con riferimento non tanto agli atti che l'interessato avrebbe potuto compiere, ma agli atti che egli avrebbe dovuto compiere. In sostanza è probabile che il gestore agisca bene ogniqualvolta interviene al fine di evitare quel che si presenta come un possibile danno per il *dominus* (si pensi al tetto della casa che sta per crollare). Più delicato è il caso in cui egli intraprenda un affare che si presenta come vantaggioso ma in mancanza del quale il patrimonio dell'interessato non subirebbe lesioni."

Nel caso di specie, dunque, bene ha fatto il giudice a ritenere sussistente un caso di *negotiorum gestio*, anziché di rapporto di lavoro subordinato, dopo aver analizzato e riscontrato la sussistenza di tutti i requisiti tipici dell'istituto, sopra riassunti. In effetti, pur presentandosi nel suo svolgimento ordinario quale attività assimilabile a quella di una normale commessa, il lavoro prestato dall'amica della negoziante era stato intrapreso per consentire la continuazione della gestione del negozio, a seguito di incidente stradale subìto dalla negoziante, che l'aveva costretta in coma per alcuni giorni: proprio in tale periodo la gestione era stata iniziata, nella totale non consapevolezza della proprietaria del negozio. Il caso è quindi quasi di scuola; un fatto del tutto analogo si trova indicato quale esempio di *negotiorum gestio:* "si pensi al caso in cui A si preccupi di acquistare per B - incapace di attendere ai propri affari perché vittima di un grave incidente stradale e, pertanto, ricoverato in ospedale e tuttora privo di conoscenza - ..."[16].

Una volta che la gestione dell'affare altrui sia (utilmente) intrapresa, l'obbligo che sorge in capo al gestore è quello di continuare la gestione dell'affare intrapreso, fino a quando l'affare sia stato espletato ovvero l'interessato sia in grado di provvedervi spontaneamente. Egli agirà quindi secondo le regole che disciplinano il contenuto delle obbligazioni del mandatario, espressamente richiamate dall'art. 2030 c.c.

La gestrice, nel caso di specie, aveva provveduto anche a compensarsi per l'attività svolta, prelevando dalla cassa del negozio 1.300.000 lire al mese, informandone poi l'amica negoziante, che non aveva osato trovare alcunché da ridire al riguardo. Tali pagamenti fatti (anzi accettati *ex post*) dalla negoziante, possono dunque considerarsi inquadrabili nell'art. 2031 c.c., cioè quali meri rimborsi delle spese sostenute dal gestore, o altrimenti quali donazioni remuneratorie *ex* art. 770 c.c. o forse meglio ancora, quali pagamenti al mandatario (1709 c.c.) o, tutt'al più, a due o a tutti tali titoli concorrenti.

Al contrario, analizzando brevissimamente i requisiti della subordinazione (e tralasciando in questa sede, necessariamente, le varie teorie ed elaborazioni sul come possa atteggiarsi la subordinazione nelle varie realtà e su come possa quindi identificarsi la stessa[17]), si può confermare come corretta la conclusione del giudicante che ha ritenuto di escluderla nel caso di specie.

L'art. 2094 c.c., infatti, enuncia essere subordinato il rapporto di "chi *si obbliga* mediante *retribuzione* a collaborare nell'impresa, prestando il proprio *lavoro manuale o intellettuale* alle *dipendenze* e sotto la *direzione* dell'imprenditore". Le cinque sottolineature servono ad enucleare gli altrettanti requisiti che devono tutti contestualmente ricorrere per potersi avere un rapporto di

(14) Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto Civile*, 3, UTET, 1989, pag. 802.

(15) Così F. Gazzoni in *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, pag. 683.

(16) Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto Civile*, 3, UTET, 1989, pag. 800.

(17) Per un'ampia e completa trattazione sui requisiti della subordinazione, con dovizia di rinvii dottrinali e giurisprudenziali si può rinviare, per tutti, a F. Lunardon, *La subordinazione*, in *Diritto del lavoro, Commentario diretto da Franco Carinci, II, Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, UTET, 2007, pagg. 3-38.

lavoro subordinato: in mancanza, infatti, anche di uno solo di essi, di qualcosa magari di analogo, ma anche di diverso si dovrà parlare[18].

Ebbene, quanto all'obbligo contrattuale, è noto che l'espressione "si obbliga" è concordemente e pacificamente intesa non come l'insorgenza di una obbligazione qualsiasi, ma come la necessità di un obbligo contrattuale[19]. Nel caso di specie la Sig.ra B. G. era in coma quando la G. D. A. iniziò il suo lavoro, sostituendola nel negozio. Venendo dunque a mancare del tutto l'elemento volontaristico, non si può avere l'insorgenza di un contratto, mentre è necessario rivolgersi ad altri fatti od atti fonti di obbligazioni, come s'è visto accade nella *negotiorum gestio*.

Potrebbe però configurarsi la subordinazione in corso di rapporto (principio dell'effettività, prevalenza sull'elemento volontaristico iniziale del modo in cui si è svolto concretamente il rapporto[20]); al riguardo può osservarsi che "esiste un filone, ormai consolidato, della giurisprudenza di merito, che non è mai stato contraddetto dalla Cassazione (che ha, anzi, dimostrato a più riprese di farlo proprio), secondo il quale, quando sussiste una situazione di parità di forza contrattuale fra le parti, il giudice non deve neppure svolgere l'istruttoria sul modo in cui si è atteggiato il rapporto..."[21]. Nel caso di specie l'amica era stata a sua volta gestrice in precedenza di un negozio in proprio, dunque si poteva considerare soggetto di pari forza contrattuale.

Quanto alla retribuzione s'è visto sopra come possano meglio essere inquadrati giuridicamente i pagamenti avvenuti nel caso di specie, mancando qualsiasi volontà della negoziante di corrispondere tali somme quale corrispettivo di un obbligo, per l'amica, di svolgere delle prestazioni lavorative.

L'unico elemento riscontrabile nella fattispecie era dunque quello di una prestazione di lavoro, manuale e/o intellettuale.

Invece per i requisiti della dipendenza e direzione si può dire che occorre "l'assoggettamento del lavoratore al potere organizzativo, gerarchico e disciplinare del datore di lavoro, potere che deve estrinsecarsi in specifici ordini e non in semplici direttive, compatibili anche con il lavoro autonomo..., oltre che nell'esercizio di un'assidua attività di vigilanza e controllo sull'esecuzione dell'attività lavorativa e nello stabile inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale del beneficiario"[22].

Anche a questo riguardo nulla di concreto riuscivano a provare gli istituti, accertandosi anzi che in corso di rapporto la G. D. A. godeva di ampia autonomia nelle scelte gestorie ed organizzative e che nessun controllo sul suo operato veniva eseguito.

Dunque, non ricorrendo quattro su cinque degli elementi necessari e tipizzanti la subordinazione, la qualificazione del rapporto andava giustamente cercata altrove.

Ci si potrebbe ancora chiedere se un rapporto di tal fatta possa divenire, in corso di esso, un rapporto di lavoro autonomo *ex* art. 2222 c.c. (si tenga presente che l'assunzione da parte del gestore delle stesse obbligazioni che deriverebbero da un mandato, non equivale a trasformare la *negotiorum gestio* in un vero e proprio mandato). E all'interno di quest'ampia categoria se fosse possibile individuare magari anche un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa.

Occorre allora osservare che ciò da un lato contrasterebbe con la disciplina dell'art. 2028 c.c. che, come s'è visto, obbliga il gestore, una volta

(18) Non risultano, pertanto, sufficienti a provare l'esistenza della subordinazione, tutta una serie di elementi alternativi quali la continuità del rapporto, l'inserimento nell'organizzazione produttiva, la presenza di una retribuzione predeterminata in ragione del tempo, l'obbligo di comunicare l'assenza (C 98/12357; Trib. Como 21-2-1998, *Rass. dir. fam.* 99, 220, relativa ad un informatore scientifico), la mancanza di mezzi di organizzazione da parte del lavoratore oppure lo svolgimento del rapporto in locali o <luoghi> aziendali": CIAN-TRABUCCHI, *Comm. breve al c.c.*, 2002, sub 2094, II, 1, pag. 2071.

(19) "La dottrina giuslavoristica italiana non ha mai seriamente dubitato dell'origine contrattuale del rapporto di lavoro (BARASSI, D. lav. 39, 69 s.)". CIAN-TRABUCCHI, *Comm. breve al c.c.*, 2002, sub 2094, V, pag. 2073.

(20) Cfr. Corte Cost. 31.3.1994 n. 115, in *RIDL*, 1995, II, 227; Cass. 16.6.1995 n. 6821 in *RIDL*, 1996, II, pag. 317.

(21) CIAN-TRABUCCHI, *Comm. breve al c.c.*, 2002, sub 2094, V, 6, pag. 2074.

(22) C 00/14414, C. 00/11936, C. 99/13858, C. 98/5464, C. 96/326; in dottrina v. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, 272 ss.

iniziata una *negotiorum gestio*, a continuarla ed a condurla a termine finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso: ciò implica che, fino a tale momento, non vi può essere mutamento del titolo *ex* art. 2028, a meno ché non vi sia un interveniente, esplicito accordo tra le parti in tal senso; dall'altro lato occorre che i requisiti del nuovo rapporto siano esattamente integrati. Ciò che neppure con riferimento alla ipotesi di un rapporto di lavoro autonomo risulta essere avvenuto nel caso di specie, perché anche l'art. 2222, come l'art. 2094 c.c., richiede il requisito della natura contrattuale del rapporto ("si obbliga"), che però nella fattispecie s'è visto mancare.

Se poi si guarda ai tipici rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, come descritti negli artt. 409 c.p.c. e 50, c. 2, lett. c-bis, D.P.R. 917/1986, ci si accorge subito che mancava altresì, nella fattispecie concreta, qualsiasi elemento di coordinazione, né era presente una retribuzione periodica prestabilita, perché le somme che la gestrice si prelevava non erano prestabilite, ma stabilite a posteriori; e non prestabilite dalle parti, ma solo da quest'ultima, unilateralmente.

In conclusione, la differenziazione tra le due fattispecie, *negotiorum gestio* e rapporto di lavoro (subordinato, ma anche autonomo) è evidentissima e si enuclea soprattutto nel momento iniziale del rapporto, nell'un caso trattandosi di atto unilaterale spontaneo, fonte di obbligazioni *ex lege*, ma non di contratto, nell'altro caso invece di contratto, quindi di incontro tra due volontà. La riflessione porta quindi a confermare la bontà di quel filone giurisprudenziale[23] che ha portato ad una rivalutazione della volontà delle parti quale elemento distintivo della natura dei rapporti: anche qui infatti l'elemento volontaristico iniziale è decisivo per l'esatto inquadramento della fattispecie. Certo sarà sempre possibile che anche un'attività iniziata a titolo di *negotiorum gestio* si trasformi, ad un certo punto, in un rapporto lavorativo specifico, ma perché ciò accada occorrerà o che il *dominus* riprenda la capacità di attendere al suo interesse, venendo così meno il presupposto di cui all'art. 2028 c.c., oppure che, nel corso della prosecuzione dell'attività gestoria, intervenga un fatto od atto evidente di mutamento del titolo. Evidente, s'è precisato, nel senso che esso deve essere tale da rendersi espresso, ovvero, se tacito, tale da risultare incompatibile con una mera prosecuzione del titolo originario (quale potrebbe ritenersi, ad esempio, il fatto del *dominus* che, ad un certo punto, inizi a rilasciare al gestore regolari cedolini paga, provvedendo quindi alle trattenute e versamenti fiscali e contributivi, unitamente alla corresponsione dei suoi compensi mensili; lo stesso effetto non potrebbe invece riconoscersi alla perdita in corso d'opera dell'*animus* solidale da parte del gestore, il quale cominci a chiedere di essere retribuito come dipendente, perché *ex* art. 2028, una volta iniziato l'intervento, il gestore ha l'obbligo di portarlo a termine, finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso).

(23) Cfr., tra le tante, Cass. 23.7.2004 n. 13884, Cass. 9.5.2003 n. 7139, Cass. 9.6.2000 n. 7931, Cass. 29.5.1996 n. 4948, Cass. 1.4.1995 n. 3853, Cass. 17.12.1994 n. 10829, ecc.