

Giuseppe Santoro-Passarelli

Realtà e forma nel diritto del lavoro

Tomo IV



G. Giappichelli Editore – Torino

1.

*Il rapporto individuale di lavoro e il contratto collettivo nella normativa precedente al codice, nel codice civile del 1942 e nella disciplina successiva**

SOMMARIO: *Parte I* – 1. Il codice civile e la sua impronta liberale. – 2. L'origine contrattuale del rapporto di lavoro. – 3. L'estensione della tutela al lavoro manuale. – 4. L'impresa fordista medio grande è il referente socioeconomico. – 5. La subordinazione del codice civile rispecchia la definizione di Paolo Greco. – 6. L'apporto di Carnelutti. – 7. La modernità dell'art. 2087 c.c. – 8. La parità delle parti del rapporto di lavoro nella sistematica del codice civile. – 9. I poteri dell'imprenditore già previsti dal codice civile sono limitati dallo Statuto dei lavoratori. – 10. L'art. 2113 c.c. – 11. L'art. 2112 c.c. nella sua formulazione originaria. – 12. La legge n. 1369 del 1960 che vieta l'appalto di mano d'opera e la legge n. 230 del 1962 sul contratto a termine. – 13. Il contratto d'opera è un contratto ad esecuzione istantanea o prolungata diversamente da altri contratti di lavoro autonomo come il contratto di agenzia e il mandato a tempo e dal contratto di lavoro subordinato che sono contratti di durata. – 14. Le collaborazioni continuative e coordinate dell'art. 409 n. 3 c.p.c. – 15. Il potere unilaterale di coordinamento del committente: una costruzione della dottrina, normato dalla disciplina del lavoro a progetto. – 16. Le collaborazioni organizzate dal committente previste dall'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 81 del 2015: norma antifraudolenta o identificativa di una nuova fattispecie? – 17. La Corte di Cassazione 24 gennaio 2020 n. 1663 e il successivo ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 2 comma 1 d.lgs. n. 81 del 2015 anche ai lavoratori autonomi deboli. – 18. Esigenza di individuare una fattispecie diversa dal lavoro coordinato che tuteli effettivamente il lavoro autonomo continuativo contrattualmente debole o economicamente dipendente e non incentivi forme di falso lavoro autonomo. – 19. Questo compito spetta al legislatore come è avvenuto per il contratto a termine, per il lavoro somministrato, per il part time, per il contratto intermittente, per il lavoro a chiamata, per le varie forme di apprendistato e anche per il lavoro a progetto, spesso utilizzato in modo fraudolento. – 20. Gli artt. 35 e 36 della Costituzione e la contrattazione collettiva dei *riders*. – 21. La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro dei *riders* e la proposta di direttiva europea del 9 dicembre 2021. – *Parte II* – 22. Il contratto collettivo precorporativo: Giuseppe Messina, "I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro". – 23. Francesco Carnelutti e l'ordinamento corporativo nella Carta del lavoro e nel Codice civile che accoglie e regola

* G. SANTORO-PASSARELLI, in corso di pubblicazione in *Dir. rel. lav.*, 2022.

la figura del contratto corporativo come fonte del diritto. – 24. La Costituzione repubblicana e il riconoscimento della libertà dell'organizzazione sindacale e la mancata attuazione dell'art. 39 comma IV. – 25. Le dottrine sul contratto collettivo di diritto comune. – 26. Lo Statuto dei lavoratori e il riconoscimento del sindacato maggiormente rappresentativo. – 27. La crisi dell'unità di azione sindacale e il patto di concertazione del 1993. – 28. Il referendum del 1995 e il criterio della sottoscrizione del contratto collettivo. – 29. La partecipazione alle trattative e la sentenza della Corte Costituzionale n. 231 del 2013. – 30. Il Testo Unico del 2014 indica i parametri per individuare i soggetti legittimati a partecipare alle trattative ma non è stato attuato e quindi si applica l'art. 1337 c.c. – 31. Rappresentatività sindacale e sciopero nei servizi pubblici essenziali. – 32. Il graduale superamento della normativa inderogabile nel rapporto tra legge e contratto collettivo e tra contratti collettivi di diverso livello.

Parte I

1. Come è noto il libro V del Codice civile è intitolato al Lavoro su specifica indicazione del Guardasigilli Dino Grandi. È altrettanto noto che l'art. 2060 c.c. tutela il lavoro in tutte le sue forme organizzative ed esecutive, intellettuali, tecniche e manuali. E già questa disposizione, riferendosi ad ogni forma di lavoro e, quindi, indifferentemente a quella dell'imprenditore e a quella del lavoratore subordinato e autonomo, si segnala per la sua diversa impostazione rispetto all'art. 35 della Cost. che, invece, si riferisce al lavoro subordinato e autonomo e all'art. 41 che riconosce la libertà dell'iniziativa economica privata e, quindi, della libertà di impresa.

Le tre norme individuano, la prima, la cd. economia corporativa e, le altre due, la cd. economia sociale di mercato.

Iniziando dall'art. 2060 si deve dire che di questa norma il titolo II del libro V del codice, intitolato al lavoro nell'impresa, è il naturale svolgimento perché prende in considerazione l'attività dell'imprenditore da una parte (capo I sezione prima) e quella del prestatore di lavoro subordinato nell'impresa (capo I sezione seconda) dall'altra parte, definendolo collaboratore dell'imprenditore.

Secondo la impostazione dell'economia corporativa l'imprenditore e il lavoratore dovevano collaborare alla realizzazione dell'interesse dell'impresa e a quello superiore della produzione nazionale (riferimento ancora presente nell'art. 2104 c.c. come criterio di valutazione della diligenza del prestatore di lavoro).

In realtà, con la caduta dell'ordinamento corporativo avvenuto due anni dopo l'emanazione del codice civile, come si è sostenuto *“il codice civile del 1942 non rispecchia l'ideologia fascista grazie alla fedeltà all'ideale di libertà dei civilisti che lo prepararono”*¹.

¹ F. SANTORO-PASSARELLI, in *Ultimi saggi*, Jovene, Napoli, la mia Università, 14. “Il codice civile del 1942 non rispecchia l'ideologia fascista grazie alla fedeltà all'ideale di libertà dei civilisti che lo prepararono”.

2. Parimenti, si deve osservare che, pur essendo stato inserito il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa nel libro V e non nel titolo III del libro IV con gli altri contratti, la formula dell'art. 2094 c.c. costituisce "un temperato omaggio" all'ideologia corporativa perché, pur avendo definito il prestatore di lavoro come collaboratore dell'imprenditore e pur avendo privilegiato il termine del rapporto di lavoro a quello del contratto di lavoro, nello stesso art. 2094 c.c. rimane confermata l'origine contrattuale del rapporto di lavoro subordinato quando la norma afferma che è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa prestando il proprio lavoro intellettuale e manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore.

3. Non solo ma l'art. 2094 c.c. estende la tutela al lavoro manuale mutuando l'espressione dalle disposizioni II e VII della Carta del Lavoro del 1926 e, quindi, supera la prospettiva angusta della legge sull'impiego privato che limitava la tutela soltanto agli impiegati.

A questo proposito, per comprendere l'importanza e la portata dell'estensione al lavoro manuale contenuta nell'art. 2094, vale la pena aprire una breve parentesi e ricordare l'orientamento degli interpreti del periodo precedente alla legge sull'impiego privato². Bene espresso dalla relazione Orlando alla proposta di legge presen-

²Nel 1901 venne istituita la Commissione Chimirri con il compito di predisporre un disegno di legge sul contratto di lavoro ma non conseguì alcun risultato e il disegno di legge Cocco Ortu Baccelli del 1902 sul contratto di lavoro non fu neppure discusso in Parlamento. Solo nel 1905 il Consiglio superiore del lavoro nel 1905, a seguito della mancata approvazione del progetto di legge Cocco Ortu Baccelli, fu dell'opinione che sarebbe stato più produttivo affrontare il problema, anziché nel suo complesso, per categorie e così fu presentata alla Camera una proposta di legge per regolare solo il rapporto di impiego privato dall'on. Luzzatti il 12 dicembre 1912 e su di essa Orlando presentava il 24 aprile 1913 la nota relazione nella quale opportunamente chiarisce che si tratta di un progetto che per la natura inderogabile di alcune norme, costituiva una novità assoluta nel diritto privato dell'epoca dominato dal principio dell'uguaglianza delle parti e costituiva perciò un *vulnus* "alla libertà, intesa nel suo triplice senso di libertà giuridica, economica, e politica". ORLANDO, *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Giuffrè, Milano, 1950, 151. Anche Turati presentava una relazione al consiglio superiore del lavoro pubblicata in *Ministero agricoltura, Atti consiglio superiore del lavoro XVIII sess. nov. 1912*, Roma, 1913, 166, assolutamente favorevole all'approvazione di questa legge perché coerentemente con una logica ed un disegno riformatore si rendeva conto che in quel contesto l'alternativa era il nulla e non una legge sul contratto di lavoro.

Turati aveva ben presente la diversa capacità di aggregazione degli operai e parimenti lo stato di disorganizzazione e di frammentazione del ceto impiegatizio. "I commessi di negozio sono sparpagliati in mille botteghe e subiscono più facilmente le rappresaglie dei padroni, difficilmente possono fare con successo uno sciopero che sarebbe pure un'arma difensiva non indifferente" (replica alla relazione p. 16).

Secondo Turati questa legge doveva assolvere ad una funzione di uniformità della disciplina simile a quella che avevano avuto le norme proposte dalle camere di commercio rispetto agli usi e alle consuetudini e all'equità del giudice ma si rendeva conto dell'impossibilità di disciplinare nella legge il contratto di lavoro di tutte le categorie di impiegati privati e di coagulare una materia così mobile entro la formula ferrea di un articolo di legge (replica alla relazione p. 16). Non a caso nel progetto

tata dall'onorevole Luzzatti nel 1912 per regolare solo il rapporto di impiego privato. Secondo Orlando si tratta di un progetto che per la natura inderogabile di alcune norme costituiva un vulnus "alla libertà nel suo triplice senso di libertà giuridica, economica e politica".

4. L'estensione compiuta dal codice civile è rilevante non solo sul piano giuridico, ma anche su quello socio-economico. Infatti, una terza osservazione riguarda il modello organizzativo accolto dall'art. 2094 c.c. e cioè l'impresa medio grande di tipo fordista. Questo modello rimarrà ben oltre il codice e costituirà il modello organizzativo accolto anche dallo Statuto dei lavoratori del 1970.

5. La quarta osservazione riguarda la nozione di subordinazione accolta da Barassi che, al sintagma "obbligare la propria opera al servizio altrui stabilita dall'art. 1628 n. 1 del codice civile del 1865", sostituisce il termine subordinazione nella sua importante monografia sul contratto di lavoro nel diritto positivo italiano nelle due edizioni del 1901³ e del 1915-17 in due volumi⁴.

A questo proposito per completezza va sottolineato che la monografia di Barassi sul contratto di lavoro nel diritto positivo italiano del 1901 (I ed.)⁵ è risultata vincente rispetto agli apporti dei suoi predecessori perché ha utilizzato categorie esistenti nel sistema del codice come la *locatio operarum* e la *locatio operis* e ha messo in evidenza la grande elasticità e adattabilità di questi istituti, tale da renderli sempre accetti⁶.

Tra i predecessori di Barassi mi riferisco in particolare a Tartufari⁷, che manifesta la sua contrarietà all'interpretazione estensiva delle norme della locazione di cose alla persona del lavoratore, perché questo a. ben avverte la peculiarità del contratto di lavoro: "in nessun altro caso la prestazione oggetto del contratto si presenta così strettamente connessa alla persona che ne è il soggetto, e in nessun altro caso la persona medesima entra in modo così diretto nell'adempimento degli obblighi contrattuali onde (si riscontra) fra locatore e conduttore una personale dipendenza del primo

di legge sul contratto di impiego privato, modificato secondo i voti del consiglio superiore, non compare la definizione di impiegato.

³NAPOLI (a cura di) *La nascita del diritto del lavoro, Il contratto di lavoro di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, Vita e Pensiero, Milano, 2003.

⁴BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2 ed. 1915-17, I, 767. Sul punto v. anche MENGONI, *L'evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione*, in *La nascita del diritto del lavoro*, a cura di Mario Napoli, Vita e pensiero, Milano, 2003, 20.

⁵NAPOLI (a cura di) *La nascita del diritto del lavoro, Il contratto di lavoro di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, Vita e Pensiero, Milano, 2003.

⁶V. in arg. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, Giuffrè, Milano, 140 e adesivamente, GROSSI, *Scienza giuridica italiana, Un profilo storico, 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 60.

⁷TARTUFARI, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo* (discorso letto per l'inaugurazione dell'anno accademico nell'università di Macerata), Macerata, Tip. Bianchini, 1893, 39.

verso il secondo congiunta ad una morale ed economica padronanza di questo su quello che negli altri contratti è affatto sconosciuta”⁸.

Ma la lucida e antipatrice analisi di Tartufari⁹ non risulterà vincente, perché non riesce ad individuare nel sistema principi unitari e conclude la sua denuncia con la richiesta di un intervento legislativo che non sarà approvato nel 1902 ma vedrà la luce solo molti anni dopo e limitato solo agli impiegati.

Come si è detto, in ogni caso, Barassi ha il merito, – o, a seconda dei punti di vista, il demerito – di avere individuato i **criteri distintivi tra *locatio operarum* e *locatio operis*** nella subordinazione, e cioè nella direzione del lavoro da parte del conduttore d’opera, che è sicuramente un criterio elastico con le sue luci e le sue ombre, e nell’assunzione del rischio a carico dell’imprenditore.

D’altra parte, bisogna precisare che Barassi è rimasto del tutto estraneo alla redazione del libro V e il nuovo codice civile ha trasformato in archetipo quello che per Barassi era un sottotipo¹⁰.

In realtà, come è stato osservato anche da Mengoni, la definizione legale dell’art. 2094 c.c. deriva dalla dottrina di Paolo Greco secondo cui “*il contratto di scambio non indurrebbe in se e per se lo stato di subordinazione ove non si combinasse con l’ingresso o la permanenza, stabile o transitoria, del lavoratore nell’organizzazione dell’impresa*”¹¹.

Come si è appena detto la formulazione dell’art. 2094 c.c. è in una certa misura condizionata dalla concezione corporativa dell’impresa, confermata anche nell’art. 2086 c.c., perché riconosce la dipendenza gerarchica dei lavoratori dall’imprenditore mediata dall’inserimento degli stessi nell’impresa. E per questa ragione l’art. 2094 c.c. finisce per accogliere come dato tipico della fattispecie la subordinazione del lavoratore nell’impresa e non quella elaborata da Barassi.

Ma al di là di questi rilievi sul tipo lavoro subordinato, a proposito del diritto del lavoro bisogna porsi un interrogativo di maggior rilievo, analogo a quello che Ascarelli si poneva per il diritto commerciale, come singolare conseguenza dell’unificazione del diritto privato con il codice del 1942, nel campo dell’interpretazione, e cioè se la “*civilisation*” del rapporto di lavoro da parte della dottrina lavoristica all’ombra del nuovo codice abbia ostacolato o rallentato o fuorviato il processo di attenzione alla multiforme realtà del lavoro dal quale il nostro diritto prende nome e ragione¹².

A questa domanda si potrebbe rispondere sinteticamente che sul piano dell’interpretazione la *civilisation* del diritto del lavoro ha rafforzato la convinzione nella

⁸ TARTUFARI, *op. cit.*, 11.

⁹ V. il particolare apprezzamento di GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 58.

¹⁰ BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2 ed., 1915-17, I, 767. Sul punto v. anche MENGONI, *op. ult. cit.*, 20.

¹¹ P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile diretto da Vassalli*, Utet, Torino, 1939, 60; MENGONI, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, in *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*. 1. Atti del XIII congresso Aidlass, Ferrara 11-13 maggio 2000, Giuffrè, Milano, 2002, 8.

¹² ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 109.

maggior parte della dottrina che “*per il diritto del lavoro il problema è di correggere la logica tradizionale del contratto non di rifiutarla*”¹³.

6. È importante anche ricordare l’apporto di Carnelutti alla regolazione del rapporto di lavoro, secondo il quale non di locazione si tratterebbe ma addirittura di vendita. Ma, a parte la qualificazione del contratto, è importante richiamare il metodo dell’indagine che non può essere un’esercitazione di logica astratta, “*ma deve tenere conto dei bisogni della vita. E l’espressione genuina di questi bisogni è data dalle reciproche aspirazioni degli interessati. Di fronte a questi fenomeni il compito del giurista è assai più quello di cogliere, dalle manifestazioni nuove, i principi di diritto che vanno maturando. In ciò sta anche la divisa più cara di questa Rivista (diritto commerciale): essa tiene più forse che a interpretare le leggi ad interpretare la vita*”.

Senza enfasi si può ribadire che questo può considerarsi il manifesto metodologico cui si ispira Carnelutti, in questo periodo e cioè, da un lato, il riferimento ai principi di diritto e, dall’altro, la constatazione che i principi di diritto che vanno maturando presuppongono e traggono vita dalla realtà e non da formule astratte scollegate dalla realtà dei fatti¹⁴.

Come ricorda Ascarelli¹⁵, “*la rivista di diritto commerciale era il punto di incontro di romanisti, civilisti, e commercialisti in uno sforzo comune di effettivo rinnovamento del nostro diritto delle obbligazioni. E l’aspirazione all’unificazione del diritto privato non era disgiunta dal desiderio di acquistare una maggiore consapevolezza dello svolgimento del nostro diritto commerciale e di ritrovare nell’intimità della storia il sistema del diritto vigente*”.

Come si è detto il nostro A. apprese anche il metodo di quella rivista che poi, come vedremo in seguito, rivendicherà orgogliosamente verso la fine della sua vita.

E per comprendere ancora meglio il metodo cui si ispira Carnelutti, mi sembra opportuno ricordare quanto scrive Vivante nella parte finale della sua mirabile prolusione romana, vera e propria requisitoria contro il Codice di commercio, in occasione della sua chiamata a Roma, rivolta agli studenti¹⁶: “*In questa solenne occasione ho preferito far la critica del codice e vi ho svelato gli arcaismi del suo sistema. Ma serbiamo la critica per i giorni solenni. Il compito nostro sarà più modesto perché io devo esporvi il diritto vigente. Imparando sul serio il sistema del diritto vigente riuscirete a formarvi delle convinzioni giuridiche, una virtù che manca in genere agli avvocati e talvolta anche ai magistrati del nostro paese ... E quando vi sarete creati con lo studio*

¹³ MENGONI, *L’influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 6.

¹⁴ Come vedremo successivamente il suo metodo sarà di sostanziale adesione alla impostazione corporativa del contratto collettivo.

¹⁵ ASCARELLI, *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, in *Problemi giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 1959, 987.

¹⁶ In *Riv. italiana per le scienze giuridiche*, 2012, 23, 24.

un sistema di convinzioni giuridiche troverete un valido presidio alla vostra morale professionale. Nei tecnicismi c'è una forza, purtroppo quasi vergine ancora, per rinvigorire il carattere morale del nostro paese".

È questo il metodo cui Carnelutti si ispira nei suoi primi studi che egli stesso denomina "di battaglia".

Ma è bene rileggere quello che scrive l'A. *"La verità dell'affermazione di Alberto Lotmar che il contratto di lavoro abbia oggi almeno tanta importanza quanto la vendita, trova facile conferma nella lettura di qualunque repertorio di giurisprudenza o di legislazione. Questa massa informe di materiali giuridici nuovi bisogna elaborare; su questa nuova plaga di terreno ancora vergine bisogna che il giurista passi l'aratro e il sarchio. Tutte le leggi estravaganti, tutte le norme costituite o che stanno per costituirsi debbono essere coordinate fra loro, ricondotte ai principi, ricollegate ai presupposti; tutti i fenomeni giuridici venuti fuori in questo campo richiedono analisi e classificazione. Anche a tenere conto soltanto delle leggi ormai formate in Italia, non si può dire affatto che il rapporto di lavoro sia specialmente regolato da un solo articolo del codice civile, e per il resto non trovi disciplina fuori dai principi generali: la legge sui probiviri, la legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli, la legge sulla risicoltura, la legge sul riposo festivo, la legge sul lavoro notturno nei panifici, la legge sugli infortuni, i vari regolamenti per la prevenzione di questi, la legge sulle casse di maternità, il codice di commercio medesimo integrano il regolamento di quel rapporto disciplinando variamente la forma del contratto, la capacità dei soggetti, i requisiti dell'oggetto, il contenuto delle obbligazioni reciproche, il modo e il tempo e il luogo della prestazione di lavoro, le modalità della prestazione della mercede, la estinzione del rapporto e le conseguenze particolari di questa. Presto, dalla legge sul contratto di impiego altre norme saranno costituite, altre lacune saranno colmate"*¹⁷.

E ancora: *"Uno studio sistematico, su queste basi, del diritto del lavoro non risponde soltanto ad un ideale estetico di sintesi e di armonia, giova alla migliore interpretazione delle norme speciali e al migliore svolgimento dei germi in queste contenuti per la formazione compiuta e moderna del diritto privato"*¹⁸.

¹⁷ CARNELUTTI, *ibidem*.

¹⁸ CARNELUTTI, *ult. op. cit.*, p. XIII: *"Ciò che nocque, più di ogni altra cosa, al progresso di questa interpretazione, fu l'isolamento dell'istituto dal complesso organismo del diritto privato. Gli errori spesso grossolani, spesso disastrosi che io mi sono studiato di combattere sul concetto di operaio, di imprenditore, di apprendista, sulla revisione dell'inabilità, sulla funzione dei libri paga, sulla responsabilità dell'imprenditore che non ha assicurato, sulla prescrizione dell'azione contro di lui e tanti altri possono essere facilmente evitati con la semplice coordinazione della responsabilità per l'infortunio professionale ai principi del contratto di lavoro o a quelli del contratto di assicurazione"*. D'altra parte, Carnelutti mette in evidenza (*ult. op. cit.*, p. XIV) come la evoluzione degli istituti giuridici avvenga in gran parte per la pressione di istituti di diritto speciale su istituti di diritto comune; le nuove norme si affermano quasi sempre modestamente sotto forma di eccezioni di scarso rilievo: bisogna che il giurista, il quale vigila lo svolgersi progressivo dei principi ... frughi con pazienza in questi angoli reconditi, tra le pieghe delle leggi speciali per trovarvi i germi pieni di vigore. Sotto questo aspetto il diritto commerciale ha fornito e fornirà alla teoria del diritto privato generale elementi preziosi. E così io penso che

Vale la pena, dunque, di uno studio sistematico di queste norme singolari¹⁹.

7. Una norma di grande modernità è l'art. 2087 c.c. che stabilisce la responsabilità dell'imprenditore per la tutela dell'integrità psicofisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro, personalità morale che nel linguaggio attuale altro non è che la dignità dei prestatori di lavoro tutelate non solo da fondamentali norme costituzionali come l'art. 2, 3, 4, 32 Cost., da 35 a 40 Cost., ma da tutte le norme del titolo I dello Statuto dei lavoratori.

Si tratta ovviamente di una responsabilità contrattuale e non oggettiva e ciò significa che in caso di inadempimento dell'imprenditore dell'obbligo di sicurezza il prestatore può sollevare eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c.

Ma va richiamata un'altra caratteristica della norma che è aperta all'evoluzione della sicurezza nel tempo perché l'imprenditore deve adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica risultino necessarie. E non a caso su questa norma si è formata la giurisprudenza sul danno biologico, morale ed esistenziale, anche se quella più recente ha superato la tripartizione affermando la tipicità del danno non patrimoniale. Su questa norma si fonda pure la giurisprudenza sul mobbing.

8. Come si evince dal §2 della sezione III del titolo II del libro V il codice considera, secondo la concezione tipicamente liberale, le parti del rapporto di lavoro in una condizione di parità formale senza prendere minimamente in considerazione la posizione di sostanziale disparità nella fase precontrattuale riassunta nel famoso brocardo *tamen coactus volui*.

Così i tipici poteri dell'imprenditore come quello direttivo, disciplinare, di controllo, lo *jus variandi* sono riconosciuti senza limiti al datore di lavoro ad eccezione della proporzionalità tra infrazione e sanzione nel potere disciplinare.

E anche il potere di recesso è riconosciuto ad entrambe le parti, con il solo obbligo del preavviso ai sensi dell'art. 2118 c.c. e della giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c. che è quel fatto o atto anche non inerente allo svolgimento della prestazione o all'esercizio dell'impresa che fa venir meno la fiducia fra le parti e non consente la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto.

Anche secondo la legge n. 604 del 1966 che pure ha tipizzato il giustificato motivo soggettivo e oggettivo del licenziamento (art. 3), il licenziamento privo di giustificato motivo e di giusta causa era valido e cioè idoneo a estinguere il rapporto,

giovani, sotto identico profilo la coordinazione al diritto comune di questi speciali istituti del diritto del lavoro.

¹⁹ CARNELUTTI, *ult. op. cit.*, p. XV: "La legge degli infortuni vi è quasi tutta percorsa nelle sue vie maestre e nei suoi aspri sentieri: la teoria dei soggetti, attivo e passivo (operaio e imprenditore) la teoria del presupposto della responsabilità (lesione per causa violenta in occasione del lavoro) la teoria dell'oggetto della responsabilità (misura dell'indennità) la teoria della successione nel diritto all'indennizzo (diritto dei superstiti) la teoria dell'attuazione della responsabilità (assicurazione)".

ma illecito perché obbligava l'imprenditore a risarcire il danno o a ricostituire il rapporto (art. 8).

9. Solo dallo Statuto dei lavoratori (l. n. 300 del 1970), che accoglie come il codice civile il modello dell'impresa fordista, i poteri del datore di lavoro sono sensibilmente limitati.

Basta pensare al potere di controllo del patrimonio aziendale che viene deman- dato alle guardie giurate (art. 2) e alle visite personali di controllo alle condizioni previste dalla legge; al controllo dello svolgimento della prestazione lavorativa attraverso il personale di vigilanza (art. 3) al controllo delle assenze per malattia dei dipendenti affidato ai medici dei servizi ispettivi e non più al medico di fabbrica (art. 5).

L'art. 4 vieta il controllo del personale attraverso strumenti di controllo a distanza. Come è noto, l'installazione di impianti audiovisivi che hanno il solo scopo di controllare a distanza il lavoratore è vietata e comunque per installare tali impianti è necessario il previo accordo collettivo con le r.s.a., oggi le r.s.u. e, ove non si raggiunga tale accordo, è necessaria l'autorizzazione della sede territoriale dell'INL.

Va detto che questo regime è stato derogato perché oggi il controllo da parte dell'imprenditore sugli strumenti di lavoro come il cellulare, il tablet lo smartphone in uso dal lavoratore è consentito senza l'autorizzazione preventiva del sindacato e quindi il controllo come, per esempio, la geolocalizzazione del lavoratore può diventare molto penetrante.

Anche lo *jus variandi* regolato dall'art. 2103 c.c. è stato modificato dall'art. 13 dello Statuto. In primo luogo, perché l'oggetto della tutela è la professionalità acquisita dal lavoratore e quindi lo svolgimento di mansioni superiori dà diritto al lavoratore alla cd. promozione automatica quando siano decorsi tre mesi dall'attribuzione delle mansioni. Era consentita l'adibizione a mansioni equivalenti da intendersi come mansioni di contenuto professionale equivalente.

Infine, era sanzionata addirittura con la nullità l'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori. Ogni patto contrario è nullo. La norma è stata modificata nel 2015, ma non ho difficoltà ad affermare che anche allora era una norma troppo rigida perché, se non era possibile adibire il lavoratore a mansioni equivalenti, l'alternativa era il recesso dell'imprenditore dal rapporto di lavoro.

Parimenti l'art. 2106 c.c. sulle sanzioni disciplinari che si limitava a sancire la proporzionalità tra infrazione e sanzione è stato integrato dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori che ha introdotto opportunamente il cd. codice disciplinare, nel senso che l'imprenditore non può irrogare una sanzione se non è prevista la relativa infrazione e neppure se non è osservato il principio del contraddittorio tra datore di lavoro e lavoratore che deve essere sentito a sua discolpa. Tant'è che la sanzione rimane sospesa. E non possono essere irrogate sanzioni che comportano mutamenti definitivi del rapporto, diversamente dal licenziamento che può essere irrogato perché non modifica il rapporto ma lo estingue con l'avvertenza che in questo caso devono essere osservate la procedura e le misure stabilite dall'art. 7.

Ma come è noto l'art. 18 dello Statuto prevedendo la reintegrazione come sanzione unica contro il licenziamento ingiustificato determina la invalidità del licenziamento e, quindi, la sostanziale continuità del rapporto di lavoro. Questa norma sposta il baricentro della tutela perché privilegia l'interesse del datore di lavoro alla continuità e alla stabilità del rapporto rispetto a quello dell'imprenditore alla temporaneità dei vincoli contrattuali. Si tratta di un cambiamento radicale nella tutela del lavoro subordinato anche se va chiarito che la reintegrazione deve essere intesa in senso giuridico e non come esecuzione in forma specifica dell'obbligo di reintegrare il lavoratore in azienda.

E tuttavia anche la sanzione della reintegrazione in senso giuridico offre al lavoratore una forte maniglia nell'ipotesi, non infrequente, in cui si arrivi ad una transazione in caso di cessazione del rapporto.

Si noti infine che l'art. 2118 c.c. non è stato abrogato ma il suo ambito di applicazione è stato notevolmente ridimensionato perché si applica: ai dirigenti; al lavoro domestico; ai familiari; agli atleti professionisti; agli ultrasessantenni che hanno maturato il diritto a pensione; ai lavoratori in prova e anche agli apprendisti solo al completamento del loro periodo formativo.

Per i dirigenti di aziende industriali è previsto un regime di stabilità convenzionale che rende più oneroso il licenziamento. E la stessa nozione di giustificatezza è più ampia di quella legale perché comprende qualunque motivo che turbi la fiducia tra le parti.

10. Non possono essere omesse nella trattazione, norme sul rapporto di lavoro come l'art. 2113 c.c. che sancisce l'indisponibilità relativa e non assoluta dei diritti derivanti da norme inderogabili²⁰. Questa disposizione stabilisce che gli atti di disposizione di diritti relativamente indisponibili sono invalidi e più precisamente annullabili se effettuati in costanza di rapporto perché possono essere impugnati nel termine di decadenza di sei mesi dalla cessazione del rapporto. Il fatto che il lavoratore possa impugnare l'atto di disposizione anche dopo la cessazione del rapporto indica che il legislatore prende atto della posizione di debolezza del lavoratore, il quale potrebbe essere indotto a non impugnare in costanza di rapporto per evitare possibili ritorsioni del datore di lavoro. Ciò significa che oggetto della rinuncia e della transazione sono diritti già entrati nel patrimonio del lavoratore e non ovviamente diritti futuri, ossia diritti ancora non acquisiti. E tuttavia a seguito di una modifica normativa le rinunce e le transazioni possono essere effettuate perché come dispone l'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. le disposizioni di questa norma non si applicano alla conciliazione intervenuta ai sensi degli artt. 185, 410, 411 c.p.c. e in sede di certificazione.

²⁰ La disposizione, modificata dalla l. n. 533 del 1973, trova applicazione anche ai collaboratori coordinati e continuativi ai sensi dell'art. 409, n. 3, c.p.c.

11. Va segnalato anche l'art. 2112 c.c. che sancisce la continuità del rapporto di lavoro presso il cessionario in caso di trasferimento di azienda. Ovviamente la norma a fronte del vantaggio riconosciuto al lavoratore la cui anzianità non viene interrotta dal trasferimento di azienda, non gli consente di prestare il consenso come avviene in caso di cessione del contratto come prevede l'art. 1406 c.c. Parimenti il trasferimento in quanto tale non può essere considerato giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Va detto che l'art. 2112 c.c. è stato oggetto di successive modifiche, tra le quali spicca il trasferimento di parte dell'azienda e accanto alla cessione per contratto anche la fusione.

12. Occorre evidenziare che negli anni 60 nell'ordinamento italiano sono intervenute due leggi significative la n. 1369 del 1960 che vietava l'appalto di mano d'opera e la n. 230 del 1962 sul contratto a tempo determinato.

La prima legge, come è noto, vietava la dissociazione tra il soggetto che utilizza effettivamente il lavoro altrui e il soggetto che formalmente assume e retribuisce il lavoratore.

La *ratio* di questo divieto derivava dal fatto che l'imputazione del rapporto al datore di lavoro interposto avrebbe consentito al datore di lavoro interponente di sottrarsi alle sue responsabilità. Va detto che già l'art. 2127 c.c. vietava l'interposizione nel lavoro a cottimo.

Come è noto, questo sistema di tutela è stato progressivamente smantellato prima dalla legge n. 196 del 1997 che regolava il cosiddetto lavoro interinale e cioè consentiva alle imprese in presenza di causali giustificative di natura rigorosamente temporanea di provvedere al fabbisogno di lavoratori, senza assumerli direttamente, avvalendosi di vere e proprie agenzie di fornitura professionale di mano d'opera debitamente autorizzate e poi con il d.lgs. n. 276 del 2003 che ha ulteriormente allentato il divieto con la somministrazione di mano d'opera che è esercitata esclusivamente da agenzie autorizzate ed è caratterizzata da un rapporto triangolare fondato su due contratti: 1) dal contratto di somministrazione tra agenzia e utilizzatore che è di natura squisitamente commerciale e 2) il contratto di lavoro subordinato tra agenzia e lavoratore.

Questa forma contrattuale assicura all'imprenditore notevoli vantaggi a fronte ovviamente di un maggior costo: infatti al costo della retribuzione del lavoratore si aggiunge il costo dell'agenzia di somministrazione che non lavora certo gratuitamente. In particolare 1) la possibilità per l'utilizzatore di avvalersi di una prestazione senza dovere assumere il lavoratore e computarlo nell'organico; 2) l'azzeramento del rischio di assenze e pertanto della discontinuità della prestazione lavorativa perché in caso di impossibilità del lavoratore l'agenzia invia un sostituto; 3) la possibilità per l'impresa di sperimentare anche per più di sei mesi (durata massima del periodo di prova) al fine di valutare l'opportunità di assumerlo in un secondo momento.

Per contro il lavoratore è pur sempre temporaneo con le conseguenze che la temporaneità del rapporto comporta.

E a questo proposito va ricordato che il contratto a tempo determinato era regolato da una disciplina rigorosamente antifraudolenta (l. n. 230 del 1962) perché consentiva ipotesi di apposizione del termine tassative eccezionali e temporanee al di fuori delle quali il contratto si reputava a tempo indeterminato. E si noti che fino al 1966 il datore di lavoro non aveva particolare convenienza ad utilizzare questo tipo di rapporto perché comunque poteva recedere liberamente dal contratto di lavoro ai sensi dell'art. 2118 c.c. Solo dopo il 1970 con la introduzione della reintegrazione gli imprenditori hanno sentito il bisogno, in considerazione del fatto che la flessibilità in uscita era drasticamente limitata, di avere una flessibilità in entrata e di qui la nascita di numerosi contratti temporanei. Le vicende legislative successive al 1970 sul contratto a tempo determinato testimoniano un progressivo allargamento della disciplina restrittiva, come si desume prima dall'art. 23 della legge n. 56 del 1987 che abilitava i contratti collettivi a prevedere ulteriori ipotesi di apposizione del termine rispetto a quelle legali, e poi dal d.lgs. n. 368 del 2001, attuativo della direttiva 99/70/CE, che ha segnato il passaggio dalle ipotesi tassative all'individuazione di una fattispecie generale, cd. causalone che consentiva l'apposizione del termine a fronte di ragioni tecniche, produttive organizzative o sostitutive. La riforma si prefissava l'obiettivo di ampliare il ricorso al contratto a termine, ma buona parte della giurisprudenza ha interpretato la legge in senso restrittivo e ha sostenuto che la ragione tecnica organizzativa e produttiva dovesse essere contraddistinta, se non dal requisito della eccezionalità o straordinarietà, almeno dal requisito della temporaneità.

Il diffuso contenzioso generato da questo requisito e la perdurante crisi occupazionale hanno indotto il legislatore nel 2014 con il d.l. n. 34 a liberalizzare completamente il ricorso al contratto a termine con l'abolizione delle ragioni giustificatrici e l'apposizione di una durata massima di tre anni.

L'impianto normativo è stato riprodotto, con lievi modifiche, nel d.lgs. n. 81 del 2015, ai sensi del quale il ricorso al contratto a termine era subordinato unicamente al rispetto della disciplina sui divieti, dell'obbligo di forma scritta, dei limiti temporali e di quelli quantitativi.

È noto che il legislatore nel 2018 con il dichiarato intento di contrastare fenomeni di crescente precarizzazione del rapporto di lavoro ha di nuovo irrigidito la disciplina del contratto a tempo determinato perché ha ridotto il termine di durata del contratto senza causali a dodici mesi mentre ha reintrodotta il regime delle causali per un rapporto con durata superiore a dodici mesi, e ha stabilito la riduzione della durata massima da trentasei a ventiquattro mesi.

Va precisato però che, da un lato, la formulazione delle condizioni previste per prolungare di dodici mesi la durata del contratto non sono di facile applicazione e sono troppo restrittive, come per esempio le esigenze temporanee ed oggettive estranee all'ordinaria attività, e, d'altro lato, l'acausalità del primo contratto per i primi dodici mesi induce il più delle volte i datori di lavoro ad optare per il *turn over* dei lavoratori entro l'anno dalla loro assunzione per non incorrere successiva-

mente nell'insidioso vincolo delle causali. In questi termini la riforma finirebbe per aumentare anziché attenuare lo stato di precarietà del lavoratore.

E, infine, da ultimo è stata valorizzata di nuovo l'autonomia collettiva quando l'art. 4 del d.l. 73/2021 (conv. l. n. 106 del 2021) ha affiancato alle condizioni di origine legale anche le specifiche esigenze individuate dai contratti collettivi.

13. All'articolo 2094 c.c., come è noto, si giustappone l'articolo 2222 c.c., che ovviamente prende in considerazione la figura, non tanto del lavoro autonomo menzionato dal titolo terzo del libro V del codice civile, quanto del contratto d'opera.

Il contratto d'opera è una forma di lavoro autonomo, ma non è certamente l'unica fattispecie. Basti pensare al contratto di agenzia, al contratto di mandato, che sono anch'esse forme di lavoro autonomo.

La differenza tra il contratto d'opera e il contratto di agenzia sta nel fatto che il contratto d'opera, è un contratto ad esecuzione istantanea o al massimo prolungata. Mentre, il contratto di agenzia, come il mandato a tempo, come il contratto di lavoro subordinato, è un contratto di durata nel senso che entrambi soddisfano un interesse durevole della controparte²¹.

Ma se il contratto di agenzia è come il contratto di lavoro subordinato, di durata, questi due contratti si distinguono perché il preponente non esercita un potere direttivo nei confronti dell'agente. Nel contratto di agenzia l'agente esegue la prestazione secondo le istruzioni del preponente, ma questo non significa che l'agente sia a disposizione del preponente come, invece, è il lavoratore subordinato nei confronti del datore di lavoro, che nei suoi confronti esercita il potere direttivo. È bene segnalare già da ora la profonda differenza tra le istruzioni del preponente e le direttive del datore di lavoro. Anche nel contratto d'opera il committente indica nel contratto, e non durante lo svolgimento del rapporto, il risultato che vuole sia realizzato dal prestatore d'opera che, diversamente dal lavoratore subordinato, non è a disposizione del committente. La seconda differenza che esiste tra il contratto di lavoro subordinato e il contratto d'opera è che il primo è un contratto di durata, come il contratto di agenzia, mentre il contratto d'opera è ad esecuzione istantanea o prolungata. E questo significa che l'interesse, del cliente-committente, è soddisfatto in un unico momento.

Non c'è la soddisfazione di un interesse durevole, ma soltanto la soddisfazione dell'interesse del committente nel momento in cui l'*opus* o, il servizio, è compiuto. E quindi viene consegnato al committente.

Quanto al contratto d'opera intellettuale bisogna dire che può essere a esecuzione istantanea quando ha per oggetto lo svolgimento di un servizio, ma anche di durata, quando ha per oggetto un'attività di consulenza o una serie collegata di

²¹ G. OPPO, *I contratti di durata*, in *RDComm*, 1943, n. 5-6, 143 ss.; G. OPPO, *I contratti di durata*, in *RDComm*, 1944, I, 18 ss.

servizi (contratto c.d. di clientela). In questo caso la durata è determinata dal nesso tra i diversi *opera*²².

Con queste prime notazioni ho voluto mettere in evidenza i tratti essenziali delle due fattispecie che rimangono ferme nonostante l'introduzione in questi anni di diversi tipi contrattuali.

14. Come è noto, dopo il 1970 è iniziato un processo di moltiplicazione dei rapporti di lavoro in entrata anche come contrappeso alla reintegrazione che aveva ovviamente limitato il potere di recesso del datore di lavoro. Basta pensare alla riforma del processo del lavoro del 1973 che ha modificato l'art. 409 del c.p.c. E, al n. 3 ha introdotto, come fattispecie processuale, "*i rapporti di agenzia e rappresentanza commerciale e altri rapporti che si concretano in una prestazione d'opera coordinata e continuativa e a carattere prevalentemente personale anche se non subordinato*".

Questa fattispecie ha determinato un processo che ha presentato luci ed ombre perché, da un lato, ha creato una forma di lavoro autonomo continuativo che ha per oggetto il lavoro in sé e che il codice civile non conosceva e, dall'altro, ha incentivato forme di falso lavoro autonomo perché questo tipo di rapporto continuativo arreca al committente un'utilità molto simile a quella del lavoro subordinato. In altri termini il lavoro autonomo continuativo soddisfaceva un interesse durevole del committente, non un interesse istantaneo come nel contratto d'opera.

Questa, naturalmente, è una novità dirompente perché, da fattispecie processuale, le collaborazioni continuative e coordinate, sono diventate un contratto atipico, perciò, non regolato come tipo legale. E, la non applicazione a questi rapporti di una serie di normative del lavoro subordinato (come la normativa sui licenziamenti, come la contribuzione e la riforma previdenziale aveva previsto, inizialmente, una contribuzione del 10% rispetto alla contribuzione del 33% per il lavoro subordinato), ha favorito la moltiplicazione di queste collaborazioni per un solo motivo: perché costavano molto meno al committente, ma come si è detto, assicuravano allo stesso un'utilità molto simile a quella che garantisce il lavoro subordinato.

E, quindi, spesso e volentieri queste collaborazioni continuative e coordinate diventavano forme fraudolente di lavoro autonomo per evitare i costi del lavoro subordinato.

15. Non solo, ma nel 1997, in un articolo sicuramente importante²³, scritto da Persiani, De Luca Tamajo e Flammia, fu costruita con notevole abilità e anche con

²² G. OPPO, *ibidem*.

²³ Per una definizione del potere di coordinamento del committente e per la individuazione del *tertium genus* poi accolto dal d.lgs. n. 276 del 2003 v. R. DE LUCA TAMAJO, R. FLAMMIA, M. PERSIANI, *La crisi della subordinazione e della sua idoneità selettiva nei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione del tertium genus: il lavoro coordinato*, in *QDLRI*, 1998, n. 21, 331 ss.; critico verso questa ricostruzione, R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *ADL*, 1999, I, 273 ss. e in part. 291-292.

molta fantasia la tesi del potere unilaterale di coordinamento del committente, il cui oggetto non è agevole individuare dal momento che esso si esercita come il potere direttivo durante lo svolgimento del rapporto. E non ho difficoltà ad affermare che il potere di coordinamento inventato dalla dottrina può considerarsi una delle cause che ha favorito il moltiplicarsi delle forme di falso lavoro autonomo.

È vero che il d.lgs. n. 276 del 2003 ha normato il potere di coordinamento come potere unilaterale del committente fino al d.lgs. n. 81 del 2015 che ha abrogato la disciplina del lavoro a progetto lasciando in vita le collaborazioni continuative e coordinate di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. E poi, come è noto, l'art. 15 della legge n. 81 del 2017 ha chiarito finalmente che non è configurabile un potere unilaterale di coordinamento nelle collaborazioni continuative e coordinate, ma entrambe le parti, come in ogni contratto, dettano le condizioni di svolgimento della collaborazione e il collaboratore ha, nell'ambito delle condizioni pattuite tra le parti, il potere di organizzare la propria prestazione.

Si deve anche aggiungere che la disciplina del lavoro a progetto, ormai abrogata non aveva raggiunto l'obiettivo proposto, e cioè eliminare le collaborazioni continuative e coordinate false perché non aveva definito cosa fosse il progetto, il programma e la fase, sicché anche un mansionario poteva considerarsi un progetto.

Tanto è vero che la legge n. 92 del 2012, ha tentato di evitare l'abuso incontrollato del progetto, ma non ha chiarito cosa dovesse intendersi per progetto. E quindi fu un tentativo che non ebbe l'effetto sperato perché queste collaborazioni sono continuate spesso in modo fraudolento fino all'abrogazione della relativa disciplina. Una volta abrogata la disciplina del lavoro a progetto a tali collaborazioni ormai risulta applicata una disciplina assai scarna, certamente meno favorevole di quella del lavoro a progetto, con il risultato che le collaborazioni continuative e coordinate genuine ricevono attualmente una tutela assai modesta.

16. Nel 2015 l'art. 2 d.lgs. n. 81 ha previsto le cd. collaborazioni organizzate dal committente e ad esse ha applicato integralmente la disciplina del lavoro subordinato e non ha usato la formula dell'art. 2239 c.c. che applica la disciplina del lavoro subordinato ai rapporti non inerenti all'esercizio dell'impresa solo in quanto compatibile.

A mio avviso questa norma almeno nella sua formulazione originaria aveva una funzione antifraudolenta. E, infatti, fino alla sentenza della Corte di Appello di Torino²⁴ sfido chiunque a trovare un contratto nel quale fosse scritto "la prestazione di lavoro è organizzata dal committente". Nessuno avrebbe mai scritto una formula del genere. Perché, chiaramente, sarebbe stata applicata la disciplina del lavoro subordinato.

Invece, secondo la Corte di Appello di Torino la norma sovramenzionata individuerebbe una fattispecie intermedia tra lavoro subordinato e autonomo contradd-

²⁴ Corte di Appello Torino, sez. lav., del 4 febbraio 2019, n. 26.

distinta dal potere organizzativo del committente. E a questa fattispecie il giudice potrebbe applicare solo parzialmente la disciplina del lavoro subordinato.

Anche dottrine autorevoli sostengono che l'art. 2 comma 1 avrebbe individuato uno spazio normativo per la etero-organizzazione²⁵, che sarebbe costitutiva di una nuova fattispecie tra lavoro subordinato e le collaborazioni continuative e coordinate²⁶, e di una disciplina che dovrebbe essere individuata dal giudice.

Secondo le suddette dottrine, le collaborazioni organizzate dal committente ai sensi dell'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 81/2015 darebbero vita ad un *quartum genus*, accanto al lavoro subordinato, a quello autonomo, e alle collaborazioni continuative e coordinate dell'art. 409 n. 3 c.p.c.

E tuttavia va ricordato quanto afferma un'acuta dottrina²⁷, secondo la quale “*tutte le costruzioni che si basano sulla nozione di lavoro eteroorganizzato nascono, per così dire, con un vizio di origine. E, dichiarando di prestare fede al dettato normativo, in realtà propongono proprie (legittime e magari condivisibili) visioni di politica del diritto*”. E conclude, con un interrogativo retorico, una “*simile operazione può essere compiuta dall'interprete sulla base dell'esile dato contenuto nell'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo n. 81/2015?*”.

In realtà l'art. 2 comma 2 consente solo ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative di individuare una disciplina diversa da quella del lavoro subordinato e non anche al giudice.

Bisogna, infatti, essere avvertiti che, al di là di ogni argomentazione tecnica, il confronto è tra chi valorizza la etero-organizzazione, o se si preferisce il potere organizzativo, rispetto al potere direttivo al fine di individuare una disciplina per questo tipo di rapporto parzialmente diversa da quella del lavoro subordinato (ma in concreto meno favorevole: basti pensare alla non applicazione della disciplina del licenziamento), così come era previsto dalla disciplina del lavoro a progetto ora abrogata, e chi invece nega autonoma rilevanza all'etero-organizzazione e ritiene che a questi rapporti continuativi e organizzati dal committente, debba essere applicata, ai sensi dell'art. 2 comma 1 la disciplina del lavoro subordinato, salva, ai sensi dell'art. 2 comma 2, una diversa disciplina dettata dalla contrattazione collettiva.

²⁵ Si legga sul punto T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, 2015, n. 146, 155 ss.

²⁶ V. in questo senso A. PERULLI, *Oltre la subordinazione*, Giappichelli, 2021, in part. 129 ss. e 195 ss.: ID., *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente*, Note al d.lgs. n. 81/2015, in *RIDL*, 2019, n. 4, III e di recente anche A. MARESCA, *Brevi cenni sulle collaborazioni etero-organizzate*, in *RIDL*, 2020, n. 1, I; ID., *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, in *DRI*, 2020, 146 ss.; precedentemente, prima della modifica dell'art. 2 comma 1 operata dal d.l. 101/2019, R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'antona.IT*, 2015, n. 282, 15.

²⁷ M. MAGNANI, *Subordinazione, eteroorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *DRI*, 2020, n. 1.

Da ultimo il d.l. n. 101 del 2019 ha modificato l'art. 2 comma 1 e ha sostituito "esclusivamente" con "prevalentemente", ha eliminato l'inciso "anche con riferimento ai tempi e luoghi di lavoro" e ha aggiunto una seconda parte al primo comma "le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali".

17. Queste modifiche non sono di piccolo conto e certamente ampliano l'ambito di applicazione dell'art. 2 comma 1, sicché dopo queste modificazioni si deve prendere atto che la norma fa riferimento anche a lavoratori sicuramente autonomi deboli e applica anche ad essi la disciplina integrale del lavoro subordinato.

E non a caso la Cassazione in una sentenza del 24 gennaio 2020 n. 1663, che pure prende in considerazione il caso Foodora, regolato dalla normativa anteriore alle modifiche legislative del 2019 appena richiamate, non solo respinge la qualificazione accolta dalla Corte di Appello di Torino come *tertium genus*, ma non esita ad affermare al par. 27 che la disciplina del lavoro subordinato si applica "anche a prestatori ritenuti in condizione di debolezza economica operanti in una zona grigia tra autonomia e subordinazione ma considerati meritevoli comunque di una tutela omogenea"²⁸.

Se così è, ben si può dire che la Cassazione preferisce utilizzare la categoria della subordinazione socioeconomica anziché quella della eteroorganizzazione²⁹.

È vero che nel 2012 una nozione di dipendenza economica fu accolta dal legislatore (art. 69-bis del d.lgs. n. 276/2003, introdotto dalla legge n. 92/2012) con la norma che prevedeva una presunzione relativa di collaborazione continuativa e

²⁸ V. la recentissima Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663. Secondo la quale con riferimento alle modifiche introdotte dal d.l. n. 101 del 2019 l'intento protettivo appare confermato dalla recente novella, la quale va certamente nel senso di rendere più facile l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, stabilendo la sufficienza, per l'applicabilità della norma, di prestazioni prevalentemente e non più esclusivamente personali, menzionando esplicitamente il lavoro svolto attraverso piattaforme digitali e, quanto all'elemento dell'etero-organizzazione, eliminando le parole "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro", così dimostrando chiaramente l'intento di incoraggiare interpretazioni non restrittive di tale nozione (par. 27 della sentenza).

²⁹ Infatti, come afferma uno dei più autorevoli sostenitori della subordinazione socioeconomica R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *ADL*, 1999, n. 2, 299, la relativa indeterminatezza e l'ampia apertura della definizione proposta del lavoro subordinato, e cioè il dovere dipendere da altri per lavorare, rendono possibile e sollecitano anzi, la comprensione nel suo ambito di modelli diversi di rapporti di lavoro e di prestazioni, eventualmente caratterizzate da rilevanti differenze di trattamento.

Del resto, sia pure in un'altra prospettiva e con riferimento al lavoro esclusivamente personale la Corte costituzionale, con la famosa sentenza n. 30/1996, relatore Luigi Mengoni, aveva identificato la subordinazione nella cd. doppia alienità, intesa come destinazione esclusiva ad altri del risultato per il cui conseguimento la prestazione è utilizzata e come alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce, sicuramente più ampia di quella ricavabile dall'art. 2094 c.c.

coordinata per le prestazioni c.d. “a partita iva” rese da soggetti titolari di un reddito basso, al ricorrere di almeno due presupposti tra:

- a) durata superiore alla soglia minima prestabilita;
- b) committenza prevalente (sostanzialmente monocommittenza);
- c) presenza di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente³⁰.

Tale nozione, però, riferita sul piano formale a rapporti di lavoro autonomo, finiva indirettamente per costituire, sul piano sostanziale, il presupposto per l'applicabilità della disciplina del lavoro subordinato. La stessa legge, infatti, in modo assolutamente non lineare e probabilmente contraddittorio, stabiliva una ulteriore presunzione, stavolta assoluta, di subordinazione per le collaborazioni senza progetto (art. 69, comma 1): tale qualificazione legale operava espressamente anche per le co.co.co. presunte tali ai sensi dell'art. 69-*bis*³¹! Di conseguenza, il rapporto a partita iva in presenza degli indici di dipendenza economica previsti dal legislatore si presumeva di co.co.co. ma, poiché nasceva inevitabilmente senza progetto, in virtù della doppia presunzione finiva per essere considerato lavoro subordinato.

Ma come è noto, questa norma ha avuto una modesta applicazione perché le fattispecie concrete non presentano sempre congiuntamente i tre requisiti. E, in generale, il ricorso ad indicatori come la dipendenza economica in altri ordinamenti, come in quello spagnolo, non ha raggiunto risultati soddisfacenti³². Secondo un

³⁰ Ai sensi dell'art. 69-*bis*, comma 1, le prestazioni lavorative rese da persona titolare di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto sono considerate, salvo che sia fornita prova contraria da parte del committente, rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, qualora ricorrano almeno due dei seguenti presupposti:

- a) che la collaborazione con il medesimo committente abbia una durata complessiva superiore a otto mesi annui per due anni consecutivi;
- b) che il corrispettivo derivante da tale collaborazione, anche se fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi, costituisca più dell'80% dei corrispettivi annui complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco di due anni solari consecutivi;
- c) che il collaboratore disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente.

Ai sensi del comma 2, inoltre, “*La presunzione di cui al comma 1 non opera qualora la prestazione lavorativa presenti i seguenti requisiti:*

a) sia connotata da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività;

b) sia svolta da soggetto titolare di un reddito annuo da lavoro autonomo non inferiore a 1,25 volte il livello minimo imponibile ai fini del versamento dei contributi previdenziali”.

³¹ Cfr. l'art. 69-*bis*, comma 4, ai sensi del quale “*la presunzione di cui al comma 1*”, (presunzione relativa di co.co.co) “*determina l'integrale applicazione della disciplina di cui al presente capo, ivi compresa la disposizione dell'articolo 69, comma 1*” (presunzione assoluta di subordinazione per le co.co.co. senza progetto).

³² Sull'esperienza spagnola del Trade (*Trabajo autonomo dependiente economicamente*) e per un tentativo di individuazione di indici di dipendenza o debolezza economica si v. G. SANTORO-

autore³³, se fosse stata in vigore una norma del genere avrebbe potuto essere applicata ai pony express di trenta anni fa e ora ai rapporti di lavoro dei ciclofattorini, comunemente denominati *riders*³⁴.

Bisogna precisare che tra i lavoratori autonomi deboli ai quali si applica la disciplina del lavoro subordinato in ragione delle modifiche apportate dal d.l. n. 101 del 2019 non rientrano sicuramente i piccoli imprenditori, come si ricava dalla disciplina del lavoro autonomo non imprenditoriale del 2017, che, infatti, non si applica espressamente ai piccoli imprenditori.

18. A mio avviso, pertanto, se veramente si vuole individuare una disciplina che non incentivi il falso lavoro autonomo è necessario abbandonare criteri formali come il potere di coordinamento e ancor più il potere organizzativo del datore di lavoro che difficilmente, almeno nel concreto svolgimento del rapporto di lavoro, si distinguono dal potere direttivo.

Ma bisogna invece avere riguardo a criteri come la debolezza contrattuale o la dipendenza economica del collaboratore.

È contrattualmente debole il collaboratore che non può modificare la proposta contrattuale della controparte. Può considerarsi economicamente dipendente il collaboratore che riceve il 60% o il 70% del lavoro da un solo committente.

È ovvio però che il lavoratore contraente debole o economicamente dipendente è un lavoratore autonomo funzionalmente collegato al committente come il piccolo agente al preponente ma non è soggetto alle direttive del datore di lavoro e neppure ad un preteso potere di coordinamento o organizzativo del datore di lavoro.

Pertanto, si può ritenere che la dipendenza economica o la debolezza contrattuale sono criteri che possono giustificare l'applicazione ai suddetti rapporti di una disciplina parzialmente diversa da quella del lavoro subordinato perché, diversamente dal cd. potere di coordinamento e dal potere organizzativo del datore di lavoro, non incentivano forme di falso lavoro autonomo.

Anche se bisogna ribadire che la nozione di dipendenza economica, normata negli ordinamenti di altri paesi come la Spagna, a giudizio degli stessi Spagnoli, non ha dato grandi risultati, e non ha risolto il problema.

In ogni caso, l'individuazione del lavoro autonomo continuativo contrattualmente debole o economicamente dipendente non compete all'interprete, ma al legislatore che, per evitare la proliferazione delle forme di falso lavoro autonomo, dovrebbe sostituire al criterio della coordinazione quello della debolezza contrattuale o della dipendenza economica. L'esigenza di un intervento normativo siffatto

PASSARELLI, *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole ma genuino: due nozioni a confronto*, in *RIDL*, 2013, 103 ss.

³³ P. ICHINO, *Subordinazione autonomia e protezione del lavoro nella Gig-Economy*, nota in *RIDL*, 2018, II, 294.

³⁴ Trib. Torino 7 maggio 2018, in *RIDL*, 2018, II, 283.