



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2020

I confini delle tutele lavoristiche, oggi

di Valeria Nuzzo

EDITORIALE SCIENTIFICA



I CONFINI DELLE TUTELE LAVORISTICHE, OGGI

Valeria Nuzzo

Professoressa associata di Diritto del lavoro
Università della Campania Luigi Vanvitelli

ABSTRACT

ITA

Il saggio indaga sugli attuali confini delle tutele lavoristiche evidenziando la necessità di una espansione degli stessi oltre la classica nozione di subordinazione, per accogliere quel variegato universo di rapporti lavorativi caratterizzati dall'inserimento funzionale del lavoratore nell'organizzazione altrui. Partendo dalla vicenda dei *riders*, che ha fatto da detonatore al dibattito sulla inadeguatezza di un sistema dicotomico di tutele in cui esse sono legate al concetto di eterodirezione, l'Autrice si sofferma sull'attuale formulazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 ritenendo che essa disegni il perimetro di una nuova più ampia fattispecie di imputazione delle garanzie lavoristiche, quella del lavoro etero-organizzato, di cui la subordinazione classicamente intesa costituisce solo una parte. Contemporaneamente sottolinea la tendenza espansiva di alcune tutele anche oltre tale fattispecie, non solo al lavoro autonomo ma anche a quello non continuativo.

EN

In this essay the Author argues in favor of an extension of the boundaries of labor protection beyond the classic notion of subordination, so as to include the wide variety of working relationships where the worker is functionally inserted in an organization owned by others. Starting from the *riders* case, which sparked the debate about the inadequacy of the current protection system, the Author criticized the reference to the notion of heterodirection as the basis of protections, and looks instead at article 2 of the legislative decree no. 81/2015 as the foundation of a more inclusive category for the allocation of job guarantees: the hetero-organization. Subordination is only a part of this new case. At the same time, the Author underlines the current legislative and doctrinal trend to expand some protections even beyond this case, not only to self-employment but also to non-continuous work.

SOMMARIO: 1. LE ESIGENZE DI RIEQUILIBRIO DI RAPPORTI DI POTERE ASIMMETRICI DENTRO E FUORI LA SUBORDINAZIONE. TRA TENDENZA ESPANSIVA DELLE TUTELE E MODIFICA DEI CONFINI DELL'AREA PROTETTA; 2. L'ORIGINARIA FORMULAZIONE DELL'ART. 2 DEL D.LGS. N. 81 DEL 2015; DALL'ETERO-DIREZIONE ALL'ETERO-ORGANIZZAZIONE; 3. IL CASO DEI RIDERS E LA RISCrittURA DELL'ART. 2 DEL D.LGS. N. 81 DEL 2015; 4. L'INTERPRETAZIONE DELL'ART. 2 DEL D.LGS. N. 81/2015 COME NORMA DI FATTISPECIE. LA MODIFICA DELL'AMBITO DI APPLICAZIONE DEL DIRITTO DEL LAVORO; 5. IL COMMA 2 DELL'ART. 2: PROBLEMI DI COMPATIBILITÀ COSTITUZIONALE DELLE ESCLUSIONI E RILEVANZA AI FINI DELL'INTERPRETAZIONE DEL COMMA 1; 6. LE PLURALI FORME DI COORDINAMENTO DELLA PRESTAZIONE E LA NECESSITÀ DI INDIVIDUARE I CONFINI; 7. LE TUTELE OLTRE LA FATTISPECIE PROTETTA TRA CONTINUITÀ E OCCASIONALITÀ DELLA PRESTAZIONE.

1. Le esigenze di riequilibrio di rapporti di potere asimmetrici dentro e fuori la subordinazione. Tra tendenza espansiva delle tutele e modifica dei confini dell'area protetta

Nell'ultimo film di Ken Loach, *Sorry we missed you*, l'aspirante corriere *freelance* impegnato nel colloquio con il responsabile di una grossa ditta di consegne viene motivato a prendere in mano il suo destino, a investire su sé stesso, a capitalizzare le sue risorse per reinventarsi imprenditore: con l'uso di mezzi propri (il furgoncino da noleggiare all'impresa stessa) e libero dal vincolo della subordinazione, egli non lavorerà "per" l'impresa, ma "con" l'impresa. L'enfasi sulla preposizione semplice vuole sottolineare una libertà che, invero, è solo di chi coordina quel lavoro e non certo di chi lo presta, come poi il film farà vedere. E bisognerebbe vederlo davvero perché mostra con una efficacia senza pari come la diffusione di modelli di integrazione tra capitale e lavoro in cui la subordinazione tecnico funzionale sfuma nel (necessario) coordinamento con l'organizzazione imprenditoriale o anche solo nella soggezione economica lasci fuori dall'area protetta tutta una serie di lavori in cui l'autonomia è più apparente che reale e la forza contrattuale praticamente nulla. La visione un po' manichea del regista, che lungamente indugia sulle conseguenze esistenziali di un lavoro precario caratterizzato dalla completa soggezione al capitale, ha il pregio di indurre anche il meno garantista degli spettatori a chiedersi se sia possibile che tale stato di soggezione non abbia alcun corredo protettivo e, più in generale, se una materia volta a riequilibrare rap-

porti di potere a vocazione asimmetrica non sia chiamata a giocare la propria parte anche quando lo squilibrio si rinventa in una relazione contrattuale che non contempla il vincolo di subordinazione classicamente inteso.

Senza poter qui ripercorrere l'ampio dibattito sulla necessità di estensione delle tutele oltre la subordinazione, allo spettatore italiano andrebbe rammentato che la nostra Costituzione tutela il lavoro, qualsiasi lavoro, come espressione primaria della dignità sociale della persona¹. Che l'art. 1, il 3, il 4 e il 35 non fanno alcun riferimento alla subordinazione e che, anzi, letti in combinato disposto impongono la tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni². Una formulazione questa che, come ha scritto un grande giurista, è stata considerata un residuo dell'execrato interclassismo corporativo, ma che invero era «un promettente anticipo di futuro»³. Letta in combinazione con il secondo comma dell'art. 3, che si preoccupa di eliminare le situazioni soggettive di inferiorità e svantaggio, essa spinge «ad allargare lo spettro degli ostacoli da rimuovere per realizzare il modello di società prefigurato dai padri costituenti»⁴, dove il lavoro, comunque e

¹ G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, 2016, p. 100.

² V. già C. LEGA, *Il diritto del lavoro e il lavoro autonomo*, RDL, 1950, I, 115; M. MAZZIOTTI, *Lavoro (diritto costituzionale)*, *Enc dir.*, 1973, XXIII, 338, qui 340 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Ricerca diretta da R. SCOGNAMIGNO, Franco Angeli, 1978, 13. Numerosi gli scritti in tal senso dopo gli anni '80: tra i tanti v. M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinazione nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *DL*, 1998, I, 204; P. ICHINO, *Sul contenuto e l'estensione della tutela del lavoro nel titolo III della Costituzione*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, 1999, Bari, I, 527; U. ROMAGNOLI, *Il diritto del secolo. E poi?*, in *DML*, 1999, 233, il quale, con una certa efficacia, sottolinea che «mentre il codice ragiona in termini di tipologie contrattuali e di modalità tecnico-giuridiche di svolgimento del lavoro, la Costituzione si preoccupa soltanto di rimuovere situazioni soggettive di debolezza economica od inferiorità socio-economica *comunque e dovunque* si manifestino» (qui 239, corsivo nel testo). Da ultimo A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte dell'uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, che sottolinea la strettissima connessione che lega il principio lavorista al valore-principio della dignità.

³ U. ROMAGNOLI, *I diritti sociali nella Costituzione*, in *DLM*, 2005, n. 3, p. 532.

⁴ U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 533. Il collegamento tra l'art. 35 e il 3 della Costituzione, ove il primo è letto come diretto a dare attuazione al principio di uguaglianza sostanziale sancito nel capoverso del secondo, è efficacemente sottolineato da M.G. GAROFALO, *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Eduardo Ghera*, I, Bari, 2008, 439. che ha proposto l'estensione delle tutele fondamentali a tutto quel lavoro che, a prescindere dalla fattispecie contrattuale, per

dovunque svolto, è non solo fonte dei mezzi necessari a condurre una esistenza libera e dignitosa, ma è esso stesso *medium* di cittadinanza intesa in senso pieno, viatico per lo sviluppo della personalità umana e per la partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del paese. È lo stato di inferiorità economica di chi deve mettere le sue energie lavorative al servizio di altri, condizione che può accomunare il dipendente e il lavoratore autonomo, a richiedere l'intervento protettivo della legge e a estenderlo verso tutte quelle forme di lavoro che costituiscono «un fattore normale dell'impresa altrui, indipendentemente dal regime contrattuale in base al quale viene realizzata la sua integrazione nel ciclo produttivo»⁵.

Se storicamente la legislazione del lavoro si è sviluppata esclusivamente intorno al lavoro subordinato è solo perché in una economia di tipo capitalistico esso è stato il principale strumento di acquisizione e gestione della forza lavoro. Il lavoro autonomo è stato quantitativamente meno rilevante e, nell'immaginario del tempo, riguardava fasce della popolazione privilegiate, segnate da alti livelli di istruzione e da redditi elevati. Questa semplificazione oggi tradisce tutta la sua inadeguatezza. È cresciuta la tendenza ad assorbire il lavoro professionale in una dimensione di servizio all'impresa e, con essa, si è progressivamente ampliata un'area di lavori autonomi, semiautonomi e di precariato professionale estremamente variegata che non può essere ricondotta entro una concezione imprenditoriale e mercantile.

Le trasformazioni che, già dagli inizi degli '80 del secolo scorso, hanno indotto questi cambiamenti sono più che note. Da un lato, le modifiche strutturali del modo di lavorare, connesse alla progressiva introduzione di tecnologie e allo sviluppo del settore terziario, hanno consentito inedite modalità di integrazione tra lavoro e impresa non sempre (e non facilmente) riconducibili entro gli usuali schemi classificatori. Dall'altro, l'esigenza di dover far fronte a una lunga crisi economica, innescata già dalla metà degli anni '70 da una serie di fattori (lo shock petrolifero del 1973, la guerra nel Vietnam, la fine del sistema dei cambi fissi, il rialzo del prezzo del petrolio seguito alla rivoluzione iraniana del 1979), ha imposto una inedita attenzione ai bisogni di

ostacoli di ordine economico e sociale, invece di essere strumento di sviluppo della persona del lavoratore e di partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, diventa un ostacolo all'una e all'altra (qui 448 e ss.).

⁵ M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, p. 62 e ora in *Opere*, vol. I, p. 189.

competitività delle imprese⁶ e ha spinto quest'ultime verso modelli organizzativi e di acquisizione del lavoro sottratti ai costi e alle rigidità della disciplina vincolistica. La libera circolazione di persone e imprese all'interno dell'Ue, la dimensione globale dei mercati, la fine delle politiche keynesiane e della possibilità di compensare la crescita dei costi di produzione con la svalutazione monetaria, impedita dall'avvento dell'euro, hanno poi accresciuto e consolidato la tendenza a risparmiare sui costi del lavoro⁷. Tendenza che si è sviluppata sotto un duplice aspetto. Da un lato trasformando l'organizzazione dell'impresa in maniera tale da acquisire risultati più che energie lavorative (ad es. con esternalizzazioni, appalti e ricorso a collaborazioni autonome integrate nell'impresa); dall'altro utilizzando prestazioni in cui l'eterodirezione si attenua perché la necessità di ricorrere a uno stringente e continuo potere di conformazione della prestazione può sfumare nella forma di un coordinamento funzionale all'organizzazione di impresa, in cui modalità, tempi e/o luoghi sono decise (unilateralmente) dall'imprenditore, assecondando una patologica fuga dalla subordinazione che è più che altro fuga dalla sua disciplina.

Questa declinazione plurale delle collaborazioni coordinate all'impresa incide sulla diversità di approcci regolativi funzionali al perseguimento di differenti esigenze: quella di impedire che l'area protetta "perda pezzi" per la difficoltà di «collocare nuove realtà entro schemi che riottosamente le rifiutano»⁸ e quella di estendere tutele a rapporti di lavoro genuinamente autonomi, ma caratterizzati da un legame con l'impresa altrui, quantomeno di dipendenza economica, che di fatto può renderli meri "sostituti commerciali"⁹ del lavoro subordinato.

Prima del legislatore è stata la giurisprudenza a percorrere entrambi i sentieri. Ma non ha mostrato una direzione univoca. In parte ha tentato di arginare la fuga dall'area protetta con l'elaborazione di una no-

⁶ Basti pensare che è del febbraio 1978 la famosa "svolta dell'Eur", quando Luciano LAMA al congresso della CGIL abbandonò la tesi del salario come "variabile indipendente" dal profitto.

⁷ Per una analisi di tali fenomeni sul diritto del lavoro si rinvia a V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in M.P. IADICICCO e V. NUZZO (a cura di), *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, Quaderni della Rivista Diritti Lavori e Mercati, n. 2/2016.

⁸ Così O. MAZZOTTA, *L'ineffabile etero-direzione: a proposito di ciclo fattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, n. 1, p. 3.

⁹ A. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *RGL*, 2003, n. 2, p. 223.

zione di subordinazione attenuata¹⁰. Prendendo atto dei cambiamenti intervenuti nell'organizzazione produttiva e del lavoro, ha riportato entro il campo di applicazione delle tutele inderogabili lavori caratterizzati da un potere di coordinamento del committente meno intenso rispetto a quello tipico dell'eterodirezione, ma ugualmente idoneo a conformare unilateralmente la prestazione di lavoro all'esigenza imprenditoriale. D'altra parte, però, con riferimento a collaborazioni coordinate all'impresa ma non riconducibili entro quell'area protetta, i giudici di legittimità hanno nettamente escluso l'operatività oltre i confini della subordinazione delle garanzie per essa operanti, compresa

¹⁰ La Suprema Corte ha rilevato come i cambiamenti avvenuti nell'organizzazione del lavoro rispetto al modello fotografato dal codice del 1942 abbiano reso «il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo del datore – inteso come sottoposizione a specifici ordini e al diretto e costante controllo datoriale delle diverse fasi di esecuzione della prestazione lavorativa – sempre meno significativo della subordinazione». Suo indice determinante sarebbe «l'assunzione per contratto dell'obbligazione di porre a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative e di impiegarle, con continuità fedeltà e diligenza, secondo le direttive di ordine generale impartite dal datore di lavoro e in funzione dei programmi cui è destinata la prestazione, per il perseguimento dei fini propri dell'impresa datrice di lavoro»: così Cass. 6 luglio 2001, n. 9167, in *RIDL*, 2002, II, 272; Cass. 27 novembre 2002, n. 16805, in *MGL*, 2003, 3, 127; Cass. 11 settembre 2003, n. 13375, in *FI*, 2003, I, 3321. Da ultimo, sulla sufficienza di direttive generali o programmatiche Cass. 8 giugno 2015, n. 11746; Cass. 4 marzo 2015, n. 4346. D'altronde già la dottrina aveva sottolineato come l'art. 2094 c.c. fosse idoneo ad accogliere, accanto al modello subordinazione/eterodirezione caratterizzato da una divisione gerarchica e parcellizzata del lavoro tipica dell'impresa industriale, quello della subordinazione-coordinamento, in cui la prestazione è «organizzata a rischio dell'imprenditore e la subordinazione si presenta nella sua espressione minima, cioè come semplice dipendenza o vincolo di disponibilità continuativa al controllo del datore» (Così E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *DLRI*, 2006, 1, qui 9). E ciò perché il codice civile non può esaurirsi in un tipo sociale normativo di lavoratore, coincidente con quello eterodiretto all'interno della fabbrica fordista, ma visualizza «nell'impresa e nelle sue varianti storiche ed economiche un modello o tipo sociale-normativo di organizzazione del lavoro e della attività produttiva» in cui colloca «il prestatore di lavoro subordinato quale debitore di un *facere* o attività personale organizzata in funzione dell'attività e, in definitiva, dell'interesse del datore di lavoro» (E. GHERA, op. cit., 24). Contro questa ricostruzione «aggiornata» della subordinazione sembra porsi, invece, una recente sentenza della Corte costituzionale (n. 76/2015) ove si legge che: «il potere direttivo, pur nelle multiformi manifestazioni che presenta in concreto a seconda del contesto in cui si esplica e delle diverse professionalità coinvolte, si sostanzia nell'emanazione di ordini specifici, inerenti alla particolare attività svolta e diversi dalle direttive d'indole generale, in una direzione assidua e cogente, in una vigilanza e in un controllo costanti, in un'ingerenza, idonee a svilire l'autonomia del lavoratore» (paragrafo 7.2).

quella costituzionale di una retribuzione proporzionata e sufficiente¹¹, che pure avrebbe potuto essere letta in combinato disposto con gli artt. 3 e 35 della Costituzione¹².

Il legislatore, invece, ha tendenzialmente preferito questa seconda strada, ma l'ha percorsa con passo decisamente incerto. Se in una fase di benessere economico e di espansione delle tutele ha riscritto l'art. 409 c.p.c. estendendo al lavoro parasubordinato sia la disciplina delle rinunce e transazioni di cui all'art. 2113 c.c. sia la tutela giurisdizionale differenziata, a seguito dei mutamenti economici e sociali inizialmente descritti non solo questa tendenza si è fermata, ma la citata norma processuale ha subito una eterogenesi dei fini e ha costituito il cavallo di troia per l'ingresso nell'impresa delle collaborazioni coordinate e continuative (anche) in sostituzione della subordinazione¹³. Dopo di che l'intervento normativo volto a riconoscere alcune garanzie fondamentali al lavoro autonomo si è sviluppato solo nella seconda decade del nuovo millennio e si è sostanziato in una serie di atti sporadici, certamente importanti, ma non a carattere sistematico. La legge n. 92/2012 estende di fatto la tutela dell'art. 36 Cost. al lavoro autonomo a progetto e, nello stesso anno, la disposizione costituzionale è espressamente richiamata nella legge sull'equo compenso dei giornalisti non subordinati¹⁴; nel 2017 la l. n. 81 introduce una disciplina essenziale,

¹¹ V. Cass. 12 dicembre 2001, n. 15661; Cass. 22 agosto 2001, n. 11210; Cass. 21 ottobre 2000, n. 13941; Cass. 9 ottobre 1998, n. 10064, in *GC*, 1999, I, 732; Cass., S.U., 28 agosto 1998, n. 8542; Cass. 18 febbraio 1997, n. 1459, in *NGL*, 1997, 309; Cass. 21 marzo 1996, n. 2420, in *NGL*, 1996, 506; Cass. 11 maggio 1991, n. 52911, in *DPL*, 1991, 1887; Cass. 26 luglio 1990, n. 7543, *DPL*, 1991, 62; Cass., S.U., 16 gennaio 1986, n. 224, in *FI*, I, 1573. Così anche la Corte costituzionale: v. C. cost. 24 luglio 1995, n. 365, in *NGL*, 1995, 529; C. cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *FI*, 1993, I, 2432; C. cost. 20 aprile 1989, n. 226, in *FI*, 1989, I, 2090. Invero la giurisprudenza della Consulta non è del tutto coerente, basti pensare all'estensione del diritto di sciopero ai lavoratori autonomi che effettuano una prestazione d'opera prevalentemente personale: C. cost., 17 giugno 1975, n. 222, *FI*, 1975, I, 1669.

¹² Cfr. M.G. GAROFALO, *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, cit., qui p. 448.

¹³ Sul punto v., per tutti, M.V. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *LD*, 1987, p. 41.

¹⁴ L'art. 1 della l. 233/2012 promuove, «in attuazione dell'art. 36 Costituzione», l'equità retributiva dei giornalisti con «rapporto di lavoro non subordinato», imponendo la coerenza retributiva con i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva nazionale per i giornalisti titolari di un rapporto di lavoro subordinato. L'impatto della disposizione citata non è stato di poco conto, tanto che ha dato vita a contrasti inter-

ma nient'affatto insignificante, per il lavoro autonomo non imprenditoriale¹⁵ e, da ultimo, il Capo V-*bis* inserito nella l. n. 81/2015 dal d.l. n. 101/2019 (conv. l. n. 128/2019) riconosce alcune importanti tutele per un'attività di lavoro che, oltre a non essere subordinata, non è neppure continuativa¹⁶.

Prima dell'ultimo citato intervento del legislatore, invece, l'ampio dibattito dottrinale sulla opportunità di ridefinire la nozione di subordinazione, dando rilevanza al fatto che il diritto del lavoro ha come riferimento sociale un soggetto che si trova in uno stato di inferiorità economica caratterizzata dalla destinazione ad altri del risultato produttivo e dalla prevalente estraneità dell'organizzazione alla sfera giuridica del prestatore¹⁷, non ha trovato accoglimento nei diversi in-

pretativi sul punto. In particolare, la Commissione per la valutazione dell'equo compenso istituita dalla stessa legge presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nell'interpretare la disposizione, ha ritenuto la stessa applicabile non a tutti i lavoratori autonomi, ma solo a quelli che presentino, sul piano concreto, «carattere economicamente dipendente e non sporadico» (Deliberazione del 29 gennaio 2014). Ora, tralasciando l'interpretazione data a tale disposizione – che peraltro mi pare discostarsi dalla lettera della legge, la quale utilizza il termine remunerazione, invece di retribuzione, e si riferisce a un rapporto di lavoro non subordinato, senza ulteriori specificazioni – rileva qui il fatto che una norma di legge abbia disciplinato il compenso di una particolare categoria di lavoratori autonomi allo scopo di dare attuazione a una norma costituzionale finora ritenuta applicabile al solo lavoro subordinato. Peraltro, seppur senza fare riferimento all'applicabilità dell'art. 36 Cost., la l. n. 92/2012 intervenendo sul lavoro a progetto aveva ancorato il corrispettivo alla retribuzione collettivamente fissata per il lavoratore subordinato comparabile, così di fatto riproponendo anche il requisito costituzionale della sufficienza della retribuzione (sul tema v. T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, 137, 1, che evidenzia la differenza con la formula utilizzata dall'art. 3 della l. n. 142/2001 per i soci di cooperativa).

¹⁵ Estendendo soprattutto la tutela previdenziale. Su questa normativa, per una lettura che si fonda sulla valorizzazione del lavoro come principio e valore fondante della Repubblica, v. G. COLAVITI, *"Fondata sui lavori". Tutela del lavoro autonomo ed equo compenso in una prospettiva costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018.

¹⁶ Su tutti questi aspetti si tornerà *infra*.

¹⁷ Il riferimento è al concetto di doppia alienità del lavoratore di cui alla nota sentenza della Corte costituzionale n. 30 del 5 febbraio 1996 (in *RCDL*, 1996, 616 ss.), relatore Luigi MENGONI. Qui si sottolinea che la subordinazione peculiare del rapporto di lavoro "è un concetto più pregnante e insieme qualitativamente diverso dalla subordinazione riscontrabile in altri contratti coinvolgenti la capacità di lavoro di una delle parti. La differenza è determinata dal concorso di due condizioni che negli altri casi non si trovano mai congiunte: l'alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata e l'alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce. Quando è integrata da

terventi di riforma, che pure hanno inciso sui confini dell'area protetta, pagando però una marcata logica antielusiva.

In tal senso, ad esempio, può essere letta, non senza qualche forzatura, l'introduzione del lavoro a progetto, che per quanto diretta a creare una fattispecie volta ad attribuire alcune tutele a rapporti non subordinati¹⁸, risponde soprattutto all'intenzione del legislatore di ar-

queste due condizioni, la subordinazione non è semplicemente un modo di essere della prestazione dedotta in contratto, ma è una qualificazione della prestazione derivante dal tipo di regolamento di interessi prescelto dalle parti con la stipulazione di un contratto di lavoro, comportante l'incorporazione della prestazione di lavoro in una organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo, essendo costituita per uno scopo in ordine al quale egli non ha alcun interesse (individuale) giuridicamente tutelato". La tesi è ben illustrata in L. MENGONI, *Contratto di lavoro e impresa*, 1971, ora in L. MENGONI, *Il contratto di lavoro*, a cura di M. NAPOLI, Vita e pensiero, 2004, p. 34 e ss. Essa non ha avuto grande seguito nella giurisprudenza di legittimità: v. Cass. 22 luglio 2019, n. 19657; Cass. 23 ottobre 2018, n. 26813; Cass. 16 gennaio 2007, n. 820. In dottrina recentemente, proprio per la capacità di tale nozione di tenere dentro i lavori generati dai moderni mutamenti organizzativi, v. M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclo fattorini*, in *LLI*, 2019, vol. 5, n. 2; G. DE SIMONE, *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, in *RGL*, 2019, I, 13; O. MAZZOTTA, *L'inefferabile etero-direzione: a proposito di ciclo fattorini e modelli contrattuali*, cit., p. 9. Il recente intervento della Corte Cost. n. 76/2015, di cui alla nt. 10, sembra andare in una direzione opposta, che si muove nella dimensione tipicamente tradizionale della subordinazione connotata da un pregnante potere direttivo.

¹⁸ L'introduzione del lavoro a progetto si colloca in quel dibattito dottrinale sull'opportunità di superare la binaria classificazione dei rapporti di lavoro attraverso l'introduzione di una categoria "centrale" tra il lavoro subordinato e quello autonomo a cui imputare alcune tutele, sdrammatizzando così la rigida alternativa tra il tutto e il niente. In tale ambito cfr. la proposta presentata al Convegno organizzato il 27 maggio 1996 a Roma su *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione ed autonomia* e illustrata in R. DE LUCA TAMAJO – R. FLAMMIA – M. PERSIANI, *Nuove forme di lavoro: documenti per un incontro di studio*, in *LI*, 1996, 75. Sul lavoro coordinato v. R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del lavoro coordinato*, in *ADL*, 1997, 41. Ricostruisce il lavoro a progetto come fattispecie intermedia tra autonomia e subordinazione M. PERSIANI, *Individuazione delle nuove tipologie tra autonomia e subordinazione*, in *ADL*, 2005, 1. Più diffusa è l'idea che si tratti di un sottotipo del contratto di opera caratterizzato dal progetto: tra i tanti v. G. SANTORO PASSARELLI, *Prime chiose sulla disciplina del lavoro a progetto*, in *ADL*, 2004, 27; E. GHERA, *Sul lavoro a progetto*, in *RIDL*, 2005, I, 193; V. PINTO, *La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti. A tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, 2006, 431. Per un esame delle diverse posizioni sia consentito il rinvio, anche per i riferimenti bibliografici, a V. NUZZO, *Le collaborazioni coordinate e continuative. Una lunga storia*, in *DLRI*, 2005, 251.

ginare la fuga dalla subordinazione, permettendo l'utilizzo di collaborazioni coordinate e continuative nei soli casi in cui sussista il nuovo (e ulteriore) requisito del progetto¹⁹. Lo scarno apparato di garanzie, la necessaria riconducibilità della prestazione all'elemento del progetto, la sanzione forte della presunzione assoluta di subordinazione sono tutti elementi che palesano come sulla preoccupazione garantista di riconoscere protezioni e diritti a chi collabora all'impresa è prevalso l'obiettivo di impedire pratiche elusive delle tutele del lavoro subordinato o distorsioni della concorrenza attuate attraverso una fittizia scelta tipologica. Proprio questo difetto genetico ha segnato i limiti di una regolamentazione su cui il legislatore è poi ripetutamente intervenuto, con aggiustamenti tesi a rafforzare l'apparato di tutele e a delimitare i confini della fattispecie, ma sempre guardando più allo sviluppo patologico delle collaborazioni, viste come fuga dai costi e dalle rigidità del lavoro subordinato, che al suo uso fisiologico, determinato dalle trasformazioni nelle modalità di organizzazione dell'impresa.

Anche a seguito dell'abrogazione del lavoro a progetto la finalità antielusiva si unisce a quella di estensione delle tutele (ma ancora in parte mortificando quest'ultima) nella disciplina dettata dall'art. 2 del d.lgs. 81/2015: la disposizione non modifica la nozione di subordinazione, ma estende il suo statuto protettivo a prestazioni esclusivamente personali, svolte nell'interesse durevole di altri e inserite in

¹⁹ Come ha efficacemente scritto D. GAROFALO, *Il lavoro parasubordinato tra esigenze di tutela e finalità antielusiva*, in Scritti in memoria di Giovanni Garofalo, Cacucci, 2015, 369: «la finalità antielusiva ha fagocitato quella di tutela del lavoratore parasubordinato» (qui 379). Ricostruisce l'intervento legislativo come volto a restringere l'area del lavoro autonomo coordinato all'impresa, così da provocare una riepansione della subordinazione, F. MARTELLONI, *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, Bologna, 2012. Sulla disciplina del lavoro a progetto, oltre agli autori già citati, si rinvia tra i tanti a M. BORZAGA, *Lavorare per progetti. Uno studio su contratti di lavoro e nuove forme organizzative d'impresa*, Padova, 2012; M. MARAZZA, *Il lavoro autonomo dopo la riforma del Governo Monti*, *ADL*, 2012, 875; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del lavoro a progetto*, *DRI*, 2013, 1; V. PINTO, *La nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, 199; L. MENGHINI, *Collaborazioni a progetto e lavoro autonomo economicamente dipendente: soluzioni occupazionali superate?*, in *Scritti in memoria di Giovanni Garofalo*, Bari, 2015, 601. M. PERSIANI, *Individuazione delle nuove tipologie tra autonomia e subordinazione*, in *ADL*, 2005, 1; G. SANTORO PASSARELLI, *Prime chiose sulla disciplina del lavoro a progetto*, in *ADL*, 2004, 27; E. GHERA, *Sul lavoro a progetto*, in *RIDL*, 2005, I, 193.

una organizzazione altrui che ne determina anche tempi e luoghi di esecuzione²⁰. Collaborazioni che, invero, sembrano già naturalmente situarsi più che nell'ambito del lavoro autonomo in quell'area che la giurisprudenza ha definito di subordinazione attenuata²¹. Sembra cioè più apparente che reale l'effetto di divaricare fattispecie e disciplina perseguito da un legislatore che si proponeva espressamente di estendere le tutele del lavoro subordinato oltre la fattispecie di riferimento a rapporti (evidentemente) non subordinati, ma per i quali il legislatore stesso aveva compiuto un giudizio di compatibilità con la disciplina e con gli interessi sottesi alla stessa. La disposizione, invece, ha "tranciato" l'universo delle collaborazioni coordinate, lasciando nell'area del lavoro autonomo (e quindi alla libera determinazione dell'autonomia contrattuale) quelle in cui vi è un mero coordinamento di tempi e/o luoghi con l'organizzazione imprenditoriale e riconducendo alle tutele inderogabili della subordinazione quelle ove l'etero-organizzazione condiziona "anche" (e quindi *più* de) le modalità spazio-temporali della prestazione²².

È indubbio che si sia trattato di un primo passo verso il superamento del rigido concetto di etero-direzione cui ricondurre le garanzie del lavoro, ma di più si sarebbe potuto fare, anche perché (come la dottrina non ha mancato di sottolineare) l'art. 2094 c.c. era già idoneo ad accogliere, accanto al modello subordinazione/eterodirezione ca-

²⁰ Tra i numerosissimi contributi apparsi all'indomani dell'introduzione dell'art. 2 del d.lgs. N. 81/2015 v. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE, n. 272/2015; L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, in WP CSDLE, n. 267/2015; G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3 c.p.c.*, in WP CSDLE, n. 278/2015, in part. p. 14 e ss.; O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in WP CSDLE, n. 266/2015; T. TREU, *In tema di jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in DLRI, 2015, p. 164; P. ICHINO, *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, in www.pietroichino.it; A. ZOPPOLI, *La collaborazione eteroorganizzata: fattispecie e disciplina*, in WP CSDLE, n. 296/2015.

²¹ Resta naturalmente più che necessario l'intervento legislativo, che riesce così a sottrarre l'applicazione della disciplina protettiva a probabili oscillazioni giurisprudenziali, anche in considerazione della citata sentenza della Corte costituzionale n. 76/2015 che ha ripreso una definizione tradizionale di potere direttivo.

²² Questa è la ricostruzione che ho già proposto in V. NUZZO, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in WP CSDLE, n. 280/2015, a cui mi sia consentito rinviare, anche per i riferimenti bibliografici.

ratterizzato da una divisione gerarchica e parcellizzata del lavoro tipica dell'impresa industriale, quello della subordinazione-coordinamento, in cui la prestazione è «organizzata a rischio dell'imprenditore e la subordinazione si presenta nella sua espressione minima, cioè come semplice dipendenza o vincolo di disponibilità continuativa al controllo del datore»²³.

Quel “di più” è stato fatto da questo Governo che, dopo aver cambiato il verde in rosso, è intervenuto sull'art. 2 modificando di fatto l'ambito di applicazione del diritto del lavoro.

2. L'originaria formulazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015: dall'etero-direzione all'etero-organizzazione

La riformulazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 avviene nell'ambito di un dibattito molto acceso in relazione non solo all'esegesi del testo precedente ma più in generale ai confini della materia e alla sua stessa anima.

Le diverse posizioni interpretative sono sostanzialmente riconducibili entro due prospettive: quella secondo cui la norma avrebbe agito solo sull'ambito di applicazione delle tutele, estendendole a figure lavorative estranee al vincolo di cui all'art. 2094 c.c., e quella secondo cui avrebbe invece modificato la stessa fattispecie di riferimento delle garanzie. Si è detto, semplificando all'estremo e con un uso chiaramente atecnico del linguaggio (ma particolarmente efficace), che si tratterebbe nel primo caso di una norma di disciplina²⁴ e nel secondo di una

²³ Così E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *DLRI*, 2006, 1, qui 9, che sottolinea come il codice civile visualizza «nell'impresa e nelle sue varianti storiche ed economiche un modello o tipo sociale-normativo di organizzazione del lavoro e della attività produttiva» in cui colloca «il prestatore di lavoro subordinato quale debitore di un *facere* o attività personale organizzata in funzione dell'attività e, in definitiva, dell'interesse del datore di lavoro» (qui p. 24).

²⁴ Cioè volta all'attrazione nell'alveo della disciplina apprestata per i contratti di lavoro subordinato di prestazioni di lavoro non eterodirette, ma “organizzate dal committente”, e ciò in una rinnovata tensione correttiva della sfasatura fattispecie-effetti nella direzione di un maggiore universalismo di tutele: così A. PERULLI, *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, in *LD*, 2015, n. 2, p. 259 e già Id, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, cit., che rileva tuttavia l'inadeguatezza dell'espressione “norma di disciplina” per

norma di fattispecie²⁵, ammesso che le prime possano esistere senza le seconde e viceversa. E anche tra chi adotta quest'ultima prospettiva si deve poi distinguere la posizione di chi ritiene che la nuova norma specifichi la nozione di subordinazione, collocandosi dunque *sull'*art. 2094 c.c.²⁶, e chi invece ricostruisce l'etero-organizzazione come una sorta di *tertium genus*, una fattispecie dunque diversa dalla subordinazione che ha sue caratteristiche e a cui, proprio per la sua specificità, dovrebbe applicarsi la disciplina del lavoro subordinato «non strettamente inerente al lavoro etero diretto», selezionando le tutele in ragione del grado di dipendenza²⁷.

Sulla questione è intervenuta la Suprema Corte che, pronunciandosi in relazione alle rivendicazioni delle tutele del diritto del lavoro da parte dei *riders* torinesi di *Foodora*, ha ricostruito l'art. 2 come norma di disciplina e ne ha valorizzato la portata antielusiva²⁸. Per scoraggiare «l'abuso di schemi contrattuali che a ciò si potrebbero prestare», le

la sua inconsistenza dogmatica (così nel commento alla Cassazione n. 1663/2020 su cui v. *infra*), che chiaramente si condivide e che, infatti, nel testo si usa come meramente riassuntiva di alcune posizioni dottrinali. Sull'espansione delle tutele v. anche S. GIUBBONI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo: commento al capo I della legge n. 81/2017*, in *DLRI*, 2017, n. 115, p. 471; T. TREU, *In tema di jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, 2015, 164.

²⁵ Per una ottima ricostruzione critica della questione si v. S. D'ASCOLA, *La collaborazione organizzata cinque anni dopo*, in *LD*, 2020, 1, p. 3, che inserisce la disposizione tra le norme di fattispecie volte a specificare disposizioni preesistenti.

²⁶ Nel senso di aggiornarne/specificarne la portata: v. O. MAZZOTTA, *Lo strano caso delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Labor*, 1-2, 2016, p. 7, secondo cui l'art. 2 collega a una fattispecie preesistente gli spazi che le sono propri; G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2016; G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre nell'impresa in via di trasformazione*, in *DRI*, 2017, 3, p. 774; R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza della Corte d'Appello di Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, in *LDE*, 1/2019, che parla di "impalpabile confine" tra art. 2, co.1 e art. 2094 c.c.

²⁷ Così L. ZOPPOLI, *I riders tra fattispecie e disciplina: dopo la sentenza della Cassazione n. 1663 del 2020*, cit., secondo cui il legislatore non definisce né "il grado di dipendenza (meno della subordinazione, ma non si sa quanto meno)", né "la disciplina protettiva, lasciando con buona evidenza a soggetti diversi (giudice, contrattazione collettiva) la possibilità di sanzionare le tutele predisposte per il lavoro subordinato vero e proprio con l'obiettivo di proteggere nuove figure sociali e comunque di non alimentare il bacino dei falsi lavori autonomi" (v. spec. par. 9).

²⁸ Cass. 24.1.2020, n. 1663, sulla quale v. i numerosi commenti su *Lavoro Diritti Europa*, 2020, n. 1, su cui si tornerà *infra*.

garanzie della subordinazione si applicano, secondo la Corte, anche a un lavoro che è giuridicamente autonomo ma in cui «l'etero-organizzazione, accompagnata dalla personalità e dalla continuità della prestazione, è marcata al punto da rendere il collaboratore comparabile ad un lavoratore dipendente», tanto da giustificare una «protezione equivalente e, quindi, il rimedio dell'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato» (punto 26).

Condivisibile negli esiti, la ricostruzione dell'art. 2 come disposizione antielusiva non convince, soprattutto con riferimento alla formulazione letterale della norma che, nella sua versione originaria, pur facendo riferimento all'etero-organizzazione in luogo dell'eterodirezione, considerava meritevoli di protezione «prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro». Una formulazione, questa, che più che diretta a descrivere lavoratori autonomi, sembra fotografare un concetto di dipendenza già espressa nel diritto vivente con la formula della prestazione inserita nel processo organizzativo secondo direttive di carattere meramente programmatico²⁹. Come delineata dal legislatore, infatti, l'etero-organizzazione si concretizza non in un mero coordinamento, ma nel potere del creditore di determinare le modalità di svolgimento, “anche” con riferimento a tempi e luoghi, della prestazione, ove l'espressione “anche” si presta a indicare una possibile ingerenza del committente “oltre” quella della sola determinazione spazio-temporale³⁰.

²⁹ Contra A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in WP CSDLE, n. 341/2017 che proprio partendo dalla lettera della legge ravvisa nella disposizione in esame “non già un intervento correttivo/manutentivo sull'art. 2094 c.c. (la collaborazione etero-organizzata non rientra nello schema idealtipico della subordinazione ex art. 2094 c.c.), bensì la giuridificazione di un indice (etero-organizzazione) finalizzato ad attrarre figure diverse dal lavoro subordinato standard, gravitanti nella soglia tra subordinazione e autonomia, che vengono ricondotte per l'effetto nell'area della subordinazione, senza essere tipologicamente qualificabili come tali”.

³⁰ La disposizione infatti non propone il requisito del coordinamento con l'organizzazione aziendale contenuto nell'art. 409 c.p.c., che si riferisce a un lavoro autonomo, ma specifica che le modalità di esecuzione dell'attività di lavoro personale devono essere “organizzate” dal committente “anche” con riferimento a luoghi e tempi. L'utilizzo di “anche” induce a ritenere che l'etero-organizzazione possa riguardare non “solo” tempi e luogo della prestazione, ma sia volta a determinare una ingerenza più

La definizione normativa richiama così quella giurisprudenza che più volte ha fatto riferimento alle «direttive impresse nell'organizzazione»³¹ ovvero all'attività «modellata sull'assetto organizzativo dato all'impresa dal datore di lavoro secondo le mutevoli esigenze di tempo e di luogo dell'organizzazione imprenditoriale»³² o ancora, come si è detto, a una subordinazione attenuata che si sostanzia in «direttive di ordine generale impartite dal datore di lavoro in funzione dei programmi cui è destinata la prestazione, per il perseguimento dei fini propri dell'impresa datrice di lavoro»³³. Questa elaborazione ha fronteggiato la progressiva perdita di pregnanza, a fini qualificatori, dell'elemento tipologico rappresentato dall'esercizio del potere direttivo e, più in generale, è stata una reazione allo «sfrangiamento» dei criteri definitivi³⁴, essendo la tipologia sociale del lavoro subordinato non più riassumibile, se mai lo fosse stata, nel concetto di eterodirezione³⁵. E peraltro se la subordinazione si esaurisse nell'eterodirezione come esercizio continuo e specifico del potere direttivo non si capirebbe come vi rientrerebbero i dirigenti o quei lavoratori altamente specializzati che il

pregnante nello svolgimento della collaborazione che investe «anche» le modalità di esecuzione dell'attività altrui. Ritengono invece che l'avverbio abbia valore esemplificativo M. DEL CONTE e O. RAZZOLINI, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile interpretazione della fattispecie degli indici denotativi*, in *DLRI*, 2018, p. 667; mentre lo interpreta come indicativo di una possibilità, nel senso cioè di rendere l'etero-organizzazione spazio-temporale come un'eventualità e non come una necessità A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, cit. *Contra*, V. SPEZIALE, *Prime osservazioni alla sentenza della Cassazione n. 1663 del 2020 sui riders*, in *LDE*, 2020, n. 1, il quale ritiene che la lettura dell'avverbio con valore semplificativo o di mera possibilità si scontri «con la formulazione linguistica della disposizione», per la quale l'organizzazione non deve riguardare soltanto il tempo e il luogo ma «anche» qualcosa d'altro.

³¹ Cass. n. 9196/2014, riferita al lavoro dirigenziale, e ivi altri riferimenti giurisprudenziale dello stesso tenore.

³² Così Cass. 15 giugno 2009, n. 13858 e più recentemente Cass. 10 maggio 2016, n. 9463.

³³ V. la giurisprudenza citata in nota 10.

³⁴ TREU, *In tema di jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, cit.

³⁵ Non posso soffermarmi in questa sede sui problemi interpretativi legati al concetto di eterodirezione, per i quali rinvio al recente saggio, evocativo già nel titolo, di O. MAZZOTTA, *L'ineffabile etero-direzione: a proposito di ciclo fattorini e modelli contrattuali*, cit. e a quello di M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclo fattorini*, cit., anche per una panoramica della giurisprudenza, non solo nazionale, che evidenzia i limiti della classica configurazione della subordinazione come eterodirezione di barassiana memoria.

datore può al massimo indirizzare a un proprio fine³⁶. Essa, invece, è un «contenitore talmente ampio da ricomprendere al proprio interno sia l'attività dell'umile manovale che quella dell'alto dirigente»³⁷.

Per queste ragioni si ritiene che l'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 non abbia allargato il campo di applicazione delle tutele a fattispecie eccentriche rispetto alla subordinazione, così come invece sostenuto dalla Suprema Corte, ma si sia limitato a specificare/aggiornare la definizione dell'art. 2094 c.c. attraverso indicatori legali più moderni ed affidabili rispetto a quelli individuati dalla norma codicistica, ormai dotati di scarsa qualità definitoria «o perché legat[i] a modi di essere della prestazione ormai superati, o perché comun[i] ad altri contratti in cui è implicato il lavoro o perché rinv[engono] al di fuori dei dati giuridici e direttamente nella realtà sociale gli elementi di distinzione»³⁸.

Questo tuttavia non significa affatto che la disposizione non abbia prodotto alcun effetto giuridico, come pure è stato autorevolmente sostenuto proprio sottolineando la possibile sovrapponibilità del concetto di etero-organizzazione con quello di etero-direzione³⁹. Nel

³⁶ Cfr. qui chiaramente O. MAZZOTTA, *Lo strano caso delle collaborazioni organizzate dal committente*, cit., p. 9, secondo cui il potere direttivo tracima inevitabilmente «in un mero potere di organizzazione in tutte quelle situazioni in cui il lavoratore è portatore di un proprio bagaglio di conoscenze ignoto al datore che quindi non può dare direttive stringenti sulla prestazione». In questi casi «la subordinazione si riduce nell'organizzare la prestazione coordinandola con quella di altri» e il potere direttivo si consuma ne «l'inserimento nell'organizzazione aziendale».

³⁷ O. MAZZOTTA, *Lo strano caso delle collaborazioni organizzate dal committente*, cit., p. 10.

³⁸ O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2002, p. 46. Ritiene invece assolutamente non sovrapponibile il potere di etero-organizzazione rispetto a quello di direzione, neppure in una sua più ampia e lata concezione, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, cit., secondo cui sarebbe diversa l'incidenza delle due situazioni giuridiche rispetto all'oggetto della obbligazione e che dunque identifica una ulteriore sottocategoria di lavoro parasubordinato, rivolto alla prestazione di una attività svolta secondo modalità etero-organizzate.

³⁹ Il riferimento è alla ricostruzione dell'art. 2 come norma apparente: v. P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015. Una norma apparente?*, in *ADL*, 2015, 6, p. 1129, secondo cui la formulazione dell'art. 2 «in termini precettivi è privo di efficacia propriamente normativa. Al più esso si risolve in un intervento di sostegno, a latere dell'art. 2094 c.c. dell'approccio pragmatico della giurisprudenza». Questa interpretazione è stata accolta dal Tribunale di Torino che si è pronunciato sulla vicenda dei cicofattorini di Foodora: Trib. Torino 7.5.2018, in *RIDL*, 2018, II, 283, con nota di P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig economy*, v. an-

momento in cui il legislatore interviene a specificare che la fattispecie di riferimento per l'applicazione delle tutele è la subordinazione/etero-organizzazione, egli sta indubbiamente producendo un effetto nel sistema giuridico perché traspone in una norma – e quindi positivizza – quell'allargamento dei confini della subordinazione che la giurisprudenza ha percorso, ma che in un ordinamento di *civil law* è rimasta affidata alla sensibilità dell'interprete. Con l'introduzione dell'art. 2, invece, il legislatore modifica l'ambito di applicazione delle tutele attraverso un "aggiornamento" del modello normativo subordinazione-eterodirezione, troppo legato a una divisione gerarchica e parcellizzata del lavoro tipica dell'impresa industriale, che muta in quello della collaborazione organizzata dall'imprenditore per la realizzazione di un suo interesse, ove la subordinazione è nella sua espressione minima (o "attenuata"), cioè è nell'inserimento continuativo in una organizzazione altrui che incide sulla prestazione conformandola all'interesse datoriale. Di conseguenza può dirsi superato quell'orientamento che ha continuato a imporre la necessità di una valutazione sulla intensità del potere datoriale. Alla verifica sulla "quantità" di potere può sostituirsi quella sulla sua esistenza, pure implicita: "sintomo" di subordinazione è la possibilità stessa di organizzare il lavoro, anche indirettamente, attraverso l'inserimento funzionale nell'organizzazione produttiva, e dunque prescinde dall'accertamento (dagli esiti quanto mai incerti) sulla specificità (o sul grado di specificità) delle direttive impartite dal datore⁴⁰.

che M. BIASI, *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di Foodora*, in *ADL*, n. 4-5, 2018, 1227 ss.; M. DEL CONTE, O. RAZZOLINI, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *DLRI*, 2018, 159, 3, 673 ss. Su tale vicenda si tornerà *infra*.

⁴⁰ In linea peraltro con quanto succede Oltralpe, ove l'eterodirezione ha nel tempo dismesso i caratteri di criterio privilegiato e, complice la mancanza di una definizione legale di subordinazione, la giurisprudenza ha dato rilevanza al fatto che l'attività sia integrata in una organizzazione altrui: v. P. LOKIEC, *Il fauts auver le droit du travail*, Paris, 2015, che spiega come il concetto chiave sia quello del "potere", precisamente il potere di una persona privata di imporre la sua volontà ad un'altra persona. Tant'è che sono finiti nel campo di applicazione del diritto del lavoro anche i partecipanti a un reality in quanto obbligati, seppure in un contesto ludico, a rispondere a delle interviste, a realizzare delle prove o coreografie imposte, a sottomettersi all'occhio delle videocamere, e impossibilitati a lasciare le riprese senza incorrere in un licenziamento (Cass. Soc. 24 aprile 2013, n. 11-19091/11-19168 con riguardo ai partecipanti al *Reality Show l'île de la Tentation*).

Se la ricostruzione dell'art. 2 come norma diretta a incidere sulla qualificazione del rapporto di lavoro è qui proposta già con riferimento alla sua originaria formulazione, essa va ribadita (e risulta rafforzata) a seguito dell'intervento del legislatore che ha riscritto tale disposizione con l'art. 1 del d.l. 6 agosto 2019, n. 101/2019, recante «disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e per la risoluzione di crisi aziendali», modificato sul punto dalla legge di conversione approvata, dopo la crisi di Governo dello scorso agosto, il 2 novembre 2019.

3. Il caso dei *riders* e la riscrittura dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015

La riscrittura dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 non è solo figlia del mutamento della maggioranza di Governo del settembre 2019. Prima ancora essa si colloca dentro l'esplosione del dibattito pubblico, politico e scientifico sui mutamenti dei modelli di organizzazione del lavoro indotti dal mercato digitale di beni e servizi, nonché sull'inadeguatezza del sistema di imputazione delle garanzie lavoristiche, di cui sono stati detonatori (più o meno) consapevoli i *riders* delle piattaforme di *food-delivery*, divenuti in Italia simbolo delle nuove forme di sfruttamento del lavoro connesse alla *gig economy*.

Nel lavoro per le piattaforme digitali si accentua la tendenza, già emersa in altri settori, a configurare il lavoratore come “imprenditore di se stesso”⁴¹. Esattamente come nel film di Loach il lavoratore è considerato come un soggetto che «beneficia di libertà e capacità di scelta tali da renderlo protagonista del proprio percorso professionale»⁴² e la sua sottomissione ai poteri di chi detiene la struttura produttiva è apparentemente limitata all'organizzazione delle prestazioni in obiettivi o *tasks*.

⁴¹ Tendenza che si registra già a partire dagli anni '80, con lo sviluppo di una forma di neoschumpeterianesimo che contribuirà all'affermarsi del concetto di “società imprenditoriale”, ma che poi è stato amplificata, trent'anni più tardi, dal ruolo delle grandi organizzazioni internazionali e intergovernamentali. L'Ocse e l'Ue, ad esempio, pur senza riferirsi esplicitamente ai luoghi di elaborazione del discorso su individualismo-impresa universale, hanno costituito dei potenti amplificatori di questa concezione, per la quale ognuno è imprenditore di sé e da sé (in proprio). Sul tema v., per tutti, P. DARDOT, C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo*, Roma, 2013, qui pp. 207-215.

⁴² Così A. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bologna, 2019, qui p. 114, cui si rinvia per un esame del lavoro veicolato dal web.

L'immaterialità della piattaforma digitale e il suo illusorio ruolo di mero mediatore con i clienti, le indicazioni provenienti da un App scaricata sul proprio cellulare, il controllo celato in un algoritmo, la proprietà dei mezzi utilizzati per svolgere l'attività (il veicolo e il telefono mobile) e la considerazione dell'attività stessa come di un "lavoretto" saltuario sono elementi che hanno contribuito a lasciare fuori dal campo di applicazione del diritto del lavoro, in un'area di autoimprenditorialità spesso fittizia, tanto la c.d. logistica dell'ultimo miglio (ossia i fattorini di piattaforme come *Deliveroo*, *Foodora*, *Glovo*) che gli autisti di Uber⁴³. Se questi ultimi hanno reclamato l'appartenenza all'area protetta dando vita, in diverse parti del mondo, a un importante contenzioso approdato anche alla Corte di giustizia⁴⁴, in Italia, ove tuttora si registra una scarsa diffusione di Uber, sono stati i *riders* delle *food-delivery companies* i protagonisti assoluti sia di vere e proprie proteste sindacali⁴⁵ sia della rivendicazione giudiziale delle garanzie la-

⁴³ La letteratura sulle piattaforme digitali è amplissima: tra i tanti v. Aa.Vv., *Il lavoro nelle piattaforme digitali*, *Quaderni di RGL*, 2017, n. 2; P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017; A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Padova, 2018; P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella Gig-Economy*, in *RIDL*, 2018, I, 294 ss.; R. VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in *WP CSDLE*, n. 336/2017; A.M. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, cit.; E. RAIMONDI, *Il lavoro nelle piattaforme digitali e il problema della qualificazione della fattispecie*, in *LLI*, v. 5, n. 2, 2019.

⁴⁴ C. giust., grande sezione, 20.12.2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL*, in *DLM*, 2018, 2, p. 335 con nota di M. DELFINO, *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra tradizione e innovazione: il caso Uber*; C. giust., grande sezione, 10.4.2018, C-320/16, *Uber France SAS*. Quanto invece ai Tribunali stranieri v., tra le tante pronunce, Vara do Trabalho de Belo Horizonte 14.2.2017, in *RIDL*, 2017, II, 560 nt. PACELLA, *Lavoro e piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica subordinato il rapporto tra Uber e gli autisti*; London Employment Appeal Tribunal 10.11.2017, in *DRI*, 2018, 3, 977, nt. DE LUCA, *Uber: ormai è un assedio. Prospettive future sul diritto del lavoro nella gig economy alla luce della sentenza della Corte d'Appello di Londra*; Trib. Valencia 1.6.2018, n. 244/2018, in *LLI*, 2018, 67, nt. PACELLA, *Alienità del risultato, alienità dell'organizzazione: ancora una sentenza spagnola qualifica come subordinati i fattorini di Deliveroo*. Sugli esiti contrastanti di questo contenzioso e per una più generale analisi comparata del problema si rinvia ai numerosi contributi pubblicati in *LLI*, v. 5, n. 1, e in particolare ai saggi di E. DOCKÉS, E. COLÀS-NEILA, J. LEAL AMADO e T. COELHO MOREIRA, M. NOVELLA, M. MARRONE, A. BAYLOS GRAU, G. PACELLA, V. PIETROGIOVANNI.

⁴⁵ Il 15 luglio 2017 a Milano i lavoratori di *Deliveroo* sono scesi in piazza per protestare contro la gestione dei turni e la qualificazione dei loro contratti come di lavoro

voristiche⁴⁶, che hanno riportato al centro del dibattito la questione del fondamento delle tutele e della loro graduazione.

In particolare, la vertenza avviata dai rider torinesi di *Foodora* contro la nota piattaforma di *food-delivery*, che ha prodotto diverse soluzioni interpretative per ogni grado di giudizio, è stata emblematica non solo delle differenti possibili costruzioni del presupposto giuridico-fattuale delle tutele che l'ordinamento riconosce ai lavoratori, ma anche dei contrasti ideologici e delle divaricazioni valoriali che periodicamente si scaricano sulla configurazione o sulla riconfigurazione della fattispecie centrale⁴⁷.

I ciclofattorini chiedevano i diritti della subordinazione rilevando come la loro prestazione fosse inserita nell'ambito di una organizzazione imprenditoriale che attraverso un'*App* indica al rider dove recarsi a ritirare il cibo, dove portarlo ed entro quanto tempo (si direbbe tempi e luoghi della prestazione). Ma non solo, perché l'*App* può controllare sia il percorso del lavoratore (tramite la geolocalizzazione) sia il gradimento del servizio reso al cliente (con la valutazione degli utenti), così da consentire eventualmente alla piattaforma di sanzionare l'inadempimento o lo scarso gradimento con un punteggio che rileva nell'assegnazione delle future consegne e persino ai fini della disattivazione dell'*account*⁴⁸. Di contro il rider è libero di decidere l'*an* della prestazione, potendo egli rifiutare gli *slot* proposti dalla committente

autonomo, rifiutandosi compatti di "mettersi a disposizione" in quella giornata. Sullo sciopero di Milano v. L. BARATTA, "Alza la bicicletta al cielo!": i fattorini di *Deliveroo* scioperano a Milano, in *linkiesta.it*. Davvero interessante è poi l'esperienza di Riders Union Bologna, su cui v. F. MARTELLONI, *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali corrono su due ruote*, in *LLI*, vol. 4, n. 1, 2018.

⁴⁶ Trib. Torino 7.5.2018, cit.; Trib. Milano 10.9.2018, in *RGL*, II, 2019, p. III ss., con commento di C. SPINELLI, *Riders: anche il Tribunale di Milano esclude il vincolo di subordinazione nel rapporto lavorativo*; App. Torino, 4.2.2019, n. 26, in *RIDL*, 2019, II, p. 340 con note di M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada... sulle ruote dei riders di Foodora*, e R. DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*; in *RGL*, 2019, II, con nota di U. CARABELLI, C. SPINELLI, *La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*; in *questionegiustizia.it* con nota di F. MARTELLONI, *La Corte di Appello di Torino tira la volata ai riders di Foodora*. Da ultimo Cass. 24.1.2020, n. 1663, cit.

⁴⁷ L. ZOPPOLI, *I riders tra fattispecie e disciplina: dopo la sentenza della Cassazione n. 1663 del 2020*, in corso di pubblicazione in *MGL*, qui pp. 1 e 2 del dattiloscritto.

⁴⁸ Sulla rilevanza del gradimento dei clienti sia consentito il rinvio a V. NUZZO, *Customer satisfaction e contratto di lavoro subordinato*, in *DLRI*, 2020, p. 27.

(non certo però a cuor leggero, considerando che i rifiuti incidono sul punteggio suddetto e possono, in una certa quantità, interrompere il rapporto).

Se parte della dottrina ha visto nel lavoro dei ciclofattorini tutti gli elementi della subordinazione, ivi compresi quelli legati «alle consuetudini interpretative più restrittive, che identificano la subordinazione con l'eterodirezione»⁴⁹, anche quella di stampo tayloristico⁵⁰, altra parte ha ritenuto ogni tentativo di riconduzione di tali soggetti al mondo del lavoro subordinato come volto «a mettere le braghe alla storia»⁵¹ e, pur riconoscendo una disparità contrattuale, l'ha ritenuta comune a molte declinazioni del lavoro autonomo di seconda o terza generazione⁵². In mezzo c'è chi ravvisa in questo particolare assetto d'interessi una mera dipendenza economica che non consentirebbe di applicare, in linea di massima, né l'art. 2094 c.c. né l'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015⁵³ e chi invece sottolinea l'interferenza dell'organizzazione sull'attività di lavoro che, pur non cancellandone l'autonomia, consente di estendere ai sensi dell'art. 2 le tutele della subordinazione⁵⁴.

Questa diversità di orientamenti si è prodotta anche nella giurisprudenza.

Sulla questione sollevata dai *riders* di *Foodora*, il Tribunale di Torino si è pronunciato il 7 maggio 2018 qualificandoli come lavoratori autonomi, né etero-diretti né etero-organizzati, peraltro in una ricostruzione in cui la seconda ipotesi diventa perfettamente sovrapponibile alla prima. Sposando la tesi proposta dal prof. Tosi, legale della

⁴⁹ M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclo fattorini*, cit., p. 22, che richiama la giurisprudenza sulle agenzie ippiche e, in particolare, Cass. n. 3457/2018 in cui la Corte ha espressamente affermato che la libertà di accettare o non accettare l'offerta e di presentarsi o non presentarsi al lavoro e senza necessità di giustificazione sarebbe un elemento esterno al contratto di lavoro e non inciderebbe sulla natura del rapporto; A. CONSIGLIO, *Il lavoro nella digital economy: prospettive su una subordinazione inedita?*, in *LLI*, 2018, 4, 1, p. 87; VOZA, *op. cit.*, p. 73.

⁵⁰ P. TULLINI, *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomi e capitalismo delle piattaforme*, cit., p. 171

⁵¹ G. BRONZINI, *Economia della condivisione e lavoro autonomo: una prospettiva europea*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomi e capitalismo delle piattaforme*, cit., p. 7.

⁵² C. SMORTO, *La tutela del contraente debole nella platform economy*, in *DLRI*, 2018, 423 ss.

⁵³ E. RAIMONDI, *op. cit.*, p. 72.

⁵⁴ Così A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, cit.

piattaforma, il giudice ha infatti ricostruito l'articolo 2 come "norma apparente", ovvero come disposizione incapace di produrre effetti nell'ordinamento giuridico, in quanto non farebbe che descrivere in forma diversa le caratteristiche della subordinazione di cui all'articolo 2094 c.c.⁵⁵. Questa ricostruzione è però capovolta dalla Corte di Appello⁵⁶ che opportunamente rileva come ad ogni norma di legge vada assegnato un contenuto precettivo, sicché al giudice spetti sempre privilegiare, in presenza di disposizioni suscettibili di diverse interpretazioni, quella che è in grado di conferirle senso e funzione nel sistema giuridico⁵⁷. La Corte ritiene così che l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 non descriva una fattispecie coincidente con il lavoro subordinato, ma introduca un *tertium genus* tra l'art. 2094 c.c. e il lavoro autonomo coordinato e continuativo di cui all'art. 409, n. 3 a cui il legislatore ha inteso estendere le tutele lavoristiche. Non però tutte le tutele: i giudici di appello, ribadendo la natura autonoma dell'attività dei ciclofattorini impegnati nella consegna di cibo a domicilio, ritengono che l'estensione di disciplina operata dall'art. 2 non possa essere integrale, ma debba essere selettiva, implicando una valutazione di compatibilità con la natura non subordinata di tali rapporti.

Ancora diversa, almeno parzialmente, è l'interpretazione dell'art. 2 del d.lgs. 81/2015 data dalla Corte di cassazione⁵⁸. I giudici di legittimità ritengono, al pari dei giudici di appello, che i *riders* siano lavoratori autonomi, in quanto liberi di rifiutare le singole chiamate⁵⁹, e che in considerazione dell'organizzazione della loro prestazione da parte della piattaforma ricorrano gli estremi per l'applicazione delle tutele del lavoro subordinato, ma escludono che il lavoro etero-organizzato sia un nuovo *genus* da incuneare tra autonomia e subordinazione

⁵⁵ Cfr. P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015. Una norma apparente?*, cit., p. 1129.

⁵⁶ App. Torino, 4.2.2019, n. 26, cit.

⁵⁷ «Al pari – dice la Corte – di quanto l'art. 1367 c.c. prescrive per il contratto, stabilendo che, nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno».

⁵⁸ Cass. 24.1.2020, n. 1663, cit.

⁵⁹ Sul punto v. già nota 49. Peraltro si può qui aggiungere che anche la tipizzazione del contratto di lavoro intermittente dimostra palesemente come la libertà di accettare o meno le occasioni di lavoro offerte dal datore di lavoro sia perfettamente compatibile con la natura subordinata del rapporto. Sul punto v. sempre M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclo fattorini*, cit., p. 22.

«contraddistinto da una propria identità, sia a livello morfologico, che funzionale e regolamentare». Anzi, secondo la Corte non ha proprio senso interrogarsi sulla natura di queste forme di collaborazione, perché rileva il sol fatto che l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme connesse al contratto previsto dall'art. 2094 c.c. anche a rapporti in cui «l'etero organizzazione, accompagnata dalla personalità e dalla continuità della prestazione, è marcata al punto da rendere il collaboratore comparabile ad un lavoratore dipendente» e dunque bisognoso di «una protezione equivalente». Il legislatore avrebbe cioè disegnato una “norma di disciplina”⁶⁰, avente una chiara funzione “antielusiva”: essa valorizza “indici fattuali” (personalità, continuità, eteroorganizzazione) al fine di estendere (tutta) la disciplina del lavoro subordinato a quelle forme di lavoro che sono nella “zona grigia” tra autonomia e subordinazione. Non condividendo la tesi del *tertium genus*, la Corte coerentemente esclude la necessità/possibilità di una selezione o modulazione delle tutele sulla base delle diverse esigenze di protezione: l'articolo 2, affermano i giudici di legittimità, «non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile, che non potrebbe essere affidata *ex post* alla variabile interpretazione dei singoli giudici». Una diversa interpretazione, d'altronde, quale quella proposta dai giudici di appello, avrebbe un chiaro costo in termini di certezza del diritto, affidando all'arbitrio valutativo del giudice il perimetro delle tutele da estendere. Si deve invece ritenere che la mancata previsione nel primo comma dell'art. 2 di una valutazione di compatibilità fattispecie/tutele indica una chiara opzione legislativa per l'applicabilità “in blocco” della disciplina del rapporto di lavoro subordinato: le collaborazioni etero-organizzate devono cioè essere integralmente equiparate, *quoad effectum*, alla subordinazione in senso stretto, «fatti salvi, semmai, i soli vincoli consustanziali allo stato di soggezione gerarchica all'altrui potere dei (soli) subordinati, come il vincolo d'obbedienza (art. 2104, comma 2, cc)»⁶¹. E probabilmente ad essi si riferiscono i giudici di legittimità quando ritengono di non poter escludere «situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese

⁶⁰ Così espressamente l'ha definita la stessa Corte di Cassazione: v. paragrafo 25.

⁶¹ Così F. MARTELLONI, *La Corte di Appello di Torino tira la volata ai riders di Foodora*, cit.

nell'ambito dell'art. 2094 cod. civ.»⁶². Ogni altra lettura, infatti, sarebbe chiaramente in contraddizione con la precedente (e condivisibile) affermazione dell'unitarietà della disciplina ove non diversamente disposto dal legislatore.

La sentenza della Suprema Corte, dunque, scartando sia l'ipotesi della norma apparente che del *tertium genus*, assegna al lavoro etero-organizzato dei rider tutte le tutele della subordinazione, sottolineando come sia proprio «l'evidente asimmetria tra committente e lavoratore» a esigere «un regime di tutela più forte, in funzione equilibratrice» (paragrafo 60). Nel pervenire a un esito certamente condivisibile, ricostruisce l'art. 2 come norma volta ad estendere le tutele della subordinazione a prestazioni non subordinate in cui, però, «l'etero-organizzazione, accompagnata dalla personalità e dalla continuità della prestazione, è marcata al punto da rendere il collaboratore comparabile ad un lavoratore dipendente» e quindi bisognoso di una «protezione equivalente» (punto 26).

Tale ricostruzione non appare, tuttavia, del tutto convincente, poiché depotenzia la profonda innovazione di sistema determinata dall'introduzione dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015. La disposizione, nella formulazione originaria giunta al vaglio dei Giudici di legittimità e, più ancora, nella sua attuale versione, nota alla Corte (che, difatti, la richiama in motivazione), proietta chiaramente il diritto del lavoro italiano «oltre la subordinazione»⁶³.

⁶² Il richiamo all'incompatibilità ontologica è stato letto con preoccupazione da quanti l'hanno considerato come una apertura a un possibile attivismo interpretativo diretto a una applicazione selettiva delle tutele: v. in tal senso A. PERULLI, *La prima pronuncia della Corte di cassazione sull'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015: una sentenza interlocutoria*, in *LDE*, 2020, n. 1, par. 5. Ne propone una diversa lettura L. ZOPPOLI, *I riders tra fattispecie e disciplina: dopo la sentenza della cassazione n. 1663 del 2020*, cit., secondo cui l'affermazione della Suprema Corte mette in campo una fattispecie discreta di tutele che non è ricavata dal legislatore ma proprio dall'ontologicamente compatibile. Evitando di liquidarla come mero *obiter dictum*, per L. ZOPPOLI il riferimento all'ontologicamente incompatibile può essere letto come «un rinvio ampio alla "dimensione fattuale" pre o extra-giuridica: cioè a una dimensione imprescindibile anche per il giurista, ma che al giurista del lavoro non può non generare massima inquietudine ed incertezza. Inquietudine perché l'ontologico si individua – e se ne misura la compatibilità – con logiche e parametri che non sono né solo né prevalentemente giuridici», il cui utilizzo apre «una finestra molto ampia su un panorama dove si vedono il "lavoro apolide" e tanti bisogni di tutele, ma anche infinite differenze che possono rendere incompatibili molte tutele previste per il classico lavoro subordinato».

⁶³ Così efficacemente L. ZOPPOLI, *I riders tra fattispecie e disciplina: dopo la sen-*

In particolare, la legge n. 128 del 2019 ha agito in due direzioni: ha modificato i connotati della fattispecie di cui all'art. 2, co.1, del d.lgs. n. 81/2015, eliminando gli elementi restrittivi e prevedendo espressamente la sua applicabilità al lavoro prestato per piattaforme digitali, e al contempo ha introdotto nel testo del d.lgs. n. 81/2015 un Capo V-*bis* che prevede una disciplina minima di tutela per i lavoratori autonomi che svolgono attività occasionale di consegna di beni per conto altrui mediante l'impiego di piattaforme digitali.

Rinviando ai paragrafi successivi la trattazione di questo secondo aspetto, è opportuno qui soffermarsi sul nuovo testo dell'art. 2, comma 1, ove è ora previsto che le tutele della subordinazione si applicano «ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente». Precisando, nello stesso comma 1, che «le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali».

Rispetto alla versione precedente il nuovo primo comma dell'art. 2 contiene tre importanti innovazioni: in luogo della natura esclusivamente personale della prestazione si prevede che essa possa essere anche solo prevalentemente personale, con formula analoga a quella dell'art. 409 c.p.c.; viene meno la previsione che il committente possa organizzare le modalità di esecuzione della prestazione «anche con riferimento a tempi e luoghi» ed infine è specificato che tale (etero) organizzazione possa avvenire «mediante piattaforme anche digitali».

L'influenza della vicenda dei *riders* sulla novella è evidente a partire dalla precisazione di cui all'ultimo periodo del comma 1, decisamente superflua: nessuno ha infatti mai dubitato che le tutele della subordinazione potessero spettare anche in caso di lavoro mediato da una piattaforma. La puntualizzazione, dunque, vuole solo enfatizzare tale applicabilità, peraltro chiarendo, per questa via, che l'introduzione di una disciplina minimale destinata ai soli *riders* occasionali nel Capo V-*bis* del d.lgs. n. 81/2015 non esclude affatto che per i ciclofattorini trovi applicazione, di regola, il regime previsto dall'art. 2.

Risente, poi, della medesima vicenda pure la previsione che l'atti-

tenza della cassazione n. 1663 del 2020, cit., qui parafrasando il titolo del saggio di A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in WP CSDLE, n. 410/2020.

vità sia (non esclusivamente, ma) «prevalentemente personale», che è certamente l'innovazione più dirompente apportata dal legislatore⁶⁴. Se l'esclusività dell'apporto personale imponeva che la prestazione fosse svolta esclusivamente dal debitore e che fosse irrilevante l'impiego di mezzi personali⁶⁵, la previsione della sola prevalente personalità ammette l'apporto residuale di mezzi rispetto allo svolgimento dell'attività personale e, dunque, ad esempio, il possesso della bici o del motorino per la consegna di cibo a domicilio. L'intenzione del legislatore storico è stata, probabilmente, proprio quella di impedire che il possesso del telefonino e della bicicletta ostacolasse l'estensione delle tutele lavoristiche ai ciclofattorini delle piattaforme digitali. Tuttavia così facendo il legislatore ha esteso il campo di applicazione delle tutele forti ben oltre la classica elaborazione in tema di subordinazione⁶⁶. È indubbio, infatti, che la ragione occasionale alla base dell'intervento non ne possa circoscrivere la rilevanza e che dunque la previsione travalichi i confini del lavoro dei *riders* per assurgere a principio generale⁶⁷. Di conseguenza saranno da ricondurre entro il perimetro dell'art. 2 anche quelle attività in cui il prestatore operi con collaboratori e/o disponga dei mezzi di produzione. Purché naturalmente si tratti di mezzi limitati e di collaboratori il cui apporto non escluda una netta prevalenza dell'attività del lavoratore etero-organizzato o, meglio, in cui persista la «prevalente estraneità dell'organizzazione alla sfera giuridica del prestatore»⁶⁸.

Alla previsione della personalità solo prevalente della prestazione si unisce poi, sempre nella direzione di un ampliamento dei confini del lavoro etero-organizzato quale oggetto del campo di applicazione del-

⁶⁴ Così O. MAZZOTTA, *L'inefferabile etero-direzione: a proposito di ciclo fattorini e modelli contrattuali*, cit., p. 22.

⁶⁵ Sul requisito della personalità v. M. PEDRAZZOLI, *Opera (prestazioni coordinante e continuative)*, in *AppNDI*, 1986, V, p. 472, al quale si rinvia per l'analisi delle conseguenze della variabile intensità del carattere "esclusivamente" personale della prestazione.

⁶⁶ Fermo restando che, come ha sottolineato M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, cit., p. 43, «quando si parla di prestazioni di lavoro prevalentemente personali si intende cosa differente dal lavoro prevalentemente proprio di cui all'art. 2222 c.c.».

⁶⁷ O. MAZZOTTA, *L'inefferabile etero-direzione: a proposito di ciclo fattorini e modelli contrattuali*, cit., 22.

⁶⁸ Così M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, cit., p. 6, che fa proprio l'esempio di quanti siano proprietari del veicolo o del telefono mobile attraverso cui svolgono la loro prestazione.

le garanzie lavoristiche, la cancellazione del riferimento alla possibilità di organizzare “anche” tempi e luoghi, che aveva dato adito a interpretazioni restrittive della disposizione⁶⁹. L’eliminazione dell’inciso implica una differente nozione di etero-organizzazione, che non somiglia alla eterodirezione perché può risolversi anche solo nell’inserimento funzionale in una organizzazione altrui. Si è giustamente detto, in proposito, che si tratta di una attività «formattata dalla stessa organizzazione»⁷⁰, che dunque si distingue dalla subordinazione perché può non essere esclusivamente personale e può non necessitare di una intermediazione gerarchico-direttiva e, contemporaneamente, si distingue dal lavoro autonomo o dal coordinamento di cui al l’art. 409, n. 3, c.p.c. perché permane un potere unilaterale del creditore volto a coordinare la prestazione alla sua organizzazione e al suo risultato produttivo.

4. L’interpretazione dell’art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 come norma di fattispecie. La modifica dell’ambito di applicazione del diritto del lavoro

L’art. 2, comma 1, del d.lgs. 81/2015 disegna una fattispecie dai confini ben più ampi di quelli della subordinazione, in cui hanno trovato posto tutte quelle forme di collaborazione continuativa e personale all’impresa caratterizzate dall’inserimento nell’organizzazione altrui: una integrazione che evidentemente indica, per il legislatore, la permanente sussistenza di un potere unilaterale del titolare dell’organizzazione idoneo a incidere sulle modalità di adempimento dell’altra parte e che diviene, come tale, fonte di squilibrio tra i contraenti, tanto da richiedere un intervento del diritto del lavoro in funzione perequativa.

La norma è dunque volta ad estendere a tutte queste eterogenee figure di lavoro fortemente integrate all’impresa le tutele che l’ordinamento ha riconosciuto alla subordinazione, e ciò (sembrerebbe) a pre-

⁶⁹ Per una ricostruzione di tale previsione, con l’utilizzo della congiunzione anche, come diretta a consentire una determinazione unilaterale di tempi, luoghi e modalità della prestazione, sia consentito il rinvio a V. NUZZO, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, cit.

⁷⁰ F. CARINCI, *L’art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020*, n. 1663, in *LDE*, 2020, n. 1, qui p. 10 e già A. PERULLI, *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, cit., p. 17.

scindere dalla riconduzione a tale fattispecie. L'utilizzo del verbo "si applica" può indurre a pensare che il legislatore abbia voluto divaricare fattispecie ed effetti, estendendo la disciplina protettiva "oltre" il lavoro subordinato, a rapporti che evidentemente non sono subordinati, ma per i quali il legislatore compie un giudizio di compatibilità con la disciplina e con gli interessi sottesi alla stessa.

Questa interpretazione, fondata sul tenore letterale della disposizione e accolta anche dalla Suprema Corte, non è tuttavia integralmente persuasiva in chiave sistematica.

Il legislatore non ha inteso estendere, come invece ha fatto in altre occasioni, le tutele al di là della fattispecie tipica per rispondere all'emersione di specifici bisogni di protezione. Si pensi, ad esempio, agli interventi volti ad applicare le tutele previdenziali ai lavoratori autonomi, l'equo compenso ai professionisti, l'art. 36 ai giornalisti freelance, le tutele minime ai *riders* autonomi.

L'operazione messa in campo con l'art. 2 suona, infatti, profondamente diversa rispetto a quelle precedenti.

Prima di tutto il legislatore non seleziona le discipline, ma estende, in blocco, tutta la normativa sul lavoro subordinato. Con una disposizione così chiara che impedisce al giudice di far quello che il legislatore non ha inteso fare, e cioè differenziare il sistema di tutele⁷¹.

In secondo luogo, la disposizione sembra disegnare una nuova fattispecie cui imputa tutta la disciplina protettiva. Una fattispecie che non coincide più con quella descritta dall'art. 2094 c.c. e neppure si colloca al suo fianco, perché non è un *tertium genus*, ma la include nella propria area di continenza. C'è, insomma, una nuova fattispecie fondamentale a cui si imputano le tutele lavoristiche ed è descritta dall'art. 2 della d.lgs. n. 81/2015. Al suo interno il lavoratore subordinato *ex art. 2094 c.c.* convive con quello integrato all'impresa e anche con chi si avvale, nello svolgimento della sua prestazione, di un apporto di mezzi, tutti accomunati dal fatto di essere stabilmente inseriti in una organizzazione (su cui non hanno potere) per la rea-

⁷¹ Così anche Cass. n. 1663/2020: v. *supra*, anche a proposito del veloce riferimento che la sentenza fa a "situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 c.c.". Essa non può certo aprire a una valutazione, che la Corte stessa esclude espressamente, sulla compatibilità della disciplina del lavoro subordinato con quella delle prestazioni autonome etero organizzate volta a modulare l'apparato protettivo.

lizzazione di un risultato per il quale non hanno un interesse giuridicamente rilevante.

L'art. 2, dunque, ridefinisce i confini della fattispecie di riferimento delle tutele e così facendo modifica l'oggetto del diritto del lavoro, relativizzando e sdrammatizzando quanto mai prima d'ora il tema dei confini della subordinazione/etero-direzione di cui all'art. 2094 c.c., oggi rilevante come mero sotto-tipo di una più ampia fattispecie⁷².

L'innovazione sistematica, indubbiamente rilevante, si iscrive, comunque, in un contesto già interessato tra metamorfosi ed evoluzioni. In primo luogo non si può non riconoscere come la portata del concetto di etero-direzione sia stata ampiamente ridimensionata. Dapprima, a livello interpretativo, da quanti hanno sottolineato che le due espressioni contenute nella norma codicistica ("alle dipendenze" e "sotto la direzione") non costituiscano un'endiadi in cui la seconda sia esplicativa della prima, ma esprimono un modo di essere normale della subordinazione in cui il lavorare alle dipendenze altrui non si risolve solo nel lavorare sotto la direzione altrui, dovendo invece essere rilevante l'inserimento organico del lavoratore nell'impresa⁷³. Ma lo spostamento verso questo concetto, e dunque l'allontanamento da quello di eterodirezione, è altrettanto evidente nella legge: se già la vicenda storica del divieto di interposizione può essere emblematica di questo cambiamento, là dove approda a una nozione di appalto simulato in cui rileva, nel riconoscimento dell'effettivo datore, l'organizzazione della prestazione⁷⁴, è poi con l'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, nella sua ori-

⁷² Per una diversa ricostruzione v. S. D'ASCOLA, *La collaborazione organizzata cinque anni dopo*, cit., che sottolinea come la disposizione non possa avere alcuna diretta applicazione originaria nella formale pattuizione di un assetto di interessi (sinalagma genetico), ma sia destinata a essere impiegata solo nella dimensione rimediale, e cioè nel momento patologico di riqualificazione giudiziale del rapporto. Tale ricostruzione, per quanto interessante, non convince appieno: è indubbiamente vero che non c'è *ab origine* l'interesse (datoriale) a qualificare una prestazione come etero-organizzata se esso è ridotto all'alternativa tra esercizio di uno stringente potere direttivo (cui è collegata l'applicazione del diritto del lavoro) e la possibilità di disapplicazione delle tutele (con esclusione di un potere unilaterale di direzione e/o organizzazione). Tuttavia possono esistere contesti in cui l'interesse datoriale si esaurisce nella sola integrazione funzionale del lavoratore nella sua organizzazione unilateralmente predisposta o anche lavoratori (particolarmente qualificati) che possono spingere verso una qualificazione del contratto che escluda una rigorosa sottoposizione al potere direttivo.

⁷³ Così O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 46. Nello stesso senso M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclo fattorini*, cit., p. 15.

⁷⁴ O. MAZZOTTA, *L'inefferabile etero-direzione: a proposito di ciclo fattorini e mo-*

ginaria formulazione, che quel passo diventa definitivo. Già nel 2015 nel descrivere/specificare la nozione di subordinazione il legislatore supera l'idea della soggezione al potere direttivo altrui per individuare i confini della fattispecie da proteggere, rendendo di contro rilevante l'integrazione della prestazione in una organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere giuridico di controllo⁷⁵. Il *minimum* della subordinazione – è stato detto – è proprio «nel potere di organizzare la prestazione altrui, in una condizione di squilibrio di potere fra le parti, e pur in assenza di ulteriori mezzi strumentali (o in presenza dell'impiego scarsissimo di mezzi strumentali)»⁷⁶. Ed è questa la nozione cui bisogna fare riferimento per individuare il campo di applicazione delle tutele. Il progressivo indebolimento della funzione discretiva del concetto di eterodirezione non è, dunque, prodotto dalla nuova fattispecie che si limita a sugellarlo, sicché ha poco senso recuperarlo oggi per procedere a differenziazioni interne. È vero che l'attuale formulazione dell'art. 2 è molto ampia e, a differenza della precedente fattispecie fondamentale, delinea un campo popolato da soggetti prima certamente estranei all'area protetta (basti pensare a quelle collaborazioni in cui la prestazione è prevalentemente, e non esclusivamente, personale), ma la scelta inclusiva del legislatore non può essere rimessa in discussione dal rilievo, empirico, che ora in essa convivono sia il lavoratore eterodiretto che il collaboratore parasubordinato fortemente integrato all'interno dell'impresa.

Ma vi è di più. Nel momento in cui il legislatore interviene a imputare le tutele a una fattispecie caratterizzata da propri elementi qualificatori, è massimamente rilevante, sul piano sia pratico che dogmatico, definirne il perimetro, piuttosto che l'articolazione interna. Ragionare avendo come riferimento il concetto di eterodirezione o gli altri indici desumibili dall'art. 2094 c.c., per quanto stimoli analisi scrupolose e raffinate, rischia di produrre effetti perversi. Se ci preoccupiamo di dire che il lavoro prevalentemente personale non è subordinato, ma autonomo, vogliamo certamente intendere che la nuova fattispecie non coincide con la subordinazione, e questo indubbiamente è vero. Ma il distinguo con la subordinazione, come

delli contrattuali, cit., p. 13.

⁷⁵ Uso qui le parole di L. MENGONI, *Contratto di lavoro e impresa*, cit., p. 34.

⁷⁶ O. MAZZOTTA, *L'ineffabile etero-direzione: a proposito di ciclo fattorini e modelli contrattuali*, cit., p. 13.

parte di una ormai più ampia fattispecie di riferimento delle tutele, che rilevanza ha nel nuovo assetto normativo? Il lavoratore continuativo etero-organizzato, oggi protetto dal diritto del lavoro, può provenire dalla “vecchia” autonomia o dalla “vecchia” subordinazione, ma questa provenienza diventa sostanzialmente irrilevante una volta acquisita la cittadinanza del territorio presidiato dalla protezione giuslavoristica. Il rischio, altrimenti, è che continuino a proporsi interpretazioni che guarderanno alla “fattispecie di origine” per render qualcuno meno cittadino di altri, anche quando sia dotato di tutti i requisiti che il legislatore ha posto come (sola) condizione per il riconoscimento dei suoi diritti.

In questa ricostruzione i confini su cui indagare, rilevanti ai fini dell'imputazione della disciplina, sono quelli con l'esterno: con le collaborazioni coordinate di cui all'art. 409 c.p.c., con il lavoro autonomo professionale, con il contratto d'opera. Prestazioni di lavoro, queste, che restano fuori dal diritto del lavoro, se non per piccole e limitate incursioni della disciplina protettiva, e che lasciano in vita la tradizionale dicotomia autonomia/subordinazione che ha sempre caratterizzato il sistema⁷⁷. Solo che è cambiato uno dei due poli. Nell'impostazione dicotomica dei rapporti che sopravvive all'art. 2 il lavoro autonomo

⁷⁷ Il fatto che questa appaia la soluzione scelta dal legislatore e che, a parere di chi scrive, è l'unica che consente di sottrarre all'arbitrio interpretativo del giudice una differente modulazione delle tutele, non esclude che si possa concordare con chi ha rilevato che «un sistema giuridico del lavoro razionale ed equo, improntato a valori di giustizia sociale, non deve accontentarsi di possedere “categorie” (quali esse siano) consolidate e in grado di ricondurre la realtà sociale entro le rigide caselle del sistema tipologico, ma deve preoccuparsi di fornire risposte regolative che evitino, nell'operare di quei processi di qualificazione, l'attribuzione di ipertutele da un lato, e di tutele scarse o nulle dall'altro, qualora il lavoratore esprima comunque un bisogno di protezione sociale». L'estensione, «disposta in modo universalistico e non selettivo, dell'intero edificio del lavoro subordinato, con particolare riferimento alla disciplina tipica, pone una serie di questioni di ordine pratico applicativo. Si pensi ad esempio all'esercizio del potere direttivo, al criterio di diligenza previsto nel secondo comma dell'art. 2104 c.c. (dovere di obbedienza), o alla norma in materia di mansioni e ius variandi (art. 2013 c.c.)». Così A. PERULLI, *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, cit., p. 7, che suggerisce come la strada da intraprendere potrebbe essere quella di valorizzare, oltre la tradizionale dicotomia, «elementi, come la “dipendenza economica” in grado di estendere selettivamente tutele a rapporti di lavoro non subordinato», ad esempio attraverso la creazione di figure intermedie (come ha fatto il legislatore inglese con la categoria dei *workers*).

tendenzialmente privo di protezioni si contrappone a quello etero-organizzato protetto.

La portata normativa del primo comma dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 non consiste, quindi, nella modificazione né dell'assetto dicotomico dei rapporti né del tipo legale dell'art. 2094 c.c., ma nel suo superamento come fattispecie di imputazione del diritto del lavoro. La nuova fattispecie, caratterizzata da elementi qualificatori parzialmente diversi da quelli desumibili dalla norma codicistica, riunisce al suo interno prestazioni il cui bisogno di protezione è evidente nell'asimmetria di potere tra le parti del rapporto di lavoro, determinata dal concorso di due elementi che mancano o mai si combinano negli altri contratti⁷⁸: l'alienità dell'organizzazione e l'alienità del risultato, secondo l'elaborazione che già venticinque anni fa la Corte Costituzionale aveva proposto per individuare l'area protetta.

È in ragione dell'inserimento in una organizzazione produttiva altrui, che condiziona lo svolgimento della prestazione di lavoro (definendone le modalità estrinseche: luoghi, fasce orarie; impiego di mezzi strumentali del committente) e la finalizza al perseguimento di un risultato in ordine al quale il lavoratore non ha alcun interesse giuridicamente tutelato che la collaborazione descritta dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015 deve essere assunta ad oggetto della speciale legislazione protettiva.

5. Il comma 2 dell'art. 2: problemi di compatibilità costituzionale delle esclusioni e rilevanza ai fini dell'interpretazione del comma 1

Ricostruito l'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 come norma volta a individuare e delimitare la fattispecie protetta, resta da interrogarsi sul perché di una formulazione così ambigua, che a prima vista sembra diretta solo a estendere l'applicazione delle tutele a ipotesi diverse da quelle cui sono destinate. La risposta a questa domanda è probabilmente nel rapporto con il comma 2 della disposizione. Anch'esso, infatti, interviene sui confini della fattispecie protetta, prevedendo, che la disposizione di cui al comma 1 – ovvero l'estensione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni continuative ed etero-organizzate – «non trova applicazione» con riferimento a una

⁷⁸ Così L. MENGONI, *Contratto di lavoro e impresa*, cit., p. 34.

serie di rapporti di collaborazione, evidentemente seppure siano etero-organizzati⁷⁹.

La legittimità di questa esclusione è strettamente legata proprio all'interpretazione che si accoglie del comma 1, perché se i rapporti etero-organizzati fossero da ricondurre alla subordinazione, allora le eccezioni previste dal secondo comma all'applicazione della disciplina protettiva sarebbero incostituzionali per violazione del principio, più volte affermato dal Giudice delle Leggi, di indisponibilità del tipo contrattuale del lavoro subordinato. Di contro, una diversa lettura della disposizione del comma uno come volta alla mera estensione di disciplina a fattispecie che restano non subordinate, salverebbe le suddette eccezioni dal rischio di illegittimità costituzionale⁸⁰: si tratterebbe, in questo caso, di una (legittima) selezione di «alcuni rapporti che, per ragioni legate alla natura dell'attività esercitata, o per una scelta regolativa dell'autonomia collettiva, esprimono un diverso bisogno di protezione, tale da escludere l'estensione *in toto* della disciplina del diritto del lavoro»⁸¹. Questa seconda lettura, che ha certamente il merito di leggere nell'insieme le regole poste dall'art. 2, rischia tuttavia di

⁷⁹ In particolare, il comma 2 dell'art. 2 prevede che: «La disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione con riferimento: a) alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore; b) alle collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali; c) alle attività prestate nell'esercizio della loro funzione dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dai partecipanti a collegi e commissioni; d) alle collaborazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal C.O.N.I., come individuati e disciplinati dall'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289».

⁸⁰ Cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, cit. Peraltro supera i dubbi di costituzionalità, pur ritenendo che il primo comma dell'art. 2 fotografi rapporti di lavoro subordinato, G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2016, 1, p. 53 che propone una lettura relativizzata del principio di indisponibilità del tipo.

⁸¹ Perulli, p. 30 secondo il quale ciò «non significa che, qualora detti rapporti assumono di fatto i tratti tipologici di cui all'art. 2094 c.c. non possono essere di qualificati nel senso della subordinazione; la mancata applicazione delle norme sul lavoro subordinato atiene solo ed esclusivamente alla categoria dei rapporti esclusi che presentano le caratteristiche previste dall'art. 2 co. 1, di guisa che nel caso in cui siano ravvisabili gli elementi della subordinazione essi potranno essere oggetto di riqualificazione in

dedurre il significato della norma principale da una disposizione che introduce una deroga, al fine di rendere la “eccezione” compatibile con l’assetto costituzionale.

È invece partendo dal comma 1, e non viceversa, che si deve analizzare il problema della indisponibilità del tipo.

Invero la questione, che già si era posta prima della riscrittura dell’art. 2, oggi appare ancor più confusa. La disposizione in esame, infatti, non si limita più a specificare/aggiornare la nozione di subordinazione, ma introduce una nuova fattispecie di riferimento per l’attribuzione delle tutele che individua nel lavoro continuativo fortemente integrato nell’organizzazione imprenditoriale. Le ragioni di questa modifica normativa sono state illustrate: l’inserimento funzionale nell’organizzazione altrui determina una asimmetria di potere che chiede l’intervento di tutele eteronome volte a realizzare quel progetto costituzionale di cui sono espressione gli articoli 1, 3, 4 e 35 della Costituzione, che – si è detto – non fanno alcun riferimento alla subordinazione, ma impongono la tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni al fine di rimuovere le situazioni soggettive di inferiorità e svantaggio.

Ed è quello che il legislatore ha realizzato: la tutela del lavoro in tutte quelle forme caratterizzate dall’alienità del risultato e dell’organizzazione produttiva in cui la prestazione si integra. Dunque, è da chiedersi se la non coincidenza della nuova fattispecie normativa con il lavoro subordinato etero diretto consenta di modificare/modulare le tutele o se ogni esclusione da tale fattispecie sia lesiva di quel progetto costituzionale che il legislatore ha invero.

È noto che la Corte costituzionale, nelle sentenze sulla indisponibilità del tipo, abbia fatto riferimento alla subordinazione affermando il principio secondo il quale questa qualificazione non può essere negata ai contratti che oggettivamente abbiano tali caratteristiche, perché altrimenti il legislatore verrebbe a disporre delle tutele previste dagli artt. 35, 36 e 38 Cost., con violazione anche del principio di eguaglianza. In particolare la Corte ha chiarito che non è consentito neppure «al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l’inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall’ordi-

sede giudiziale, come accade, in ragione del principio di tassatività del tipo contrattuale del lavoro subordinato, per qualunque prestazione di *facere*».

namento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato»⁸². Secondo il giudice delle leggi, affinché sia salvaguardato il loro carattere precettivo e fondamentale, «i principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia [...] devono trovare attuazione ogni qual volta vi sia, nei fatti, quel rapporto economico-sociale al quale la Costituzione riferisce tali principi, tali garanzie e tali diritti. Pertanto, allorquando il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento – eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni stipulate e con il *nomen juris* enunciato – siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina ad esso applicabile»⁸³.

Eppure i riferimenti contenuti in tali sentenze alla subordinazione non costituzionalizzano tale nozione, ma semplicemente la eleggono a riferimento dei principi costituzionali. Se oggi quel riferimento è mutato, ed è mutato nella direzione chiaramente indicata dall'art. 35 Cost. e dal capoverso dell'art. 3, è possibile sostenere che l'esclusione del lavoro etero-organizzato dalla operatività delle tutele che il legislatore oggi gli ha riconosciuto, sulla base di un giudizio di equivalenza con i bisogni di protezione della subordinazione, sia da ritenere incostituzionale⁸⁴.

⁸² C. cost. 29 marzo 1993, n. 121, *FI*, 1993, I, c. 2432. Ribadisce, da ultimo, tale principio, C. cost. 7 maggio 2015, n. 76.

⁸³ C. cost. 31 marzo 1994, n. 115, *FI*, 1994, I, 2656. Sulle sentenze della Corte in tema di indisponibilità del tipo contrattuale v., per tutti, V. SPEZIALE, *Il "diritto dei valori", la tirannia dei valori economici e il lavoro nella costituzione e nelle fonti europee*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2019; R. DE LUCA TAMAJO, *Il limite alla discrezionalità qualificatoria del legislatore*, in R. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 35 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *RIDL*, 2001, I, 95 ss.; M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, in *ADL*, 1997, 79 ss.

⁸⁴ Si pensi a quanto sostenuto da C. cost. 8.11.2018, n. 194, in tema di licenziamenti individuali che valorizza gli artt. 4 e 35 Cost. come volti a vietare il recesso ad nutum senza necessaria giustificazione, in quanto garantiscono la tutela della «continuità del lavoro». La Corte sostiene che «l'affermazione sempre più netta del "diritto al lavoro" (art. 4, primo comma, Cost.) affiancata alla "tutela" del lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni" (art 35, primo comma, Cost.) si sostanzia nel riconoscere, tra l'altro, che i limiti posti al potere di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro». Proprio il rilievo che i giudici delle leggi attribuiscono al concetto di «squilibrio contrattuale» va sottolineato. La pronuncia è particolarmente rilevante perché qualifica il diritto al lavoro come «fondamentale di-

Una conferma di questa interpretazione viene, peraltro, dall'esame della più rilevante delle esclusioni, quella delle «collaborazioni per le quali gli accordi collettivi stipulati dalle confederazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore». Praticamente, la fissazione da parte della contrattazione collettiva di minimi economici e normativi produrrebbe l'effetto della esclusione dalle tutele della subordinazione. Ma proprio il bisogno di aggregazione sindacale e della determinazione collettiva delle condizioni minime di trattamento non dovrebbe essere una spia dell'esistenza di una asimmetria di potere sul piano dell'autonomia individuale? D'altronde la contrattazione collettiva è così legata a una situazione di soggezione del lavoratore che la Corte di giustizia la esclude con riferimento ai lavoratori autonomi⁸⁵. L'ordinamento europeo, infatti, considera questi ultimi a tutti gli effetti come imprese e, pertanto, ritiene ad essi applicabile l'art. 101, paragrafo 1, TFUE, che vieta gli accordi tra imprese che restringono o falsano il gioco della concorrenza. Per i giudici di Lussemburgo la fissazione di minimi economici da

ritto della persona umana», evidenziando che è «il forte coinvolgimento della persona umana – a differenza di quanto accade in altri rapporti di durata – [che] qualifica il diritto al lavoro come diritto fondamentale, cui il legislatore deve guardare per apprestare specifiche tutele». Ribadisce, peraltro, il «particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro (artt. 1, primo comma, 4 e 35)», che ha lo scopo di «realizzare un pieno sviluppo della personalità umana». Sulla pronuncia v., tra i tanti commenti, V. SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in A. ANDREONI, L. FASSINA (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Roma, 2019, 43 ss.; L. MARIUCCI, *Tra prudenza e coraggio: i licenziamenti dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *LD*, 2019, 235 ss.; M.V. BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *LD*, 2019, 243 ss.; F. MARTELLONI, *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*, in *LD*, 2019, 263 ss.; M. NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità del giudice: dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *LD*, 2019, 285 ss.; A. ZOPPOLI, *La Consulta interviene sul Jobs Act ma ne evita il cuore: il nuovo bilanciamento nella disciplina del licenziamento*, in *DLM*, 2019, 1 ss.; F. CARINCI, «All'indomani della Corte Cost. n. 194/2018», in *ADL*, 2019, I, 465 ss.; M. PERSIANI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018: parturiunt montes*, in *ADL*, 2019, I, 125 ss.

⁸⁵ C. giust., sez. I, 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en media c. Regno di Olanda*, in *RIDL*, 2015, II, 550, con nota di P. ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli Stati membri*.

parte della contrattazione collettiva non si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione solo qualora il lavoratore non debba considerarsi impresa, e cioè «qualora non determini in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma dipenda interamente dal suo committente, per il fatto che non sopporta nessuno dei rischi finanziari e commerciali derivanti dall'attività economica di quest'ultimo e agisce come ausiliario integrato nell'impresa del committente».

Ma in questo caso, che rende possibile la via della contrattazione collettiva, l'esclusione dalla disciplina del lavoro subordinato deriverebbe non da una valutazione sull'assenza del bisogno di tutela, ma sulla sufficienza della regolamentazione collettiva a soddisfarlo attraverso una forma di protezione tipica che renderebbe inutile l'applicazione delle tutele. Tuttavia, si ribadisce, se c'è una asimmetria che risiede nell'inserimento della prestazione in una organizzazione altrui per il conseguimento di un risultato destinato ad altri la sottrazione delle tutele inderogabili non può che apparire incostituzionale. Tra l'altro, non va dimenticato che, storicamente, la contrattazione collettiva, in relazione al lavoro subordinato, non è mai stata pensata come disciplina sostitutiva di quella legale, bensì quale regolazione integrativa (anche in senso peggiorativo) di quella definita dalla fonte primaria. È vero che, in relazione alle collaborazioni continuative autonome, gli accordi collettivi hanno svolto una funzione diversa, che è quella di attribuire tutele che nella legge erano assenti. Tuttavia, il legislatore ritiene oggi che il lavoro integrato nell'organizzazione del committente debba avere le stesse garanzie del lavoro subordinato perché ritiene che esso abbia le stesse esigenze di protezione, di cui le disposizioni costituzionali costituiscono il fondamento principale. Dunque, il ruolo degli accordi collettivi per i collaboratori etero-organizzati deve essere visto in una luce diversa da quella del passato. Un ruolo che è equiparabile alla contrattazione collettiva del lavoro subordinato, con le conseguenze, in termini di "indisponibilità del tipo" che sono state già analizzate.

6. Le plurali forme di coordinamento della prestazione e la necessità di individuare i confini

Si è detto che l'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 ha cambiato l'oggetto del diritto del lavoro. Esso non coincide più con la subordinazione/eterodirezione, ma ha contorni più ampi in cui si collocano figure che con

essa condividono l'integrazione nell'organizzazione altrui. È il concetto di etero-organizzazione che delimita oggi l'area protetta da norme inderogabili rispetto a quella affidata all'autonomia individuale.

Diventa, dunque, essenziale per individuare il campo di applicazione del diritto del lavoro tracciare il perimetro esterno di questa macro fattispecie e cioè il confine con il lavoro autonomo e, in particolare, con le collaborazioni continuative di cui all'articolo 409, comma 1, n. 3, c.p.c. Questa disposizione, nell'estendere il rito del lavoro a fattispecie diverse dalla subordinazione, ha preso in considerazione "i rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato", precisando poi, a seguito dell'intervento della l. n. 81/2017, che "la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa".

Le modalità di coordinamento di cui all'art. 409, n. 3, sono dunque definite dall'autonomia privata, rimesse alla libertà negoziale delle parti, e in ciò si distinguono da quelle proprie della fattispecie delineata dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, dove l'integrazione funzionale dell'attività del collaboratore nell'organizzazione altrui è determinata unilateralmente dall'imprenditore tanto da non consentire al collaboratore, a differenza di quanto previsto dall'art. 409 c.p.c., di organizzare «autonomamente l'attività lavorativa». Il legislatore del 2017, nell'introdurre il combinato riferimento al «comune accordo» delle parti e alla garanzia dell'autonomia organizzativa del prestatore, ha "immunizzato" la collaborazione coordinata e continuativa da ogni retaggio autoritativo nella esecuzione del rapporto⁸⁶. Sono le condizioni consensualmente definite nel contratto che determinano le forme d'integrazione della prestazione nell'altrui progetto imprenditoriale, sottratte dunque alla sfera del potere unilaterale del committente volto a ridurre la libertà di organizzazione del lavoratore.

Questa interpretazione è stata confermata dalla più volte citata pronuncia della Corte di Cassazione⁸⁷ che ha richiamato la formulazione letterale dell'articolo 409 c.p.c. per sottolineare che qui «le mo-

⁸⁶ A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE*, n. 341/2017, p. 20.

⁸⁷ Cass. n. 1663/2020, cit.

dalità di coordinamento sono stabilite di comune accordo tra le parti» mentre nell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 «tali modalità sono imposte dal committente» (paragrafo 53). Di conseguenza ha condivisibilmente rilevato che «una volta ricondotta la etero-organizzazione ad elemento di un rapporto di collaborazione funzionale con l'organizzazione del committente, così che le prestazioni del lavoratore possano, secondo la modulazione unilateralmente disposta dal primo, opportunamente inserirsi ed integrarsi con la sua organizzazione di impresa, si mette in evidenza (nell'ipotesi dell'art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015) la differenza rispetto ad un coordinamento stabilito di comune accordo dalle parti che, invece, nella norma in esame, è imposto dall'esterno, appunto etero-organizzato» (punto 32)⁸⁸.

La Corte, dunque, ribadisce che è la consensualità del programma organizzativo il vero fulcro del coordinamento, sposando l'idea della contrapposizione tra unilateralità e bilateralità come essenziale criterio idoneo a discernere tra lavoratori bisognosi di tutela eteronoma e resto del mondo. D'altronde, la natura consensuale del «coordinamento» di cui all'art. 409 n. 3, c.p.c. appariva già richiesto da esigenze di carattere sistematico almeno ad una parte della dottrina, che la eleggeva a criterio distintivo con la subordinazione ben prima che il legislatore introducesse nell'ordinamento la norma di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 e che intervenisse, due anni più tardi, sulla stessa disposizione del codice di procedura civile, precisandone i contorni⁸⁹. Il duplice intervento legislativo sancisce tale interpretazione e la rende univoca⁹⁰.

⁸⁸ Nello stesso senso, enfatizzando l'inserimento negli assetti organizzativi unilateralmente predisposti dall'imprenditore che interferisce con la prestazione di lavoro e la condiziona sul piano delle modalità d'integrazione con l'impresa (forme di interazione codificate coi colleghi, condivisione di sistemi operativi, procedure di lavoro ecc.) v. A. PERULLI, *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, cit., p. 173; F. MARTELLONI, *I rider tirano la volata al diritto del lavoro del XXI secolo*, in *LDE*, cit.

⁸⁹ M. PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in *RIDL*, 1984, p. 506 ss.; C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *DLRI*, p. 359, qui 367 s.; F. MARTELLONI, *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, cit., spec. pp. 170 ss. e pp. 203 ss.

⁹⁰ Lo rileva F. MARTELLONI, *I rider tirano la volata al diritto del lavoro del XXI secolo*, in *LDE*, cit., che sottolinea come, d'altronde, la Cassazione la sposa, richiamando opportunamente la norma d'interpretazione autentica della disposizione processuale sul lavoro parasubordinato di cui all'art. 15, comma 1, lett. a), l. n. 81/2017.

Deve ritenersi, pertanto, che mentre il collaboratore autonomo coordinato e continuativo esegue la sua prestazione secondo le condizioni decise dal contratto, coerentemente con quanto prescrive l'art. 2224 c.c., il lavoratore etero-organizzato sarà sottoposto a “un potere di organizzazione comunque riconducibile alla nozione di potere giuridico, onde il committente incide organizzativamente sulle modalità esecutive della prestazione”⁹¹, formattandola secondo le esigenze che l'organizzazione unilateralmente impone.

7. Le tutele oltre la fattispecie protetta tra continuità e occasionalità della prestazione

La tendenza espansiva del diritto del lavoro si registra non solo nell'allargamento della sua tradizionale fattispecie di riferimento, ma emerge anche in una serie di interventi, non sempre organici, volti ad estendere alcune tutele fuori dai confini della fattispecie. È opportuno chiarire che tali estensioni non scalfiscono il sistema dicotomico di imputazione delle garanzie giuslavoristiche. Il legislatore non ha scelto di percorrere la strada della creazione di categorie intermedie, anzi, è proprio andato in direzione opposta individuando una nuova fattispecie di imputazione delle tutele che include al suo interno parte dell'universo che prima affollava la terra di mezzo. Una terra che ha visto ridurre i suoi confini in maniera speculare all'allargamento di quelli del diritto del lavoro, ma che ancora impone una attenzione alle soglie⁹², perché lì il rischio tra il tutto e il niente permane.

È pur vero, tuttavia, che alcune garanzie tradizionalmente ascritte al solo lavoro svolto in regime di subordinazione, hanno superato i tradizionali confini e sono state riconosciute a forme di lavoro anche molto diverse dalla consueta fattispecie di riferimento. Soprattutto le tutele previdenziali e quelle della sicurezza del lavoro hanno dimostrato negli ultimi anni una palese vocazione universalistica, peraltro confermata anche dalle Istituzioni europee che già nel corso del vertice sociale per l'occupazione e la crescita equa, che si è svolto a Göteborg nel novembre 2017, hanno firmato e proclamato il Pilastro europeo dei

⁹¹ A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit.

⁹² L'espressione è di A. PERULLI, *op.ult. cit.*, p. 17.

diritti sociali, sancendo il diritto per i lavoratori e, a condizioni comparabili, per i lavoratori autonomi a un'adeguata protezione sociale. Nella stessa direzione si muove, poi, la Raccomandazione del Consiglio dell'Ue dell'8 novembre 2019 sull'accesso alla protezione sociale per i lavoratori subordinati e autonomi, che pur non avendo carattere legislativo, ha un indubbio valore politico.

Il legislatore italiano, invero, proprio su questo fronte era già intervenuto con la l. 22 maggio 2017, n. 81, il cui capo I, intitolato alla tutela del lavoro autonomo, disegna un minimo apparato di garanzie, soprattutto di sicurezza sul lavoro e di welfare⁹³. La legge estende al lavoro autonomo non imprenditoriale il divieto di clausole abusive (art. 3), la tutela processuale (art. 12), le norme sulla sicurezza del lavoro di cui al d.lgs. n. 81/2008 (art. 11), l'indennità di maternità (art. 8), i congedi parentali (art. 9) e la sospensione del rapporto per gravidanza, malattia e infortunio (art. 10)⁹⁴. Vi sono poi una serie di disposizioni a carattere promozionale, soprattutto di natura fiscale, dirette a favorire l'accrescimento e l'aggiornamento professionale. Manca, invece, qualsiasi previsione in merito al compenso. Una elusione grave, che segna la debolezza politica della legge.

Tale terreno era sicuramente il più impervio da percorrere, eppure sarebbe stato necessario farlo. La dottrina, non da ora, ha evidenziato come «la dichiarata constatazione della esistenza di ostacoli di ordine economico e sociale, che di fatto comprimono la personalità del lavoratore impedendone lo sviluppo»⁹⁵ crei una condizione di «inferiorità

⁹³ Sottolinea l'importanza di tale intervento normativo che riconosce le istanze provenienti dal mondo del lavoro autonomo e, dunque, a differenza dei precedenti interventi, si colloca non lungo una linea repressiva, diretta a contenere e reprimere le forme di abuso di questa fattispecie, ma in una ottica costruttiva, S. GIUBBONI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo: commento al capo I della legge n. 81/2017*, cit., qui p. 482 e ss., a cui si rinvia per un approfondimento sulle disposizioni di tutele, che non è possibile fare in questa sede.

⁹⁴ Su questa disciplina v. A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in WP CSD-LE, n. 341/2017 che segnala la sempre più netta insufficienza dell'assetto dicotomico di tutele e indica la necessità di valorizzare la "dipendenza economica" per estendere selettivamente tutele a rapporti di lavoro non subordinato. Un esame dettagliato della disciplina è in G. COLAVITI, *"Fondata sui lavori". Tutela del lavoro autonomo ed equo compenso in una prospettiva costituzionale*, cit. e in F. MARTELLONI, *I rimedi nel "nuovo" diritto del lavoro autonomo*, in LD, 2017, p. 517.

⁹⁵ U. NATOLI, *Limiti costituzionale dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro. I. Introduzione*, Milano, 1955, qui 71.

incompatibile con i principi di libertà ed uguaglianza che debbono valere per tutti i cittadini»⁹⁶ e, conseguentemente, ha proposto di superare la soggezione del lavoratore rafforzando «la relativa posizione sul piano economico, nel senso di creare le condizioni necessarie a dare al lavoratore la sicurezza della esistenza propria e della propria famiglia e, contemporaneamente, di evitare la compressione della sua personalità attraverso la svalutazione e, quindi, lo sfruttamento della sua attività lavorativa»⁹⁷. Ma l'istanza sociale della sufficienza della retribuzione, da perseguire con l'estensione dell'art. 36 Cost. a tutto il lavoro, anche autonomo, non è stata accolta. La l. n. 81/2017 tace sul punto e l'unico segnale in tal senso si è avuto con la l. n. 233/2012 che, nel promuovere l'equità retributiva dei giornalisti con «rapporto di lavoro non subordinato», ha precisato che essa è perseguita «in attuazione dell'art. 36 Costituzione» (art. 1), attraverso la coerenza retributiva con i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva nazionale per i giornalisti titolari di un rapporto di lavoro subordinato⁹⁸. Una strada, tuttavia, immediatamente abbandonata. Basti pensare che la recente manovra di bilancio per il 2018, che disciplina l'equo compenso degli avvocati e dei professionisti⁹⁹, non fa alcun riferimento né alla norma costituzionale

⁹⁶ *Ibidem.*

⁹⁷ *Ibidem.*

⁹⁸ Invero già la l. n. 92/2012 aveva modificato la disciplina del compenso dei lavoratori a progetto, ora abrogata, ancorando il corrispettivo di tali lavoratori (autonomi) alla retribuzione collettivamente fissata per il lavoratore subordinato comparabile e impedendo così che esso potesse essere fissato al di sotto del c.d. minimo costituzionale tradizionalmente applicabile ai lavoratori subordinati. Pur non facendo esplicitamente riferimento all'applicabilità dell'art. 36 Cost., la norma segna il passaggio da un principio di giustizia commutativa, quello insito nell'idea di proporzionalità della retribuzione alla qualità e quantità del lavoro, a un principio di giustizia distributiva, legato al criterio della sufficienza della retribuzione a garantire una esistenza libera e dignitosa. Sull'art. 63 del d.lgs. 276/2003 v. A. PERULLI, *Art. 63. Corrispettivo*, in E GRAGNOLI e A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, p. 750; F. MARTELLONI, *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, cit., p. 186 e ss.; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., 137, 1.

⁹⁹ L. 27 dicembre 2017, n. 205, che ai commi 487 e 488 dell'unico articolo disciplina modifica l'istituto dell'equo compenso, disciplinato dall'art. 13-bis della legge professionale forense (inserito dall'art. 19-quaterdecies, del d.l. 16.10.2017, n. 148, convertito in l. 04.12.2017, n. 172). Le previsioni dettate per gli avvocati vengono estese dalla l. n. 172/2017 anche alle prestazioni, in quanto compatibili, degli altri professionisti di cui all'art. 1 della legge 22 maggio 2017, n. 81, comprendendo gli iscritti agli ordini e collegi.

né all'esigenza di tutela collettiva, probabilmente in ragione del minore squilibrio contrattuale rilevato in tali ambiti.

La tendenza espansiva delle tutele lavoristiche si realizza, invece, in maniera più forte e anche inedita nel 2019 con la legge n. 128 che, nel convertire con modificazioni il d. l. n. 101/2019, inserisce nel Capo V-*bis* del d.lgs. n. 81/2015 una disciplina *ad hoc* per i *riders* autonomi.

In particolare l'art. 47-*bis* prevede che “fatto salvo quanto previsto dall'articolo 2, comma 1, le disposizioni del presente capo stabiliscono livelli minimi di tutela per i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore [...], attraverso piattaforme anche digitali” precisando poi che “si considerano piattaforme digitali i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione”.

È immediatamente percepibile come la disposizione contenga una ambiguità insanabile: dopo aver specificato che la tutela essenziale è designata per i “lavoratori autonomi” delle piattaforme (anche perché se fossero etero-organizzati si applicherebbero tutte le tutele del lavoro) ammette un potere unilaterale della stessa di determinare “le modalità di esecuzione della prestazione”. Si è parlato in proposito di “un rompicapo normativo, o, meglio, [di] un labirinto senza uscita”¹⁰⁰ dove vi sarebbe un lavoratore che la legge definisce autonomo, ma che non avrebbe l'autonomia di determinare l'esecuzione del lavoro, come invece deve essere sia nelle prestazioni d'opera coordinate e continuative *ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, che in quelle “pure” *ex art. 2222 c.c.*

Se si sostenesse che il legislatore abbia inteso così derogare alla disciplina generale qualificando direttamente i *riders* come lavoratori autonomi, riconoscendogli una disciplina speciale, si andrebbe pericolosamente incontro alla censura di incostituzionalità della legge sotto il profilo dell'indisponibilità del tipo. È palese nella stessa formulazione della norma che il rapporto qualificato come autonomo, su cui però può essere esercitato un potere unilaterale della piattaforma, non ne abbia i connotati tipici. Tuttavia, che non fosse questa l'intenzione del legislatore pare potersi desumere da quella clausola di salvezza con cui

¹⁰⁰ A. PERULLI, *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, cit., p. 19.

l'art. 47-*bis* si apre, che consente l'applicazione delle tutele integrali della subordinazione quando vi siano le condizioni dell'art. 2. E trattandosi di un'attività inserita in una organizzazione imprenditoriale che determina (unilateralmente) le modalità di esecuzione di una prestazione rivolta a un fine altrui – come lo stesso art. 47-*bis* precisa – essa finisce per essere ricondotta direttamente al lavoro etero-organizzato.

La distinzione tra la prestazione dei *riders* di cui all'art. 2 e quelli del capo V-*bis* non può, dunque, fondarsi sull'autonomia o meno del lavoratore nel determinare le modalità di esecuzione del suo lavoro quando esse, per esplicita previsione normativa, non sono consensualmente definite ma determinate dalla piattaforma. Piuttosto essa può fondarsi sulla continuità o meno della prestazione, che è sempre richiesta dall'art. 2, ma non dall'art. 47-*bis*¹⁰¹. Le tutele della subordinazione, cioè, si applicano ai ciclofattorini il cui lavoro è inserito in modo continuativo nell'organizzazione della piattaforma che determina le modalità di esecuzione della prestazione, mentre la disciplina selettiva di cui al capo V-*bis* dovrebbe trovare applicazione a quelli occasionali, che per tale ragione non potrebbero essere ricondotte nelle collaborazioni etero-organizzate di cui all'articolo 2¹⁰².

¹⁰¹ A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, cit., p. 19, che però ricostruisce la disciplina del Capo V come limite agli interventi derogatori della contrattazione collettiva di cui al secondo comma dell'art. 2. *Contra* F. CARINCI, *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, in *LDE*, 2020, 1, p. 20.

¹⁰² L'occasionalità della prestazione richiama la disciplina del lavoro accessorio, introdotto dal d.lgs. n. 276/2003, riformato dagli articoli 48 e 49 del d.lgs. 81/2015 e poi abrogato e sostituito con il lavoro occasionale (art. 54-*bis*, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. in legge n. 96/2017). In tutte le sue versioni è stata proprio l'assenza di continuità dell'attività di lavoro l'elemento che ha permesso di costruire una fattispecie potenzialmente idonea a restare fuori dall'area della subordinazione. La dottrina ha prevalentemente ritenuto che per via dell'occasionalità l'indagine sulla qualificazione del rapporto fosse inutile (v., per tutti, M. DELL'OLIO, *Le «nuove tipologie» e la subordinazione*, in Aa. Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004, 24), sebbene siano state proposte interessanti ricostruzioni volte a ricondurre la fattispecie nell'ambito dell'autonomia (M. PEDRAZZOLI, *Commento agli artt. 70-73*, in Id., coordinato da, *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, 861;) o della subordinazione (V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e prassi gestionali*, Bari, 2013, 167 ss.). Anche l'ultima disciplina conferma la tendenza a sottrarre tale rapporto da ogni astratta connotazione: il legislatore rappresenta il contratto «con un lessico volutamente neutro ed anonimo: il creditore del lavoro, ad esempio, non è qualificato né come datore né come committente,

A questa forma di lavoro etero-organizzato non continuativo si applicano i divieti di discriminazione, il divieto del cottimo (che peraltro opera anche per i *riders* “continuativi”) e quello di sanzionare il lavoratore, attraverso l’esclusione dalle possibilità di lavoro, qualora non accetti la chiamata. Ma le disposizioni più importanti riguardano l’estensione di tutele di chiara derivazione costituzionale, come quelle volte a garantire una retribuzione sufficiente e a tutelare la libertà e dignità del lavoratore.

Sotto il primo punto di vista, il legislatore affida alla contrattazione collettiva la definizione dei criteri di determinazione del compenso complessivo, che tengano conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell’organizzazione del committente, ma prevede poi, in difetto di tale contrattazione, il divieto di retribuire i *riders* in base alle consegne effettuate e la garanzia di un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale. Quanto alla possibilità di contrattazione collettiva si è già detto che, qualora si trattasse realmente di lavoro autonomo, essa sarebbe considerata dall’ordinamento europeo come una distorsione della libera concorrenza tra imprese. Trattandosi tuttavia di un lavoro occasione o non continuativo essa può essere salvata, essendo irrilevante la qualificazione data dal legislatore. Piuttosto è interessante, rispetto anche a quanto precedentemente detto, come la disposizione sul compenso richiami la contrattazione di settori affini, si pensi a quello della logistica, e quindi equipari dal punto di vista retributivo i *riders* occasionali con quelli che ricadono nella fattispecie di cui all’art. 2.

Sotto il secondo profilo è da sottolineare come l’art. 47-*quinquies* abbia esteso ai *riders* occasionali la disciplina “a tutela della libertà e dignità del lavoratore” prevista per i lavoratori subordinati. In quest’ottica, è plausibile ritenere che possano trovare applicazione le disposizioni contenute nel Titolo I dello Statuto dei Lavoratori, intitolato, appunto, «Della libertà e dignità del lavoratore», se compatibili con la natura non subordinata dei rapporti di lavoro. Qui il giudizio di compatibilità è imposto direttamente dal legislatore e quindi l’applicazione delle tutele è subordinata a tale valutazione. Dovrebbe pertanto rico-

bensì come semplice “utilizzatore” della prestazione» (così F. MARTELLONI, *I rimedi nel “nuovo” diritto del lavoro autonomo*, in *LD*, 2017, p. 517).

noscersi, anche in capo ai ciclofattorini autonomi occasionali il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero «nei luoghi dove prestano la loro opera» (art. 1) o di conoscere e di concordare le modalità del controllo derivante dall'app o dal gps (art. 4) nonché, in caso di disconnessione dell'account dovuta a ragioni collegate all'inadempimento contrattuale, come può essere la scarsa valutazione della prestazione da parte del cliente, il diritto di previa contestazione dell'addebito ai sensi dell'art. 7 St. lav.¹⁰³.

Non sono garanzie irrilevanti, soprattutto perché si rivolgono a lavoratori che nel permanente assetto dicotomico occuperebbero quella metà del cielo lambita, al più, dalle tutele previdenziali. E invece l'estensione ad essi del diritto a un compenso giusto e delle tutele dirette a garantire la sicurezza, la libertà e la dignità umana rende più effettivi quei limiti che la Costituzione pone a ogni attività economica privata, testimoniando la possibilità espansiva del diritto del lavoro non solo oltre l'eterodirezione, ma anche al di fuori della continuità della prestazione.

Per concludere, l'ottimismo che emerge in questo lavoro probabilmente sarà destinato a infrangersi contro interpretazioni tese a minimizzare la portata innovativa degli ultimi interventi normativi. Tuttavia oggi, più di ieri, possiamo rassicurare lo spettatore a cui mi rivolgevo in apertura e dirgli che il diritto del lavoro non solo si è riappropriato dei territori che aveva perso, ma ne ha conquistati di nuovi. E che in questo Paese quel che ha visto nel film non dovrebbe accadere. Forse non più.

¹⁰³ Contra E. RAIMONDI, *Il lavoro nelle piattaforme digitali e il problema della qualificazione della fattispecie*, cit., che ritiene in linea di massima inapplicabili gli artt. 4 e 7 dello Statuto.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)