

In corso di pubblicazione in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*

Legge sul *lavoro agile*: uno sguardo dal ponte sul sistema di tipologie contrattuali del lavoro dopo il recente *riordino*.*

di Michele De Luca **

- 1. *Lavoro agile*: definizione ed impostazione del tema d'indagine.**
- 2. Segue: definizione della tipologia contrattuale di lavoro subordinato speciale.**
- 3. Segue: indisponibilità del tipo contrattuale di lavoro subordinato e di diritti per questo garantiti.**
- 4. Segue: *modalità di esecuzione* del rapporto.**
- 5. Segue: estensione della disciplina al lavoro autonomo *eterorganizzato*, con *modalità di lavoro agile*.**
- 6. Segue: Notazioni conclusive**

* Rielaborazione e sviluppo – con il corredo di note essenziali – della relazione all'incontro di studio su *Il lavoro agile, organizzato* – nell'ambito (ed in apertura) del *Curriculum di diritto e processo del lavoro 2018* – da Università degli studi di Bologna – Scuola superiore di studi giuridici; Struttura didattica territoriale di Bologna; AGER – Associazione avvocati giuslavoristi dell'Emilia Romagna (Bologna, 23 febbraio 2018).

** già Presidente titolare della sezione lavoro della Corte di cassazione.

1. *Lavoro agile*: definizione ed impostazione del tema d'indagine.

Pare certa l'incidenza delle innovazioni tecnologiche – non solo sul mercato, ma anche – sul rapporto di lavoro, in tutte le sue forme.

Non ne risulta, tuttavia, la modifica della disciplina giuridica dello stesso rapporto, sia sul piano della fattispecie che su quello degli effetti.

In altri termini, le innovazioni tecnologiche – ancorché incidenti sul apporto di lavoro – non costituiscono, tuttavia, *fonte del diritto*, come tali idonee a modificarne la disciplina giuridica.¹

1.1. In attesa di (eventuali) riforme, l'adeguamento della disciplina giuridica del rapporto di lavoro – alla incidenza, sullo stesso rapporto, delle innovazioni tecnologiche – resta, quindi, affidato alla giurisprudenza.

Era stato già affermato con riferimento ai *pony express* – che hanno occupato il dibattito, giurisprudenziale e dottrinario, negli anni '80 del secolo scorso – metaforicamente evocando, talora, *l'attesa disperata del Godot beckettiano* per rappresentare – metaforicamente – l'attesa del legislatore.²

L'attualità di tale conclusione, tuttavia, pare confermata dal *parallelismo*, che è stato stabilito – trent'anni dopo – tra *pony express*, appunto, e *riders di Foodora*.³

¹ In tal senso pare, da ultimo, Pietro Ichino, *Conseguenze delle innovazioni tecnologiche sul diritto del lavoro*, in RIDL, 2017, I, 525 ss.

All'esto dell'esame di *quattro aspetti dell'evoluzione tecnologica rilevanti per il mercato del lavoro*, infatti, esplicitamente esclude – quale *nuova frontiera del diritto del lavoro del ventunesimo secolo* – “un radicale ridisegno della disciplina inderogabile del rapporto di lavoro tradizionale”.

Mentre prospetta – e, forse, auspica – soltanto “la costruzione di un diritto soggettivo al sostegno efficace della transizione dal vecchio al nuovo lavoro”.

Pare niente altro che lo spostamento del baricentro della tutela – dal rapporto al mercato – senza *ridisegnare radicalmente*, tuttavia, la *disciplina inderogabile del rapporto di lavoro*.

In senso contrario – fin dal titolo – pare, tuttavia, A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 341/2017, laddove si legge:

“Il problema posto dall'innovazione tecnologica sui rapporti di lavoro, quindi, non richiama semplicemente l'impiego della tecnica giuridica in punto di qualificazione, secondo schemi interpretativi autoreferenziali. Il tema è, a monte di quei processi di qualificazione, essenzialmente assiologico e teleologico, e non attiene tanto alla tenuta (ovvero obsolescenza) delle categorie tradizionali, interrogate per verificarne l'idoneità a risolvere i problemi di qualificazione dei rapporti di lavoro nell'ambito dei modelli di *shering economy*, o della fin troppo enfatizzata fabbrica. 4.010, ma attiene alla razionalità degli effetti che la qualificazione produce in termini regolativi”.

² Con riferimento, appunto, al problema dei *pony express* – che ha occupato il dibattito, giurisprudenziale e dottrinario, negli anni '80 del secolo scorso -vedi, per tutti, M. De Luca, *Autonomia e subordinazione nella giurisprudenza di legittimità: la risposta della giurisprudenza alla «sfida post-industriale», aspettando . . . Godot*, in Foro it. 1989, I, 2909, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori, laddove si legge:

“Nell'attesa del legislatore (che evoca, suggestivamente, *l'attesa disperata del Godot beckettiano*), resta, quindi, affidato alla «creatività» dell'interprete e del giudice – che non sembra assumere, tuttavia, il ruolo di «supplenza» (almeno in senso giuridico) – lo sforzo generoso per adeguare la qualificazione del rapporto di lavoro alle profonde trasformazioni del quadro di riferimento socio-economico”.

..

³ Sul parallelismo, appunto, tra *pony express* e *riders di Foodora* (Deliveroo, Just-Eat, Uber Eats) – che, pur coordinandosi tramite app, non svolgono una prestazione sostanzialmente diversa dai *pony express* diffusi negli anni '80 – vedi, per tutti, M. Biasi, *L'attualità del binomio subordinazione-autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all'affannosa ricerca di inedite categorie*, in ADAPT, Working Paper n. 11, laddove si legge: “è utile una ricostruzione del dibattito sorto attorno alla qualificazione dei *pony express*, al fine di valutare se le soluzioni raggiunte dalla giurisprudenza con riguardo a questi ultimi possano trovare accoglimento anche per i *riders di Foodora* (.....) Non si avverte la necessità di superare il tradizionale binomio subordinazione-autonomia ed il relativo metodo di indagine innanzi al passaggio dai *pony express* di ieri ai *riders* di oggi.”.

Comune ne risulta, infatti, l'impiego di strumenti telematici – sia pure di diversa generazione (telefono e, rispettivamente, *piattaforma digitale*) – per il servizio di consegna a domicilio di corrispondenza e, rispettivamente, di cibi.

in entrambi i casi, tuttavia, le innovazioni tecnologiche impiegate risultano parimenti neutrali, in funzione della disciplina giuridica del rapporto di lavoro, sia sul piano della fattispecie che su quello degli effetti.

Nell'attesa di riforme, l'adeguamento della stessa disciplina – alla incidenza, sul rapporto di lavoro, delle innovazioni tecnologiche – resta affidato, appunto, alla giurisprudenza.⁴

1.2. Né può essere trascurata la coerenza della conclusione prospettata con la suggestione autorevole, che – sia pure a fini diversi – proviene dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *Uber*⁵

Infatti ne risulta stabilita – parimenti alla luce del diritto positivo (eurounitario e nazionale) – la qualificazione del servizio reso dalla *piattaforma digitale Uber* – come *servizio di trasporto*, anziché come *servizio della società dell'informazione* – nonostante l'impiego, appunto, di *piattaforma digitale*.

Pare confermata, infatti, la *neutralità* – ai fini della qualificazione, questa volta, del servizio reso – dello strumento tecnologico impiegato.

⁴.Vedi riferimenti di cui alle note precedenti.

⁵ Vedi Corte giust. 20 dicembre 2017, nella causa C-434/15, laddove si legge:

“35 Pertanto, un servizio d'intermediazione che consente la trasmissione, mediante un'applicazione per smartphone, delle informazioni relative alla prenotazione di un servizio di trasporto tra il passeggero e il conducente non professionista che, usando il proprio veicolo, effettuerà il trasporto soddisfa, in linea di principio, i criteri per essere qualificato «servizio della società dell'informazione», ai sensi dell'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34, al quale rinvia l'articolo 2, lettera a), della direttiva 2000/31. Tale servizio d'intermediazione costituisce, come previsto dalla definizione contenuta in tale disposizione della direttiva 98/34, un «servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi».

36 Invece, un servizio di trasporto non collettivo in area urbana, quale un servizio di taxi, deve essere qualificato «servizio nel settore dei trasporti», ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2006/123, letto alla luce del considerando 21 di quest'ultima (v., in tal senso, sentenza del 1° ottobre 2015, *Trijber e Harmsen*, C-340/14 e C-341/14, EU:C:2015:641, punto 49).

37 Occorre, tuttavia, rilevare che un servizio come quello di cui al procedimento principale non è soltanto un servizio d'intermediazione che consiste nel mettere in contatto, mediante un'applicazione per smartphone, un conducente non professionista che utilizza il proprio veicolo e una persona che intende effettuare uno spostamento in area urbana”.

1.3. La *legge sul lavoro agile*⁶, tuttavia, pare la manifestazione più recente – quanto più significativa – della conclusione raggiunta.

Una riforma legislativa è stata, infatti, necessaria per adattare – mediante modifica affatto marginale o, comunque, di modeste dimensioni – la disciplina giuridica vigente del rapporto di lavoro subordinato – quale il *lavoro agile*, per esplicita previsione della legge – alla incidenza, sullo stesso rapporto, della *modalità di esecuzione*, che ne costituisce l'elemento specializzante e risulta integrata – essenzialmente – dal “*possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa (.....) eseguita in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno*”.⁷

La *legge sul lavoro agile*, peraltro, sembra l'angolo visuale privilegiato per una sorta di metaforico *sguardo dal ponte* – sul sistema di tipologie contrattuali del lavoro – quale risulta dopo il recente *riordino*.⁸

La prestazione *in modalità agile*, infatti, può concorrere – quale elemento specializzante – delle stesse tipologie (vedi *infra*)

Ne costituisce, pertanto, una sorta di *ponte di collegamento* tra loro e, come tale, angolo visuale privilegiato, appunto, per uno *sguardo d'insieme*.

⁶ Legge 22 maggio 2017, n. 81, *Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*, Capo ii, *lavoro agile*, articoli 18 ss.

In tema di *lavoro agile*, vedi per tutti: Adalberto Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 341/2017; Michele Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, In DRI 2017, 921 ss. ; Emanuele Dagnino, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata* In DRI, 2017, 1024 ss.; Lorenzo Maria Pelusi, *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, In DRI, 2017, 1041 ss.; Stefano Chjusolo, *La nuova disciplina del lavoro autonomo e (soprattutto) il lavoro agile*, in newsletter Wikilabour.it.

⁷ Analoga risulta, tuttavia, la risposta – talora, di segno contrario o, comunque, diverso – che, alla medesima *sfida*, viene data da progetti di legge: vedi, per tutti, AS 2934 della XVII legislatura, d'iniziativa dei senatori ICHINO ed altri, *Disposizioni in materia di lavoro autonomo mediante piattaforma digitale*; AS 2269, parimenti della XVII legislatura, d'iniziativa dei senatori SACCONI ed altri, *Adattamento negoziale delle modalità di lavoro agile nella quarta rivoluzione industriale*.

⁸ La *metafora* evoca, all'evidenza. Il *ponte* che collega – in *Uno sguardo dal ponte*, appunto, di Arthur Miller – due quartieri di New York, affatto diversi tra loro (la ricca Manhattan e la misera e grigia Brooklyn, dimora esclusiva di immigrati e portuali).

Ed ambisce a rappresentare – metaforicamente, appunto – il *ponte*, per così dire, tra tipologie contrattuali diverse del lavoro, quali risultano dopo il recente *riordino*: tra le *categorie gemellari* – del lavoro subordinato e del lavoro autonomo – e, nell'ambito di quest'ultimo, le *collaborazioni eteroorganizzate*.

Sulle *tipologie contrattuali dopo il recente riordino*, vedi, per tutti. M. DE LUCA, *Subordinazione e autonomia dopo il recente riordino delle tipologie*, Giurisprudenza italiana, 2016, I, 741 ed in www.europeanrights.eu newsletter n. 66 del 15 gennaio 2018, *passim*, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

L'approccio sintetico alla stessa *legge* – nei suoi passaggi essenziali – ne precede l'esame analitico.

E risulta funzionale, da un lato, alla conferma degli assunti – problematicamente anticipati – e, dall'altro, a notazioni conclusive, anche di prospettiva.

1.4. Fin dall'*incipit*, la *legge sul lavoro agile* ne definisce, esplicitamente, la tipologia contrattuale di lavoro subordinato, sia pure *speciale* in dipendenza della *modalità di esecuzione* del rapporto.

La definizione contestuale della *modalità di esecuzione* – nelle sue componenti – concorre, poi, ad integrare – quale elemento specializzante, appunto – la complessa fattispecie del *lavoro agile*, che costituisce l'oggetto della legge.

1.5. Il *principio di indisponibilità*, all'evidenza, presidia la tipologia contrattuale di lavoro subordinato – sia pure speciale – del *lavoro agile*.

La *specialità*, infatti, non pare incompatibile con il *principio di indisponibilità*, appunto, né con la *ratio* ad esso sottesa (vedi *infra*).

Coerentemente, un rapporto di lavoro *obiettivamente subordinato* – in concorso della *prestazione in modalità agile* – integra la fattispecie complessa, che costituisce – per quanto si è detto – l'oggetto della legge in esame.

Parimenti indisponibili risultano, tuttavia, anche diritti, che – per la stessa tipologia contrattuale – sono garantiti dal *patrimonio costituzionale comune*.

1.6. Né la prospettata *indisponibilità* – di tipologia contrattuale, appunto, e di diritti per essa garantiti – può essere derogata dalla disciplina contestualmente dettata dalla stessa legge sul *lavoro agile*.

Tanto più ove si consideri che tale disciplina riguarda – esclusivamente – la *speciale* modalità di esecuzione del rapporto.

E concorre con la disciplina dettata per il lavoro subordinato.

In altri termini, il *lavoro agile* coniuga la disciplina del lavoro subordinato – che ne costituisce la tipologia contrattuale, sia pure *speciale* – con quella della *modalità di esecuzione del rapporto*, che ne integra, appunto, l'*elemento specializzante*.

1.7..La disciplina del *lavoro agile* – in quanto riguarda, per quanto si è detto, un rapporto di lavoro subordinato, sia pure speciale – sembra doversi estendere alle *collaborazioni eteroorganizzate*, con la stessa modalità di esecuzione, appunto, del *lavoro agile*.

1.8. Agevole risulta, a questo punto, l'anticipazione di brevi note conclusive.

1.9.Da un lato, c'è da domandarsi se la legge sul *lavoro agile* fosse davvero necessaria.

La risposta positiva pare limitata, tuttavia, alle modifiche della disciplina previgente, che esigano la fonte legale, sia pure al solo scopo di derogare – con efficacia parimenti generale – principi e disposizioni della stessa fonte.

Di palese rilievo risulta, in tale prospettiva, la deroga che la *legge sul lavoro agile* ha introdotto – nel nostro ordinamento – mediante la disciplina specifica di una fattispecie, che ne era finora sprovvista.

Infatti sembra risultarne – sul piano delle *posizioni giuridiche soggettive* – quantomeno il ridimensionamento di poteri unilaterali del datore di lavoro, finora illimitati.

1.10.Peraltro i limiti del campo d'applicazione della legge – al *lavoro agile*, come definito contestualmente – pongono problemi circa la disciplina di fattispecie contigue.

Si tratta, a titolo di esempio, del lavoro autonomo (anche nella forma delle *collaborazioni eteroorganizzate*) – con la medesima *modalità agile*, appunto, di esecuzione del rapporto – e del telelavoro.

In coerenza con l'assunto prospettato in apertura, sembra trovare applicazione la specifica disciplina giuridica – per le fattispecie, che ne siano già coperte – mentre, per le altre, la risposta resta affidata alla *giurisprudenza*.

Alla stessa conclusione sembra doversi pervenire, tuttavia, anche in relazione alla incidenza – sul rapporto di lavoro, appunto – di qualsiasi innovazione tecnologica.

Valga, tuttavia, il vero.

2.Segue: definizione della tipologia contrattuale di lavoro subordinato speciale.

Fin dall'*incipit*, la *legge sul lavoro agile* – come è stato anticipato – ne definisce, esplicitamente, la tipologia contrattuale di lavoro subordinato, sia pure *speciale* in dipendenza della *modalità di esecuzione* del rapporto.

La definizione contestuale della *modalità di esecuzione* – nelle sue componenti – concorre, poi. ad integrare – quale elemento specializzante, appunto – la complessa fattispecie del *lavoro agile*, che costituisce l'oggetto della legge.

2.1. Al dichiarato “*scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro*”, le disposizioni in materia di *lavoro agile* – come è stabilito fin dall'*incipit* (art. 18) – “*promuovono il lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva*”.

2.2. Ne risulta la definizione esplicita della *tipologia contrattuale* – di lavoro subordinato, sia pure speciale – del *lavoro agile*.

Mentre la “*modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, stabilita mediante accordo tra le parti*”, ne costituisce l'elemento specializzante.

E risulta integrata dalle componenti individuate contestualmente.

2.3. In tale prospettiva, tuttavia, pare essenziale – (anche) in funzione specializzante – la circostanza che “*la prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno*”.

Palese ne risulta, pertanto, la essenzialità al fine della configurazione del rapporto di *lavoro agile*.

Meramente eventuali – e, talora, (anche) coerenti con la “*prestazione lavorativa (...) all'esterno dei locali aziendali*” – sembrano, invece, le altre componenti della stessa *modalità di esecuzione*.

2.4. Meramente eventuali – come è fatto palese dal tenore letterale della legge (*anche*) – risultano, infatti, “*forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi*”.

Parimenti eventuale – come pure emerge dal tenore letterale della legge (*possibile*) – e, comunque, coerente – con la *prestazione lavorativa (.....) all'esterno dei locali aziendali*” – risulta, altresì, l'*utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa*.

2.5. Limitata – alla *prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali* – risulta, poi, la prevista assenza di *luogo di lavoro*, nonché di *precisi vincoli di orario*, sia pure “*entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva*”.

Ed integra la *flessibilità spazio temporale* che connota, appunto, il *lavoro agile*.

La *flessibilità temporale*, tuttavia, incontra – per espressa previsione della stessa legge – “*i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale (.....)*”.⁹

Resta da domandarsi – nel silenzio della legge, sul punto – se la *flessibilità spaziale* possa, invece, ritenersi illimitata, senza che ne risulti esclusa la stessa fattispecie legale di *lavoro agile*,

La risposta negativa, tuttavia, pare imposta dalla stessa lettera della legge.

Fa esplicito riferimento, infatti, soltanto ad una *parte* della prestazione lavorativa, da eseguire all'esterno dei locali aziendali, mentre un'altra *parte* va eseguita, invece, all'interno degli stessi locali .

⁹ Sulla inderogabilità – (anche) da parte di leggi nazionali – della stessa *nozione* di orario di lavoro e di riposo – (anche) per lavoro prestato all'esterno dei locali aziendali – vedi, da ultima, Corte giust. 21 febbraio 2018, in causa C-518/15, secondo cui devono considerarsi *orario di lavoro* e non già *periodo di riposo* – *nozioni che si escludono a vicenda* – le ore in cui il lavoratore resta nel proprio domicilio a disposizione del datore di lavoro, con obbligo non solo di rispondere alle convocazioni dello stesso, ma anche di raggiungere il posto di lavoro entro un tempo che “*limita molto fortemente la possibilità di svolgere altre attività*” (quali, nel caso preso in esame dalla Corte, “*le ore di guardia che un lavoratore trascorre al proprio domicilio con l'obbligo di rispondere alle convocazioni del suo datore di lavoro entro 8 minuti*”).

Pare confermato, vieppiù, dalla esigenza di evitare che – in dipendenza della estensione, in ipotesi illimitata, della stessa *prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali* – possa esserne estesa la disciplina giuridica *flessibile* – del pari illimitatamente – all'intero rapporto di lavoro subordinato, sia pure speciale, quale il *lavoro agile*.

In tale prospettiva, sembra palesemente incompatibile – con la fattispecie legale del *lavoro agile* – la libera determinazione della *parte* di prestazione lavorativa, da eseguire *all'esterno dei locali aziendali*.

Mentre resta affidata alla giurisprudenza la determinazione – in positivo – della *parte* di prestazione lavorativa – *all'esterno dei locali aziendali*, appunto – che, nel caso concreto, risulti compatibile con la fattispecie legale di *lavoro agile*.

2.6.L'assenza di *postazione fissa* – che concorre a differenziare il lavoro agile dal telelavoro – risulta coerente, poi, con la circostanza che la prestazione lavorativa viene eseguita – solo in parte – *“all'esterno dei locali aziendali*.

2.7.Peraltro il previsto *accordo tra le parti*, all'evidenza, riguarda soltanto la *modalità di esecuzione* – che costituisce, per quanto si è detto, l'elemento specializzante – del rapporto di lavoro subordinato speciale, appunto, quale il *lavoro agile*.

Non incide, tuttavia, su tale rapporto.

Parimenti non incide, sullo stesso rapporto, la disciplina – demandata all'accordo delle parti – che ne riguarda soltanto la modalità di esecuzione (vedi *infra*).

2.8.La conclusione raggiunta risulta coerente, altresì, con la *ratio* della legge sul *lavoro agile*: lo *“scopo di incrementare la competitività”* si coniuga in tale prospettiva – per espressa previsione della stessa legge – con quello di *“agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro”*.

Infatti non può che essere affidato alla modalità di esecuzione – che ne costituisce l'elemento specializzante – lo *“scopo di incrementare la competitività”* perseguito da rapporto di lavoro subordinato, speciale appunto, quale il *lavoro agile*.

Mentre *“la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro”* – contestualmente perseguita – all'evidenza, risulta dalla *prossimità ai luoghi di vita* (quale, ad esempio, la casa di abitazione del *lavoratore agile*) al luogo del lavoro *prestato “all'esterno dei locali aziendali”* (quale, in ipotesi, la stessa casa di abitazione del *lavoratore agile*).

3.Segue: indisponibilità del tipo contrattuale di lavoro subordinato e di diritti per questo garantiti.

Il *principio di indisponibilità* – come è stato anticipato – presidia la tipologia contrattuale di lavoro subordinato – sia pure speciale – del *lavoro agile*.

La *specialità*, infatti, non pare incompatibile con il *principio di indisponibilità*, appunto, né con la *ratio* ad esso sottesa.

Coerentemente, un rapporto di lavoro *obiettivamente subordinato* – in concorso della esecuzione *in modalità agile* – integra la fattispecie complessa, che costituisce l'oggetto della legge in esame.

Parimenti indisponibili risultano, tuttavia, anche diritti, che – per la stessa tipologia contrattuale – sono garantiti dal *patrimonio costituzionale comune*.

3.1. Infatti la *summa divisio* – fra le *categorie gemellari* ¹⁰ del contratto di lavoro subordinato e di lavoro autonomo – pare fondata sul *principio di indisponibilità del tipo*.¹¹

Ne risulta presidiata, invero, la definizione del *tipo contrattuale* di lavoro subordinato.

Il lavoro autonomo, invece, esula dal *principio di indisponibilità*.

Risulta, di conseguenza, definito – in negativo – dalla collocazione, appunto, al di fuori dell'area della *indisponibilità*.

Mentre ne resta affidata, alla *discrezionalità* del legislatore, l'articolazione – in positivo – nel *tipo generale* (di cui all'articolo 2222 ss. cod. civ) e nei *tipi speciali*.

3.2. Sul *piano degli effetti* – affatto diverso da quello delle *fattispecie*, che riguarda le tipologie contrattuali – si collocano, poi, le tutele giuridiche rispettive.

¹⁰Per dirla con L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015; alla ricerca dell' "autorità del punto di vista giuridico*, cit. , pag. 19.

¹¹ Sul punto, ved M. DE LUCA, *Subordinazione e autonomia dopo il recente riordino delle tipologie*, *Giurisprudenza italiana*, 2016, I, 741 ed in www.europeanrights.eu newsletter n. 66 del 15 gennaio 2018, spec. § 1, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

La *indisponibilità del tipo contrattuale* del lavoro subordinato ne garantisce, tuttavia, soltanto le *tutele* – parimenti *indisponibili* – mentre quelle *disponibili* restano affidate alla *discrezionalità* del legislatore.

Per il lavoro autonomo, invece, le *tutele* restano affidate – al pari della definizione dei *tipi contrattuali* rispettivi – alla *discrezionalità* del legislatore.

Risultano, tuttavia, parimenti funzionali alla definizione di *tutele* per il lavoro autonomo – senza immutarne la natura – sia l’allargamento del *tipo* di lavoro subordinato – oltre il limite della *indisponibilità* – sia l’estensione del campo d’applicazione di *tutele* – previste per lo stesso lavoro subordinato – fino a comprendervi, appunto, tipologie di lavoro autonomo.

3.3. In principio è l’*indisponibilità del tipo contrattuale* di lavoro subordinato.

E’ collocato, infatti, al vertice della gerarchia, nel sistema – di fonti e di norme – deputato a *governare*, appunto, la definizione dello stesso *tipo contrattuale*.

Risulta, di conseguenza, pregiudiziale – non solo logicamente – rispetto alla *sussunzione nel tipo* – in funzione della qualificazione giuridica – delle fattispecie concrete.

Identico pare, tuttavia, il parametro di riferimento sia per la definizione del tipo che per la qualificazione giuridica della fattispecie concreta.

Si tratta, per così dire, del *tipo sociale* – giuridicamente indisponibile – del *lavoro obiettivamente subordinato*.¹²

Affatto diversa, invece, è la *competenza* per la definizione del *tipo* – riservata alla legge e, segnatamente, alla legge statale (vedi *infra*) – da quella per la *sussunzione nel tipo* – in funzione della qualificazione giuridica – della fattispecie concreta, che spetta – in ultima istanza – al giudice.

Resta, comunque, la prospettata posizione gerarchica apicale – nel sistema di fonti e norme nella soggetta materia – del principio di *indisponibilità del tipo*.¹³

¹²Vedi M. DE LUCA, *Rapporto di lavoro subordinato: tra indisponibilità del tipo contrattuale, problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide della economia postindustriale*, in Riv. It. dir. lav. 2014, I, 397, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: M. DE LUCA, *Subordinazione e autonomia dopo il recente riordino delle tipologie*, cit., al quale parimenti si rinvia.

Alla stessa conclusione si perviene, tuttavia, configurando – quale *tertium comparationis* – il *lavoro obiettivamente subordinato*, come sembra ritenere L. NOGLER, *op. cit.*, spec. pag. 24-25, laddove si legge: “E’ opportuno a tal proposito specificare che non esiste un «tipo sociale – giuridicamente indisponibile – del lavoro obiettivamente subordinato». Il diritto positivo prevede, invece, il parametro supremo dell’art. 3 Cost. che vincola il legislatore nel senso di impedirgli di tutelare in modo diverso tra loro rapporti di lavoro che sono, invece, in base ai criteri prescelti dal legislatore stesso, equivalenti tra loro”.

Ma la soluzione – proposta nel testo – pare, comunque, maggiormente coerente con le suggestioni del *patrimonio costituzionale comune*.

¹³ Sul punto, vedi M. DE LUCA, *Subordinazione e autonomia dopo il recente riordino delle tipologie*, cit. spec. § 2.

3.4. La *indisponibilità del tipo contrattuale* di lavoro subordinato, infatti, è principio – di *fonte giurisprudenziale* – del *patrimonio costituzionale comune*, “*desumibile dagli obblighi internazionali, dall’ordinamento comunitario e dalla legislazione nazionale*”.¹⁴

3.5. . Ne risulta ricavato – all’esito, talora, di *interpretazione sistematica costituzionalmente orientata*¹⁵ – dalla giurisprudenza, appunto, della Corte di giustizia UE¹⁶ e della nostra Corte costituzionale.¹⁷

¹⁴ Si tratta del *patrimonio costituzionale comune* – “*desumibile dagli obblighi internazionali, dall’ordinamento comunitario e dalla legislazione nazionale*”, appunto – per dirla con l’espressione e la definizione usate dalla nostra Corte costituzionale nelle sentenze n. 104 del 2006 (*Foro It.*, 2006, I, pag. 1267) e n.182 del 2008 (*Id.*, 2009, I, pag. 2010) –. In dottrina, vedi M. De Luca, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in *Foro It.*, 2011, V, pag. 216, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: E. Di Stefano, *Verso un patrimonio costituzionale comune. Riflessioni a margine della sentenza n.102 del 2008*, in *consulta on line*; S. Gambino, *Constitutionnalismes nationaux et constitutionnalismeeuropéen: identités nationales, traditions constitutionnelles et droits sociaux (après Lisbonne)*, www.diritticomparati.it; B. CARUSO-M. MILITELLO (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello, con contributi degli stessi curatori e di A. ABIGNENTE, G. BRONZINI, G. RICCI, S. SCIARRA, L. ZOPPOLI*, in working papers del Centro studi di diritto del lavoro europeo «Massimo D’Antona», 2011, fasc. 1, <<http://tinyurl.com/caruso-militello>>

¹⁵ Sul punto, vedi M. De Luca, *L’interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, in *Foro It.*, 2009, V, col. 422, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: I. CIOLLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a costituzione*, in *Rivista telematica giuridica dell’Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC)*, n.1/2012, del 28 marzo 2012; E. Lamarque, *The Italian Courts and interpretation in conformity with the constitution, EU law and the ECHR*, ID. n. 4/2012, del 13 novembre 2012, al quale si rinvia per riferimenti aggiornati.

¹⁶ Vedi riferimenti in M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, cit.; ID: *Rapporto di lavoro di fatto alle dipendenze di amministrazioni pubbliche*, in *Foro it.*, 2007, V, 57, spec. § 2 e ss.; ID., *Privato e pubblico nei rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze di regioni ed enti locali*, in *Foro it.*, 2007, V, 149, spec. § 6, e negli atti del convegno (Lavoro e prev. oggi, 2007, 1199).

Adde: Corte giust. 17 luglio 2008, causa 94/07 (*Foro it.*, 2008, V, 531), spec. punto 33, laddove – in tema di *libera circolazione dei lavoratori* – conferma una *nozione di lavoratore* – di *portata comunitaria* ed insuscettibile di *interpretazione restrittiva* – che considera “*lavoratore*» ogni persona che svolga attività reali ed effettive, ad esclusione di attività talmente ridotte da porsi come puramente marginali ed accessorie. La caratteristica del rapporto di lavoro è data, secondo tale giurisprudenza, dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un’altra e sotto la direzione di quest’ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione”;

Corte giust. 5 marzo 2009, causa 388/07 (RIDL, 2010, II, 955, con nota di CALAFA), laddove – in tema di *discriminazione fondata sull’età* e con riferimento alla giustificazione di *licenziamento per collocamento a riposo* – così conclude: “*l’art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78 offre la possibilità agli Stati membri di prevedere, nell’ambito del diritto nazionale, talune forme di disparità di trattamento fondate sull’età qualora siano «oggettivamente e ragionevolmente» giustificate da una finalità legittima, quale la politica del lavoro, del mercato del lavoro o della formazione professionale, e purché i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari. Esso impone agli Stati membri l’onere di dimostrare il carattere legittimo della finalità invocata quale giustificazione in funzione dell’osservanza di un’elevata soglia probatoria. Non deve attribuirsi un significato particolare al fatto che il termine «ragionevolmente», impiegato all’art. 6, n. 1, della suddetta direttiva, non compaia nell’art. 2, n. 2, lett. b), della stessa.*” (punto 67);

Corte giust. 13 febbraio 2014 in causa C-596/12 (in *Foro it.*, 2014, IV, 193; annotata da: TOSI, in *Giur. It.*, 2014, 1154; MISCIONE, in *Lavoro giur.*, 2014, 233), laddove – a sostegno dell’obbligo della procedura di licenziamento collettivo anche per i dirigenti – ritiene che “*la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un altro soggetto e sotto la direzione di quest’ultimo, prestazioni in contropartita delle quali percepisce una retribuzione*” (ed ivi richiama, per analogia, la sentenza dell’11 novembre 2010, C-232/09 – in tema di *sicurezza nei luoghi di lavoro* – punto 39 e giurisprudenza ivi citata).

Corte giust. 4 dicembre 2014 (C-413/13), in RIDL, 2015, II, 566, con nota di ICHINO, laddove (§ 33-36) si legge:

“33. Per quanto concerne il procedimento principale, occorre ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, da un lato, un prestatore di servizi può perdere la qualità di operatore economico indipendente, e dunque d’impresa, 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 di detto committente (v., in tal senso, sentenza *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, EU:C:2006:784, punti 43 e 44).

34. Dall'altro lato, la nozione di «lavoratore», ai sensi del diritto dell'Unione, dev'essere essa stessa definita in base a criteri oggettivi che caratterizzino il rapporto di lavoro sotto il profilo dei diritti e degli obblighi degli interessati. Al riguardo, per giurisprudenza costante, la caratteristica essenziale di tale rapporto è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione (v. sentenze N., C-46/12, EU:C:2013:97, punto 40 e giurisprudenza ivi citata, nonché *Haralambidis*, C-270/13, EU:C:2014:2185, punto 28).

35. In quest'ottica, la Corte ha già avuto modo di precisare che la qualifica di «prestatore autonomo», ai sensi del diritto nazionale, non esclude che una persona debba essere qualificata come «lavoratore», ai sensi del diritto dell'Unione, se la sua indipendenza è solamente fittizia e nasconde in tal modo un vero e proprio rapporto di lavoro (v., in tal senso, sentenza *Allonby*, C-256/01, EU:C:2004:18, punto 71).

36. Ne consegue che lo status di «lavoratore» ai sensi del diritto dell'Unione non può essere pregiudicato dal fatto che una persona è stata assunta come prestatore autonomo di servizi ai sensi del diritto nazionale, per ragioni fiscali, amministrative o burocratiche, purché tale persona agisca sotto la direzione del suo datore di lavoro, per quanto riguarda in particolare la sua libertà di scegliere l'orario, il luogo e il contenuto del suo lavoro (v. sentenza *Allonby*, EU:C:2004:18, punto 72), non partecipi ai rischi commerciali di tale datore di lavoro (sentenza *Aegate*, C-3/87, EU:C:1989:650, punto 36) e sia integrata nell'impresa di detto datore di lavoro per la durata del rapporto di lavoro, formando con essa un'unità economica (v. sentenza *Becu e a.*, C-22/98, EU:C:1999:419, punto 26)”.
Coerenti ne risultano le massime:

“2. Il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che la disposizione di un contratto collettivo di lavoro contenente tariffe minime per i prestatori autonomi di servizi, affiliati a una delle organizzazioni di lavoratori parti del contratto, che svolgono per un datore di lavoro, in forza di un contratto d'opera, la stessa attività dei lavoratori subordinati di tale datore di lavoro, esula dall'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE solo qualora tali prestatori siano «falsi autonomi», ossia prestatori che si trovano in una situazione paragonabile a quella di detti lavoratori. Spetta al giudice del rinvio procedere a una tale valutazione (v. punti 22, 23, 30, 41, 42, dispositivo).

3. Prestatori di servizi quali i musicisti che sostituiscono i membri di un'orchestra sono, in linea di principio, imprese nel senso dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, dal momento che offrono i loro servizi dietro corrispettivo in un determinato mercato e esercitano la loro attività come operatori economici indipendenti rispetto ai loro committenti. Tale affermazione non impedisce che una disposizione di un contratto collettivo di lavoro possa essere considerata anche il risultato di un dialogo sociale nell'ipotesi in cui detti prestatori di servizi, in nome e per conto dei quali il sindacato ha trattato, siano in realtà dei «falsi autonomi», ossia dei prestatori che si trovano in una situazione paragonabile a quella dei lavoratori. Infatti, un prestatore di servizi può perdere la qualità di operatore economico indipendente, e dunque d'impresa, 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 di detto committente. Peraltro, la nozione di lavoratore, ai sensi del diritto dell'Unione, dev'essere essa stessa definita in base a criteri oggettivi che caratterizzino il rapporto di lavoro sotto il profilo dei diritti e degli obblighi degli interessati. In quest'ottica, la qualifica di «prestatore autonomo», ai sensi del diritto nazionale, non esclude che una persona debba essere qualificata come lavoratore, ai sensi del diritto dell'Unione, se la sua indipendenza è solamente fittizia e nasconde in tal modo un vero e proprio rapporto di lavoro. Ne consegue che lo status di lavoratore ai sensi del diritto dell'Unione non può essere pregiudicato dal fatto che una persona è stata assunta come prestatore autonomo di servizi ai sensi del diritto nazionale, purché tale persona agisca sotto la direzione del suo datore di lavoro, per quanto riguarda in particolare la sua libertà di scegliere l'orario, il luogo e il contenuto del suo lavoro, partecipi ai rischi commerciali di tale datore di lavoro e non sia integrata nell'impresa di detto datore di lavoro per la durata del rapporto di lavoro, formando con essa un'unità economica (v. punti 27, 31, 33-36)”.

Analogamente, Corte giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, punti 73 ss., in Foro it., 2007., IV, 72, ritiene – con riferimento alla nozione di ragioni obiettive che giustificano il rinnovo dei contratti di lavoro a tempo determinato (ai sensi della direttiva 1999/70/Ce — clausole 1, lett. b, e 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato) – che il legislatore nazionale non possa ammettere “il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato sulla sola base di una disposizione legislativa o regolamentare di carattere generale, senza relazione con il contenuto concreto dell'attività considerata, (che) non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e necessario a tale effetto”.

Infatti la *ratio* — sottesa al principio così enunciato — riposa, essenzialmente, sul rilievo che “il fatto di ammettere che una disposizione nazionale possa, di pieno diritto e senza altra precisazione, giustificare contratti di lavoro a tempo determinato successivi equivarrebbe a ignorare la finalità dell'accordo quadro, che consiste nel proteggere i lavoratori dall'instabilità dell'impiego, e a svuotare di contenuto il principio secondo il quale contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma generale dei rapporti di lavoro”.

3.6. Comune la *ratio decidendi* – sottesa alla giurisprudenza di entrambe le Corti – di precludere, a fonti sotto ordinate, la elusione – attraverso la definizione del *tipo contrattuale* – di diritti che, al lavoro subordinato, sono – inderogabilmente – garantiti dallo stesso *patrimonio costituzionale comune*.¹⁸

¹⁷ Vedi Corte costituzionale 29 marzo 1993, n. 121 (Foro It 1993, I, 2432); 31 marzo 1994, n. 115, (ID, 1994, I, 2656); 7 maggio 2015, n. 76 (ID., 2015, I, 1849), laddove (§8) si legge:

“8.– Per le ragioni fin qui esposte, non appare rilevante il richiamo del giudice rimettente alle sentenze n. 121 del 1993 e n. 115 del 1994 di questa Corte.

Si è inteso, in quelle pronunce, vagliare in modo critico le scelte del legislatore, volte a sottrarre arbitrariamente taluni rapporti di lavoro subordinato alla sfera delle norme inderogabili, espressione di principi costituzionali.

Lo statuto protettivo, che alla subordinazione si accompagna, determina, quale conseguenza ineludibile, l'indisponibilità del tipo negoziale sia da parte del legislatore, sia da parte dei contraenti individuali.

Con il moltiplicarsi degli interventi legislativi di qualificazione espressa dei rapporti di lavoro, l'indisponibilità del tipo negoziale ricopre un ruolo sistematico di rilievo, sia nell'opera adeguatrice dell'interprete, sia nel vaglio di costituzionalità demandato a questa Corte.

La norma censurata, per contro, nella qualificazione del tipo negoziale, non si prefigge una finalità elusiva della disciplina inderogabile che attiene al lavoro subordinato.

Essa pone in evidenza le peculiarità di una prestazione d'opera sottoposta a vincoli di controllo del committente solo in ragione del luogo in cui la prestazione stessa si svolge, e non di un potere direttivo, connotato in senso tipico e speculare all'inserimento degli infermieri nell'organizzazione del lavoro all'interno degli istituti di pena”.

Sul punto, vedi, altresì: Cass. 16 Ottobre 2006, n. 22129, in RIDL, 2007, II, 283, con nota di CATAUDELLA; Cass. 5 settembre 2005, n. 17759, spec. punto 6, in RIDL, 2006, II, 552, con nota di A. AVONDOLA (alle quali si rinvia per riferimenti ulteriori). In dottrina, vedi, per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in Riv.it.dir.lav., 2001, I, 95, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Riguarda, invece, il problema affatto diverso – concernente il criterio discrezionale tra lavoratore subordinato e socio lavoratore di cooperativa di produzione e lavoro (cioè le “condizioni che definiscono la subordinazione in senso stretto, peculiare del rapporto di lavoro, la quale 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 sentenza della corte costituzionale 12 febbraio 1996 n. 30, redattore Mengoni (in Giur. It. 1996, I, 389, n. MASSA PINTO), laddove si legge:

“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 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.

A differenza del prestatore di lavoro definito dall'art. 2094 cod.civ., il **socio** lavoratore di una **cooperativa** di lavoro è vincolato da un contratto che, se da un lato lo obbliga a una prestazione continuativa di lavoro in stato di subordinazione rispetto alla società, dall'altro lo rende partecipe dello scopo dell'impresa collettiva e corrispondentemente gli attribuisce poteri e diritti di concorrere alla formazione della volontà della società, di controllo sulla gestione sociale e infine il diritto a una quota degli utili. Questi diritti e poteri, e la correlativa assunzione da parte dei singoli soci di una quota del rischio d'impresa, giustificano la norma in esame, che li esclude dalla tutela del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto (per ipotesi assunto dallo statuto della società come elemento del trattamento retributivo complessivo del lavoro dei soci) in caso di insolvenza della società”.

All'evidenza, ne risulta indagata la differenza fra due subordinazioni – supponendone l'elemento essenziale comune o, comunque, prescindendo da esso – e non già la differenza, che qui interessa, fra subordinazione ed autonomia.

¹⁸La garanzia del *diritto al lavoro* – nella nostra costituzione (art. 4) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 15) – si coniuga, in tale prospettiva, con la tutela del lavoro, *in tutte le sue forme*, e con la *tutela differenziata* del lavoro subordinato.

La *tutela differenziata* si articola, poi, in una pluralità di diritti, che parimenti risultano garantiti – oltre che dalla costituzione (articoli 1, 2, 3 cpv., 4, 34, 35, 36 e 38 Cost.) – da fonti degli ordinamenti soprannazionali (eurounitario ed internazionale): norme di trattati e direttive in materie sociali e, segnatamente, di lavoro (quali: *parità di trattamento* e *divieto di discriminazioni* tra lavoratori – per ragioni di sesso e per altre ragioni – garanzia per i lavoratori in caso di *trasferimento d'azienda* e di *insolvenza del datore di lavoro* e *sicurezza sociale*) si coniugano, infatti, con le rispettive Carte (Carta sociale europea del Consiglio d'Europa, adottata a Strasburgo il 3 maggio 1996, e *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*).

In altri termini, s'intende precludere – alle fonti sotto ordinate, appunto – di *“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'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato”* : è la stessa Corte costituzionale ad affermarlo – in una pronuncia di accoglimento, in una pronuncia interpretativa di rigetto ed in una pronuncia di rigetto (n. 121 del 1993, n.115 del 1994 e n.76 del 2015, cit.) – con specifico riferimento, sia detto per inciso, a disposizioni di legge che riguardano rapporti di lavoro con amministrazioni pubbliche.

Pur operando sul piano della fattispecie, i limiti – alla *disponibilità dei tipo contrattuale* di lavoro subordinato, appunto – risultano, tuttavia, funzionali alla realizzazione degli *effetti* perseguiti.

In difetto di tali limiti – è la stessa Corte costituzionale a prospettarlo – ne potrebbe derivare *“l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato”*.

Sia pure con l'efficacia diversa — che è propria di ciascuna delle tre tipologie di pronuncia (di accoglimento, appunto, interpretativa di rigetto e di rigetto) ¹⁹ — chiaro ed univoco ne risulta, tuttavia, il principio enunciato, come la ratio decidendi ad esso sottesa.

Peraltro la *economia sociale di mercato* (di cui all'articolo 41 cost.) si coniuga con la *“economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale”* (di cui all'articolo 3, comma 3, TUE).

Concorrono, poi, i principi (quali, ad esempio, il principio di *effettività* e quello di *indisponibilità del tipo contrattuale di lavoro subordinato, appunto*) enunciati dalla giurisprudenza eurounitaria, che ha gli stessi effetti delle fonti, da essa interpretate: vedi M. De Luca, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in *Foro It.*, 2011, V, pag. 216, cit.

Né può essere trascurato che le norme di ordinamenti soprannazionali possono essere, di regola, derogate – soltanto *in melius*, a favore dei lavoratori – da norme degli ordinamenti nazionali.

¹⁹ Su «tipologie» ed «efficacia» delle pronunce della Corte costituzionale, v., per tutti, G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale, Bologna, 1988, 255 ss.; M. DE LUCA, L'assunzione obbligatoria degli «invalidi psichici»: «storia» e prospettive di una pronuncia di accoglimento «annunciata» (nota a Corte cost. 2 febbraio 1990, n. 50), in *Foro it.*, 1990, I, 1107, e, ivi, riferimenti ulteriori, spec. nota 4; AA.VV., Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, Atti del seminario di studi (Roma, palazzo della Consulta, 23-24 novembre 1988), Milano, 1989, passim; MORELLI, La sentenza-monito come preannuncio di incostituzionalità sopravvenuta, in *Giust. civ.*, 1988, I, 592; ID., La sentenza-deplorazione come possibile «dies a quo» dell'incostituzionalità «supervenienti», *ibid.*, 867; ID., Declaratoria di illegittimità «dal momento in cui»: genesi e fondamento di una nuova tipologia di decisioni costituzionali di accoglimento, in *Giur. costit.*, 1988, II, 512; ID., Incostituzionalità sopravvenuta (anche a ridosso di precedenti pronunzie monitorie per successiva inerzia del legislatore) e declaratorie di illegittimità «dal momento in cui» (ovvero anche «ex nunc»). Alla ricerca di nuove tipologie di decisioni costituzionali di accoglimento, al di là del dogma della retroattività dell'effetto, in AA.VV., Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale, cit., 171 ss.; ID., Esiti del seminario, *ibid.*, 417; ID., Sentenza monito, inerzia del legislatore e successiva declaratoria di «incostituzionalità sopravvenuta». Nuove tipologie di decisioni costituzionali di accoglimento al di là del dogma dell'efficacia retroattiva (nota a Corte cost. 16 febbraio 1989, n. 50, *Foro it.*, 1990, I, 822), in *Giust. civ.*, 1989, I, 510; PANZERA, Prime riflessioni sulle «sentenze miste» (ovvero sulla fantasia della corte), in *Giur. costit.*, 2004, 1988.

Nella giurisprudenza, v., per tutte, Corte cost. 15 gennaio 2003, n. 7, *Foro it.*, Rep. 2003, voce Titoli di credito, n. 77, e *Giur. costit.*, 2003, 27, con nota di A. CELOTTO, Le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto?; Cass., 15

Non dissimile risulta, tuttavia, la *ratio* sottesa alla *nozione di lavoratore* – di *portata comunitaria* (ed. ora, eurounitaria) – accolta dalla giurisprudenza *consolidata* della Corte di giustizia.²⁰

3.7. In coerenza con la *ratio* prospettata, la *indisponibilità del tipo contrattuale* di lavoro subordinato è imposta dagli stessi principi, che recano – per quanto si è detto – la garanzia di diritti dei lavoratori, parimenti indisponibili.

E risulta integrata dalla *tipologia sociale* – di *lavoro obiettivamente subordinato*, appunto – attinta dalla realtà sociale.

3.8. Parimenti in coerenza con la *ratio* prospettata, i limiti alla *disponibilità del tipo* non precludono, invece, “*la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato*”, per “*rapporti che oggettivamente (non) abbiano tale natura*”.

Infatti ne può derivare la estensione agli stessi rapporti delle più favorevoli “*norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato*”.^{21 22}

3.9. La posizione gerarchica apicale – nel sistema di fonti e norme nella soggetta materia – comporta, poi, la inderogabilità del principio – di *indisponibilità del tipo contrattuale* di lavoro subordinato – da parte di fonti sotto ordinate.

sez. un., 2 dicembre 2004, n. 22601, Foro it., 2005, I, 60, con nota di richiami, e Dir. e giustizia, 2004, fasc. 47, 41, con nota di BUSCEMA.

²⁰ Vedi riferimenti in M. DE LUCA, Subordinazione e autonomia dopo il recente *riordino* delle tipologie, cit., spec. § 3; ID., *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, cit.; ID: *Rapporto di lavoro di fatto alle dipendenze di amministrazioni pubbliche*, cit., spec. § 2 e ss., cit.; ID., *Privato e pubblico nei rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze di regioni ed enti locali*, cit., spec. § 6, e negli atti del convegno (Lavoro e prev. oggi, 2007, 1199, cit.).

Adde: Corte giust 21 febbraio 2018, nella causa C-518/15, cit., spec. § 28 e 29.

²¹ Vedi Cass. 5 settembre 2005, n. 17759 (RIDL, 2006, II, 552, con nota di AVONDOLA, spec. punto 6, cit., laddove – in relazione, appunto, ai “*limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale in materia di lavoro subordinato*” – rileva testualmente: “*Evidente ne risulta la inapplicabilità dello stesso principio – alla qualificazione ope legis, come subordinato, di rapporti che, oggettivamente, abbiano natura di lavoro autonomo – potendone derivare soltanto la estensione dei più favorevoli “principi, garanzie e diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato”.*”.

²² Né rileva, in contrario, Corte cost. 5 dicembre 2008, n. 399 (in Riv. it. dir. lav., 2009, II, 304, con nota di ICHINO; Lavoro giur., 2009, 247, con nota di DI LEO; Argomenti dir. lav., 2009, 765, n. BORZAGA; Giur. costit., 2008, 4648, con note di PIAZZA e PESSI), che dichiara costituzionalmente illegittima – perché irragionevole (in violazione dell’art. 3, primo comma, cost.) – la *disciplina transitoria* (di cui all’articolo 86, 1° comma, d.leg. 10 settembre 2003 n. 276) – che estende, sostanzialmente, il divieto di collaborazioni coordinate e continuative *non riconducibili ad un progetto* – e ne commina la *conversione*, in forza di *fictio iuris* (sono considerati), in *rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data della loro costituzione* – a contratti già stipulati alla data di entrata in vigore dello stesso decreto legislativo (in conformità della disciplina allora vigente), che – pur avendo ad oggetto genuine prestazioni di lavoro autonomo – non siano, tuttavia, *riconducibili ad un progetto*.

Infatti non ne risulta preclusa – a regime, ma solo per il passato – la *conversione* in *rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data della loro costituzione* – in forza della prevista *finzione giuridica* (sono considerati) – di rapporti aventi ad oggetto *genuine prestazioni di lavoro autonomo*.

Non priva di rilievo – a tale proposito – pare, tuttavia, la enunciazione dello stesso principio (anche) in una *fonte* dell'ordinamento eurounitario, quale la giurisprudenza della Corte di giustizia.²³

In coerenza con la base giuridica²⁴ – sulla quale riposa – il *primato* dell'ordinamento comunitario (ed, ora, *eurounitario*) – nelle materie di propria competenza – comporta., per quel che qui interessa, l'applicazione delle disposizioni eurounitarie – dotate di *efficacia diretta* – in luogo delle disposizioni interne configgenti.

Né pare dubbio – in dipendenza della fonte e del contenuto normativo *immediatamente precettivo* – che il principio di *indisponibilità dei tipo contrattuale* di lavoro subordinato sia dotato di *efficacia diretta*.

Come tale, lo stesso *principio* deve essere applicato – per quanto si è detto – in luogo delle disposizioni confliggenti di fonti degli ordinamenti interni degli stati membri.

Mentre il contrasto con principio di contenuto identico – recato dalla nostra costituzione – può dare luogo soltanto alla proposizione della questione di legittimità costituzionale della disposizione di legge confligente.

Peraltro l'ordinamento eurounitario *prevale* rispetto alle disposizioni confliggenti – anche di fonte costituzionale – degli ordinamenti interni.

Ne risulta – sia pure in denegata prospettiva, nel difetto di un rilievo immediato – la salvaguardia dal rischio – indagato dal più classico dei classici sulla democrazia – di qualsiasi *dittatura della maggioranza*.²⁵

²³ Non può essere trascurato, infatti, il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario (o, comunque, la efficacia erga omnes), che - secondo la giurisprudenza della stessa Corte di giustizia (vedine le sentenze 13 maggio 1981, causa 66/80, in Foro it., 1982, IV, 364; 6 luglio 1995, causa 62/93, Raccolta, 1995. I, 1883) e della nostra Corte costituzionale (vedine le sentenze 18 aprile 1991, n. 168, Foro it., 1992, I, 660; 11 luglio 1989, n. 389, id., 1991, I, 1076; 23 aprile 1985, n. 113, id., 1985, I, 1600) – deve essere riconosciuto alle sentenze della Corte di giustizia delle comunità europee (ora dell'Unione europea).

Anche la nostra Corte di cassazione attribuisce espressamente tale valore alle sentenze della Corte di giustizia, nel senso che esse ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità; tale efficacia andrebbe riconosciuta a tutte le sentenze della corte che siano emesse in sede contenziosa o pregiudiziale: v. Cass., sez. un., 11 novembre 1997, n. 11131, Foro it., 1998, I, 57.

²⁴ La fonte interna (art. 11 e 117, 1° comma, cost.) si coniuga – in tale prospettiva – con la *dichiarazione relativa al primo numero 17* – allegata al Trattato UE – del seguente tenore letterale:

” La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza.

Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260)”.

²⁵ ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano, Rizzoli, 2003, spec. Libro secondo, capitolo VII (*l'onnipotenza della maggioranza negli Stati Uniti e i suoi effetti*), pag. 253 ss.

Sul punto, vedi M.DE LUCA, *Flessibilità del lavoro, in funzione della competitività nel mercato globale, e garanzia costituzionale dei diritti dei lavoratori*, Foro It., 2009, V, 442.

3.10. “Non sarebbe comunque consentito 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’ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato”: è la stessa Corte costituzionale ad affermarlo (vedi *retro*).

Lo stesso limite, tuttavia, pare imposto – a qualsiasi fonte, anche costituzionale, dell’ordinamento interno – da fonte dell’ordinamento eurounitario, quale la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea (vedi *retro*).

Ed il *primato* dello stesso ordinamento eurounitario – come pure è stato ricordato – ne comporta l’applicazione in luogo della disposizione confliggente di qualsiasi fonte interna.

3.11. Nel rispetto del *principio di indisponibilità*, la definizione del tipo contrattuale di lavoro subordinato, tuttavia, rientra nella *potestà legislativa* dello stato.

Va ricondotta, infatti, alla materia dell’*ordinamento civile* (di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera I, della costituzione) ed, in precedenza, alla materia del *diritto privato* – parimenti riservata ²⁶ alla *competenza esclusiva* dello stato, appunto – ed esula, di conseguenza, dalla *competenza regionale*. ²⁷

Né può essere dal legislatore delegata alla contrattazione collettiva — è la stessa Corte costituzionale a stabilirlo ²⁸ — e, tanto meno, al contratto individuale, che — in materia di lavoro subordinato, appunto — non può creare *contratti atipici* (ai sensi dell’art. 1322 c.c.)

²⁹ .

²⁶Prima della riforma del Titolo V della parte seconda della costituzione.

²⁷Sulla *competenza* del legislatore statale nella definizione dei tipi contrattuali — anche con riferimento al periodo precedente la riforma del Titolo V della parte seconda della costituzione — vedi, per tutte, Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 50, Foro it., 2006, I, 365, con nota di MALFATTI; Mass. giur. lav., 2005, 269, con nota di BARBIERI; Dir. e pratica lav., 2005, 743, con nota di SERVELLO; Argomenti dir. lav., 2005, 391, con nota di PESSI; Riv. giur. lav., 2005, II, 417, con nota di GARILLI; Giur. cost., 2005, 395, con nota di SCAGLIARINI; Riv. it. dir. lav., 2005, II, 502, con nota di ALBI; Corte cost. n. 234 del 2005, annotata da A.M. BENEDETTI, “*Ordinamento civile*” e “*tutela e sicurezza del lavoro*”: un *apparente “contrasto” tra materie?*, in Consulta on line ed in forum di quaderni costituzionali; Corte cost. n. 282 del 2004; n. 352 del 2001; n. 82 del 1998.

Vedi, altresì, Corte cost. 19 dicembre 2003, n. 359 — sia pure con riferimento a tipizzazione di illecito (mobbing) — Foro it., 2004, I, 1692 e 2320, con nota di COSIO, e Riv. giur. lav., 2004, II, 19, con nota di ANGIOLINI; Mass. giur. lav., 2004, 297, con nota di LANOTTE; Riv. it. dir. lav., 2004, II, 239, con nota di GHIRARDI; Giur. cost., 2003, 3709, con nota di RESCIGNO; Riv. it. dir. lav., 2004, II, 484, con nota di CORSO; Contratti, 2004, 177, con nota di ALPA.

La *competenza* dello stato — in tema di *ordinamento civile* — pare ribadita dalla nuova *riforma del titolo V*, attualmente in corso di approvazione (art. 117, lettera I. come *sostituito* dall’articolo 31 di AC 2613 B).

²⁸Sul punto, vedi Corte costituzionale 29 marzo 1993, n. 121; 31 marzo 1994, n. 115; 7 maggio 2015, n. 76 tutte citate.

Vedi, altresì, Cass. 16 ottobre 2006, n. 22129; 5 settembre 2005, n. 17759, spec. punto 6, cit.

In dottrina, v., per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato, cit-.

²⁹ Infatti l’introduzione di elementi specializzanti — rispetto al prototipo del contratto di lavoro a tempo indeterminato oppure ad altri tipi contrattuali, parimenti di fonte legale (a termine, appunto, part-time ed altri) — non comporta, in nessun caso, la creazione di un tipo diverso — affidato all’autonomia delle parti e soggetto alla disciplina per esso prevista (art. 1323 c.c.) — ma ne impone la sussunzione in — oppure la riconduzione a — tipi contrattuali, appunto,

3.12. In tale prospettiva, il *tipo sociale*, peraltro storicamente variabile, di *lavoro subordinato* — nel quale sembra potersi identificare il contratto che «oggettivamente (ha) tale natura» (nell'accezione accolta dalla Corte costituzionale, in sostanziale coerenza con la Corte di giustizia) — diventa, quindi, parametro imposto — dal *patrimonio costituzionale comune* — al legislatore, che — per quanto si è detto — è deputato a definire il tipo contrattuale corrispondente³⁰.

Tantomeno è consentito discostarsi — dal tipo sociale prospettato — nella qualificazione, in concreto, dei contratti individuali di lavoro — sulla base del tipo contrattuale definito, appunto, dal legislatore — quale che sia la fonte o la sede della stessa qualificazione (giurisdizionale, amministrativa³¹ o contrattuale).

In altri termini, al contratto di lavoro — che «oggettivamente (abbia) natura» di lavoro subordinato — non può essere negata la qualificazione giuridica corrispondente, né in sede di definizione, in astratto, del tipo contrattuale — affidata alla *competenza* del legislatore statale — né in sede di qualificazione, in concreto, dello stesso contratto.

Il principio di *effettività* — che da sempre identifica, nelle concrete modalità di svolgimento del rapporto di lavoro, l'oggetto della qualificazione giuridica dello stesso rapporto come subordinato³² — sembra diventare, quindi, parametro costituzionale per la stessa definizione legale del tipo contrattuale corrispondente, prima che della qualificazione, in concreto, dello stesso rapporto.

3.13. Né può essere trascurata la sostanziale analogia — se non proprio la totale coincidenza — tra il principio costituzionale in esame (l'imposizione di limiti, appunto, alla disponibilità del tipo contrattuale di lavoro subordinato) ed il *principio di effettività*, che

soggetti alla specifica disciplina tipica rispettiva, parimenti di fonte legale: in altri termini, i contratti di lavoro subordinato non sono mai atipici (ai sensi dell'art. 1322 c.c.).

³⁰ Sulla *tipizzazione sociale* dei contratti — che, di regola, ispira i contratti atipici (di cui all'art. 1322 c.c.) e ne anticipano la tipizzazione giuridica — v., per tutti, DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, spec. 3 ss., 173 ss.; F. DATTILO, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in Riv. dir. civ., 1984, I, 786 ss.

In materia di lavoro subordinato, tuttavia, la stessa tipizzazione sociale — oltre che costituire, per quanto si è detto, parametro costituzionale per la definizione legale del tipo giuridico corrispondente — può soltanto ispirare, per quanto si è detto, l'introduzione di elementi specializzanti — nei tipi contrattuali di fonte legale — senza creare, come pure si è detto, contratti atipici (di cui all'art. 1322 c.c.).

³¹ Si pensi, ad esempio, alle sedi della certificazione.

³² In tal senso è la giurisprudenza consolidata; v., per tutte, Cass. 11 settembre 2003, n. 13375, Foro it., 2003, I, 3321; 2 settembre 2003, n. 12776, e 7 aprile 2003, n. 5426, id., Rep. 2003, voce Ferrovie e tramvie, nn. 26 e 27; 9 maggio 2003, n. 7139, id., Rep. 2004, voce Lavoro (rapporto), n. 696, e Informazione prev., 2003, 832; 18 marzo 2004, n. 5520, Foro it., Rep. 2004, voce cit., n. 955, e Orient. giur. lav., 2004, I, 161; 8 giugno 2005, n. 11952, Foro it., Rep. 2005, voce cit., n. 1054, e Dir. e giustizia, 2005, fasc. 31, 22, con nota di CAROPPOLI.

risulta elaborato dalla giurisprudenza costante della Corte di giustizia delle Comunità europee³³ — parimenti con riferimento al rapporto tra fonti ordinate gerarchicamente (quali le fonti dell'ordinamento comunitario, sopraordinate rispetto alle fonti degli ordinamenti interni degli Stati membri) — nel senso che gli ordinamenti nazionali non possono, in nessun caso, rendere «in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario».

3.14. I prospettati limiti alla disponibilità del tipo contrattuale, sono, quindi, funzionali a garanzie e tutele, parimenti costituzionali — in materia di lavoro subordinato — che sono deputate a governare — sul piano degli effetti — il rapporto di lavoro, alle dipendenze di qualsiasi datore di lavoro.

Quando il rapporto di lavoro intercorre con amministrazioni pubbliche³⁴, tuttavia, le garanzie e tutele prospettate non possono prescindere dalla — verifica circa la — loro compatibilità con altri principi — parimenti costituzionali — che riguardano, specificamente, le stesse amministrazioni e trovano applicazione anche dopo la *privatizzazione* dell'impiego alle loro dipendenze (13).³⁵

Si tratta, essenzialmente, dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'organizzazione amministrativa, del pubblico concorso per l'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni (art. 97, 1° e 3° comma, Cost.) e del servizio esclusivo alla nazione dei pubblici impiegati (art. 98, 1° comma, Cost.).

3.15. Elemento *essenziale* del rapporto di *lavoro obiettivamente subordinato* — che costituisce, per quanto si è detto, *parametro* per la definizione del *tipo* e, ad un tempo, per la qualificazione giuridica delle fattispecie concrete — è la *subordinazione*, intesa quale vincolo di soggezione personale del prestatore al *potere direttivo* del datore di lavoro, che

³³ Vedi, per tutte, Corte giust. 16 maggio 2000, causa C-78/98, punto 31, Foro it., Rep. 2001, voce Unione europea, n. 921, e Raccolta, 2000, I, 3201; 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, punto 57, inedita; 26 ottobre 2006, causa C-168/05, punto 24, inedita.

³⁴ Sul punto, vedi M. DE LUCA, *Rapporto di lavoro di fatto alle dipendenze di amministrazioni pubbliche*, cit.

³⁵ La privatizzazione del pubblico impiego, infatti, non preclude l'applicazione dei principi costituzionali (di cui agli art. 97 e 98 Cost.), che risultano correlati alla permanente natura pubblica delle amministrazioni datrici di lavoro. V., per tutte, Corte cost. 27 marzo 2003, n. 89, Foro it., 2003, I, 2258; 6 luglio 2004, n. 205, id., 2005, I, 37.

Sullo stesso punto, da ultimo, v. Corte cost. 9 novembre 2006, n. 363, id., 2007, I, 15 (alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori), secondo cui «Il concorso pubblico — quale meccanismo imparziale di selezione tecnica e neutrale dei più capaci sulla base del criterio del merito — costituisce la forma generale e ordinaria di reclutamento per le pubbliche amministrazioni. Esso è posto a presidio delle esigenze d'imparzialità e di efficienza dell'azione amministrativa. Le eccezioni a tale regola consentite dall'art. 97 Cost., purché disposte con legge, debbono rispondere a 'peculiari e straordinarie esigenze d'interesse pubblico'»; Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2006, n. 4636, inedita (alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori), secondo cui la regola del pubblico concorso «è posta a tutela non solo dell'interesse pubblico alla scelta dei migliori, mediante una selezione aperta alla partecipazione di coloro che siano in possesso dei prescritti requisiti, ma anche del diritto dei potenziali aspiranti a poter partecipare alla relativa selezione (Cons. Stato, ad. plen., 29 febbraio 1992, n. 2, id., 1992, III, 436; sez. IV 29 luglio 2000, n. 4188, id., Rep. 2001, voce Impiegato dello Stato, n. 315; sez. V 4 aprile 2002, n. 1859, id., Rep. 2002, voce Concorso a pubblico impiego, n. 76; sez. IV 29 aprile 2002, n. 2272, id., Rep. 2003, voce Sanitario e personale della sanità, n. 53)».

inerisce alle intrinseche modalità di svolgimento – e non già al risultato – delle prestazioni lavorative.

Pare consolidata – in tal senso – la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea³⁶ e della nostra giurisprudenza costituzionale³⁷ e di legittimità.³⁸

3.16. Non sono alternativi – rispetto all'elemento essenziale della subordinazione, intesa quale vincolo di soggezione personale del prestatore al *potere direttivo* del datore di lavoro – altri elementi che sono, bensì, *caratteristici* del rapporto di lavoro subordinato³⁹, ma risultano, talora, comuni a rapporti di lavoro *non subordinato*.⁴⁰

Il carattere meramente *sussidiario* di tali elementi si coniuga con la loro *funzione ermeneutica ed indiziaria*⁴¹, che risulta di particolare rilievo nelle ipotesi di *subordinazione*

³⁶ Vedi riferimenti in M. DE LUCA, *Subordinazione e autonomia dopo il recente riordino delle tipologie*, cit., spec. § 3; ID., *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, cit.; ID., *Rapporto di lavoro di fatto alle dipendenze di amministrazioni pubbliche*, cit., spec. § 2 e ss., cit.; ID., *Privato e pubblico nei rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze di regioni ed enti locali*, cit., spec. § 6, e negli atti del convegno (Lavoro e prev. oggi, 2007, 1199, cit.).

Adde: Corte giust 21 febbraio 2018, nella causa C-518/15, cit., spec. § 28 e 29, laddove si legge: “28, (.....). Secondo la costante giurisprudenza in materia, deve essere qualificata come *«lavoratore»* una persona che svolga attività reali ed effettive, restando escluse quelle attività talmente ridotte da poter essere definite puramente marginali e accessorie. La caratteristica che definisce un rapporto di lavoro risiede nella circostanza per la quale una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni a fronte delle quali riceve una retribuzione (sentenza del 26 marzo 2015, Fenoll, C-316/13, EU:C:2015:200, punto 27 e giurisprudenza citata). 29. La Corte ha altresì precisato che la natura giuridica di un rapporto di lavoro con riguardo al diritto nazionale non può avere alcuna conseguenza sulla qualità di lavoratore ai sensi del diritto dell'Unione (sentenza del 20 settembre 2007, Kiiski, C-116/06, EU:C:2007:536, punto 26 e giurisprudenza citata)”.

³⁷ Vedi Corte costituzionale 29 marzo 1993, n. 121, cit.; 31 marzo 1994, n. 115, cit.; 7 maggio 2015, n. 76, cit.

³⁸ Vedi, per tutte, Cass. 19 agosto 2013, n. 19199, inedita (a quanto consta); 27 luglio 2009, n. 17455 (Or. Giur. Lav., 2009, I, 609); 15 giugno 2009, n. 13858 (Foro it. 2010, I, 116); 9 marzo 2009 n. 5645, inedita (a quanto consta). Palese risulta la coerenza della giurisprudenza con l'insegnamento autorevole del nostro maggiore studioso della subordinazione, che – nei suoi ultimi scritti – propone la *etero-direzione*, appunto, quale criterio discrezionale della subordinazione: vedi L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Relazione*, in G. DEODATO, E. SINISCALCHI (a cura), *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali de terziario*, Milano, 1989, 95 ss.; ID., *Fra autonomia e subordinazione*, in Studi in onore di Pietro Schlesinger, Milano, 2004, III, 2052 ss. (discostandosi da suoi contributi precedenti: ID., *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Napoli, 197).

³⁹ Quali: oggetto dell'obbligazione del prestatore (*locatio operis* oppure *operarum*); inserimento del prestatore nell'organizzazione aziendale del datore di lavoro; inesistenza di rischio e di organizzazione di impresa in capo al prestatore; continuità della prestazione; obbligo di osservare un orario di lavoro; cadenza e forma della retribuzione; utilizzazione di strumenti ed ambienti di lavoro messi a disposizione dal datore di lavoro etc.

⁴⁰ Ad esempio, l'inserimento del prestatore nell'organizzazione aziendale altrui costituisce elemento essenziale della *parasubordinazione*: vedi, per tutte, Cass. 19 aprile 2002, n. 5692, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2002, 1164, con nota di GIRARDI; 9 gennaio 1996, n. 96, ID., 1996, 603.

E, comunque, non esclude – nella stessa prospettiva della giurisprudenza – l'indefettibile soggezione del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro.

Considerazioni analoghe possono essere riferite, tuttavia, ad altri *elementi sussidiari*.

⁴¹ Oltre Cass, n. 5645 del 9 marzo 2009, cit., vedi Cass. n. 21028/2006 (NGL, 2006, 737), n. 4171/2006 (FI, 2007, I, 93), n. 20669/2004 (inedita, a quanto consta).

Sul punto, vedi, da ultima Cass. 6 gennaio 2015, n. 66 (in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2015, 136; Guida al lavoro, 2015, fasc. 6, 40, on nota di G. BULGARINI D'ELCI, *Call center, più peso agli indici sussidiari per la subordinazione*) che – in tema di qualificazione del rapporto di lavoro nel call center – perviene alla conclusione così *massimata*:

“l'esistenza della subordinazione, in assenza di univoci indici di assoggettamento del lavoratore al potere gerarchico e disciplinare del datore di lavoro, va accertata sulla base di elementi sussidiari desumibili dallo svolgimento in concreto

affievolita – in dipendenza della qualità professionale della prestazione (intellettuale o, comunque, di professionalità elevata) e/o gerarchico del prestatore (quale il dirigente apicale o *top manager*) – nelle quali la indefettibile soggezione del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro non si coniuga, talora, con l'esercizio effettivo dello stesso potere.⁴²

3.17. *Funzione indiziaria* analogo può assolvere – specialmente nelle stesse ipotesi *subordinazione affievolita* – anche la c.d. *autoqualificazione contrattuale* del rapporto di lavoro.

Questa, tuttavia, non può – in ossequio allo stesso principio di *indisponibilità del tipo contrattuale* di lavoro subordinato – negare tale qualificazione a rapporto di lavoro *obiettivamente subordinato* – quale risulta dalle concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, come descritte nello stesso contratto individuale oppure praticate effettivamente – mentre può qualificare *subordinato* un rapporto di lavoro che tale non sia.⁴³

3.18. Muovendo dal *concetto* di *lavoro obiettivamente subordinato* – connotato, per quanto si è detto, dall'indefettibile elemento essenziale della *subordinazione*, quale soggezione del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro – la qualificazione giuridica della fattispecie concreta pare affidata all'esito del *giudizio sussuntivo*, volto a verificarne l'identità – o meno – con il *concetto prospettato*.⁴⁴

del rapporto di lavoro, quali l'osservanza di un orario di lavoro fisso su base giornaliera e settimanale, nonché la percezione di una retribuzione mensile”.

La *ratio decidendi* risulta, poi, così articolata:

*“In primo luogo l'espletamento di mansioni di addetta a call center espletate con l'osservanza di un orario di lavoro fisso di 4 ore al giorno per 5 giorni alla settimana dietro percezione d'una retribuzione mensile costituisce già di per sé un quadro indiziario che i giudici di merito avrebbero dovuto valutare (cosa che invece hanno del tutto ommesso di fare) e, se del caso, approfondire in via istruttoria, senza limitarsi all'affermazione apodittica dell'irrelevanza di tali circostanze di fatto sol perché non riproducono testualmente i noti caratteri della subordinazione quali la sottoposizione al potere gerarchico e disciplinare, che - al contrario - ben si possono desumere (sempre secondo costante giurisprudenza di questa Corte Suprema) proprio dalle concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa (cfr., da ultimo, Cass. n. 4524/11)”. In senso contrario, pare M. PERSIANI, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema della individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in Studi in onore di F. SANTORO PASSARELLI, Napoli 1972, vol. V.*

⁴² Sulla *subordinazione attenuata*, vedi, per tutte, Cass. n. 7517 del 15 maggio 2012 (Giust. Civ., 2013, I, 1008), n. 18414 del 1° agosto 2013 (inedita, a quanto consta), con riferimento al lavoro dirigenziale; n. 22785 del 7 ottobre 2013 (inedita, a quanto consta), con riferimento all'attività giornalistica; n. 19568 del 26 agosto 2013 (MGL, 2014, 13, con nota di FILIPPONE), con riferimento alla *natura professionale ed intellettuale* della prestazione lavorativa di *medico responsabile del servizio di analisi*.

⁴³ Sul punto, vedi, per tutte, Cass. n. 19199 del 19 agosto 2013 (inedita, a quanto consta); n. 17455 del 27 luglio 2009 (Or. Giur. Lav., 2009, I, 600); n. 13872 del 23 luglio 2004 (inedita, a quanto consta);

⁴⁴ Sui *metodo giuridico*, vedi: L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 11 ss.

Elementi *sussidiari* ed *indiziari* – ivi compresa l'*autoqualificazione* del rapporto – assumono rilievo, invece, soltanto *sul piano ermeneutico*, cioè nel momento valutativo inerente alle operazioni preliminari di ricerca dei termini della sussunzione per individuare, appunto, la “*sezione della realtà sociale determinata dalla norma come proprio ambito operativo*”.

Non incidono, quindi, sul *concetto* di *lavoro obiettivamente subordinato*, ma soltanto sulla ricostruzione della fattispecie concreta in funzione, appunto, della (eventuale) *sussunzione* in quel concetto.

Né sembrano assumere rilievo – quali *elementi tipizzanti* – in funzione della *riconduzione* della fattispecie concreta – *per approssimazione* – ad un *tipo normativo* di rapporto di lavoro subordinato, previamente descritto.

3.19. Coerente con la prospettata opzione per il *metodo sussuntivo* – che pare accolto dalla nostra giurisprudenza di legittimità nella soggetta materia, peraltro, in coerenza con il codice civile – sono le implicazioni diverse dello stesso *metodo* – rispetto al *metodo tipologico* – sul rilievo che ciascuno assegna alla realtà sociale, da un lato, ed al potere *discrezionale* del giudice, dall'altro.⁴⁵

3.20. Le conclusioni – in tema di qualificazione giuridica del rapporto di lavoro – risultano, tuttavia, coerenti con l'*incipit*.

In altri termini, l'*indisponibilità del tipo contrattuale* di lavoro subordinato assume rilievo, anche in tale prospettiva.

Sul *metodo sussuntivo e tipologico* (in generale), vedi DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, spec. 121 ss.; F. DATTILO, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in Riv. dir. civ., 1984, I, 786 ss.

Sul «metodo» nel diritto del lavoro, vedi: L. NOGLER, *Rilettura giuslavoristica di “Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico”*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 128/2011 ed in Jus, 2012, 59, spec. § 6.2 *La diatriba sul metodo di qualificazione dei rapporti di lavoro*, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; ID., *Ancora su “tipo” e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in Argomenti dir. lav., 2002, 109 ss.; ID., *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, in Giornale dir. lav. Relazioni ind., 1991, 107; ID., *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, Riv. It. dir. lav., 1990, I, 182; R. SCOGNAMIGLIO, *Una riflessione sul metodo giuridico*, in Riv. It. dir. lav., 2008, I, 477; P. TOSI, *Il metodo nel diritto del lavoro – La lezione di Luigi Mengoni*, in Argomenti dir. lav., 2007, 874; M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in Argomenti dir. lav., 1995, 1 ss.; ID., *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, ivi, 2000, 1ss; ID., *Ricordando Massimo D'Antona: ancora sulla questione del metodo del diritto del lavoro*, in Argomenti dir. lav., 2004, 917; G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in Argomenti dir. lav., 2002, 87; L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in Riv. it. dir. lav., 1986, I, 5; M. D'ANTONA, *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, in Riv. critica dir. privato, 1988, 195; G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1987, 19 ss.

Vedi, altresì, M. DE LUCA, *Autonomia e subordinazione nella giurisprudenza di legittimità: la risposta della giurisprudenza alla «sfida post-industriale», aspettando... Godot*, in: Foro it., 1989, I, 2909, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁴⁵ Sul punto, vedi M. DE LUCA, *Subordinazione e autonomia dopo il recente riordino delle tipologie*, cit., spec. § 3.

Coerentemente, la qualificazione di un rapporto di lavoro – come subordinato – risulta *pregiudiziale*: preclude, infatti, ogni diversa qualificazione per lo stesso rapporto, da un lato, e prescinde dalla qualificazione diversa – che ne sia stata prospettata – dall'altro.

Ad esempio – in presenza dei *connotati che definiscono il prestatore di lavoro subordinato* – non è configurabile, in nessun caso, l'associazione in partecipazione con *apporto* di una prestazione di lavoro da parte dell'associato: è la stessa Corte costituzionale ad affermarlo.⁴⁶

Mentre la negazione del rapporto di lavoro subordinato – in difetto dell'elemento essenziale della *subordinazione* – prescinde dalla qualificazione diversa (in ipotesi, di associazione in partecipazione con *apporto* di una prestazione di lavoro da parte dell'associato), che sia stata prospettata per lo stesso rapporto.⁴⁷

3.21. Il *principio di indisponibilità* presidia – per quanto si è detto – la definizione del *tipo contrattuale* di lavoro subordinato.

Né risulta incompatibile – per quanto si è detto – con la *specialità* dello stesso rapporto – che connota il *lavoro agile* – in dipendenza della *modalità di esecuzione*.

3.22. Dallo stesso *principio di indisponibilità* esula, invece, il lavoro autonomo.

Ne risulta, quindi, definito – in negativo – dalla collocazione, appunto, al di fuori dell'area della *indisponibilità*.

Nell'ambito, poi, della *categoria* – definita, appunto, in negativo – resta, parimenti, affidata alla *discrezionalità* del legislatore, appunto, la definizione – in positivo – del *tipo generale* e dei *tipi speciali* di lavoro autonomo.

Nel difetto dei requisiti identificativi di *tipi speciali*, tuttavia, trova applicazione – quale *residuale* – il *tipo generale* (di cui all'articolo 2222 c.c.).⁴⁸

⁴⁶ Vedi Corte cost. 15 luglio 1992, n. 332, in Foro it., 1992, I, 2903.

⁴⁷ Vedi Cass. 8 febbraio 2010, n. 2728, in ADL, 2010, 943, con nota di CAPONETTI.

⁴⁸ Vedi M. DE LUCA, Subordinazione e autonomia dopo il recente *riordino* delle tipologie, cit., spec. § 4.

4.Segue: *modalità di esecuzione del rapporto.*

Né la prospettata *indisponibilità* – di tipologia contrattuale, appunto, e di diritti per essa garantiti – può essere derogata – come è stato anticipato – dalla disciplina contestualmente dettata dalla stessa legge sul *lavoro agile*.

Tanto più ove si consideri che tale disciplina riguarda – esclusivamente – la *speciale* modalità di esecuzione del rapporto.

E concorre con la disciplina dettata per il lavoro subordinato.

In altri termini, il *lavoro agile* coniuga la disciplina del lavoro subordinato – che ne costituisce la tipologia contrattuale, sia pure *speciale* – con quella della *modalità di esecuzione del rapporto*, che ne integra, appunto, l'*elemento specializzante*.

4.1.Intanto riguarda soltanto l'esecuzione della "*prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali*" – per espressa previsione della legge (articolo 19) – l'accordo delle parti e la forma scritta, per esso contestualmente prevista "*ai fini della regolarità amministrativa e della prova*".

La forma scritta dell'accordo – "*ai fini della regolarità amministrativa*" – risulta funzionale, essenzialmente, alla sua *comunicazione obbligatoria*.⁴⁹

Peraltro la stessa forma – essendo prescritta *ad probationem* e non *ad substantiam* – rende inammissibile la prova testimoniale (salvo che per dimostrare la perdita incolpevole del documento) e quella per presunzioni⁵⁰ dell'accordo delle parti, in funzione degli effetti che ne derivano.

4.2.Per il contratto individuale di lavoro subordinato, sia pure *speciale* – quale, appunto, il *lavoro agile* – resta inessenziale qualsiasi accordo tra le parti.

⁴⁹ L'articolo 23, comma 1, della legge n. 81 del 2017 stabilisce, infatti, testualmente: "*1.L'accordo per lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità di lavoro agile e le sue modificazioni sono oggetto delle comunicazioni di cui all'articolo 9-bis del decreto-legge 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 novembre 1996, n. 608, e successive modificazioni.*"

Il riferimento è dunque alle comunicazioni obbligatorie in caso di assunzione, cessazione, trasformazione dei rapporti di lavoro, il cui inadempimento o ritardo comporta l'applicazione di determinate sanzioni amministrative pecuniarie. Successivamente, con circolare 2 novembre 2017, n. 48 l'INAIL – tra le altre cose – informava (irritualmente) che a partire dal 15 novembre sul portale del Ministero del Lavoro sarebbe stata disponibile una piattaforma informatica utile alla trasmissione degli accordi (e dei relativi dati) individuali di lavoro agile, sulla falsa riga delle comunicazioni degli accordi aziendali in materia di premio di risultato di cui al D.M. 25 marzo 2016. Il Ministero ha poi reso disponibile sia l'applicativo che il manuale per l'utente.

⁵⁰ In tal senso vedi, per tutte, Cass. 16 marzo 2015, n. 5165; 14 agosto 2014, n.17986; 28 gennaio 2013, n. 1824.

In base al *principio di effettività*, infatti, è sufficiente – per quanto si è detto – la sussistenza di un *rapporto di lavoro obiettivamente subordinato*.

E, comunque, continua a trovare applicazione – per l'eventuale accordo tra le parti – il principio generale della *libertà di forma*, che vige per qualsiasi contratto individuale di lavoro subordinato.⁵¹

4.3. Parimenti riguarda soltanto l'esecuzione della *“prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali”* – per espressa previsione della legge (articolo 19, cit.) – la disciplina, demandata allo stesso accordo, in materia di *“forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro e (...) strumenti utilizzati dal lavoratore”*.

Pertanto resta unilaterale il potere direttivo del datore di lavoro⁵², del quale l'accordo è deputato a disciplinare soltanto l'esercizio.

E – per il lavoro prestato *all'interno dei locali aziendali* – resta unilaterale anche il suo esercizio.

Per lo stesso lavoro – *all'interno dei locali aziendali*, appunto – resta ferma, altresì, la disciplina generale degli *strumenti di lavoro*: *controlli a distanza* si coniugano, in tale prospettiva, con la sicurezza del lavoro.⁵³

4.4. Parimenti riguarda soltanto il lavoro – *prestato all'esterno ai locali aziendali* – la disciplina, che la legge demanda all'accordo tra le parti, in materia di *“tempi di riposo del lavoratore nonche' le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro”*.

⁵¹ Sul punto, vedi, per tutte, Cass. 9 agosto 2012, n. 14343; 13 luglio 2001 n. 9554; Cass. 12 giugno 1998 n. 5922.

⁵² Tanto più la conclusione proposta s'impone ove si consideri che il potere direttivo del datore di lavoro (c.d. *eterodirezione*) costituisce – per quanto si è detto – elemento essenziale del *rapporto di lavoro obiettivamente subordinato*, al quale deve *conformarsi* il legislatore – nella definizione del *tipo contrattuale* di lavoro subordinato, appunto – e, di conseguenza, la qualificazione giuridica delle fattispecie concrete.

Né il legislatore può *delegare* la definizione del tipo alla contrattazione collettiva e, tanto meno, al contratto individuale.

⁵³In tema di sicurezza nel *lavoro agile*, vedi Lorenzo Maria Pelusi, *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, cit-

E deve risultare, peraltro, rispettosa della normativa inderogabile in materia di orario di lavoro e riposi .

L'esplicita garanzia del *diritto alla disconnessione*, tuttavia, sembra confermare, vieppiù, l'inderogabilità di limiti di orario, appunto, e di durata dei riposi.⁵⁴

4.5. Riguarda, poi, soltanto il *lavoro, prestato all'esterno dei locali aziendali*, anche la previsione – parimenti affidata all'accordo tra le parti (secondo comma dello stesso articolo 19 cit.) – della prestazione *a termine o a tempo indeterminato*.

Coerentemente, la previsione della prestazione a termine non incontra – per il *lavoro esterno ai locali aziendali*, appunto – i limiti e le condizioni, che sono inderogabilmente stabiliti per l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato.

Tali limiti e condizioni continuano a trovare applicazione, tuttavia, al contratto e rapporto di lavoro subordinato – sia pure *speciale* – quale, appunto, il *lavoro agile*.

4.6. Alla stessa conclusione sembra doversi pervenire, altresì, con riferimento alla disciplina – contestualmente demandata all'accordo tra le parti – in materia di *recesso*.

Tale disciplina, infatti, trova applicazione soltanto al *lavoro all'esterno dei locali*, per il quale sia prevista – dallo stesso accordo – la prestazione *a tempo indeterminato*.

Solo in tale caso, infatti, *“il recesso può avvenire con un preavviso non inferiore a trenta giorni (mentre) nel caso di lavoratori disabili (.....) il termine di preavviso del recesso da parte del datore di lavoro non può essere inferiore a novanta giorni, al fine di consentire un'adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro rispetto alle esigenze di vita e di cura del lavoratore”*.

⁵⁴ Sul *diritto alla disconnessione* – nel *lavoro agile*, appunto – vedi: Emanuele Dagnino, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, cit.

*“In presenza di un giustificato motivo, (tuttavia), ciascuno dei contraenti può recedere prima della scadenza del termine, nel caso di accordo a tempo determinato, o senza preavviso nel caso di accordo a tempo indeterminato”.*⁵⁵

4.7. Resta, invece, immutata – per lo stesso rapporto di lavoro subordinato, sia pure speciale, quale il lavoro agile – la disciplina limitativa dei licenziamenti individuali e, rispettivamente, la disciplina generale in materia di cessazione del rapporto a tempo determinato.

4.8. Riguarda soltanto la *“prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali”* – per espressa previsione della legge (articolo 21) – anche la disciplina, demandata allo stesso accordo, in materia di *“esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione”*.

Resta unilaterale, tuttavia, lo stesso potere datoriale di controllo, del quale l'accordo è deputato a disciplinare soltanto l'esercizio.

Mentre risulta esplicitamente ribadita – anche per tale controllo – l'imposizione del *“rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni”*.

Coerentemente, risulta demandata all'accordo (secondo comma dell'articolo 21, cit.) – per stesso controllo – anche l'individuazione delle *“condotte, connesse all'esecuzione*

⁵⁵articolo 19 della legge n. 81 del 2017 – intitolato *forma e recesso* – sancisce, in fatti, testualmente:

“1. L'accordo relativo alla modalita' di lavoro agile e' stipulato per iscritto ai fini della regolarita' amministrativa e della prova, e disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore. L'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonche' le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.

2. L'accordo di cui al comma 1 puo' essere a termine o a tempo indeterminato; in tale ultimo caso, il recesso puo' avvenire con un preavviso non inferiore a trenta giorni. Nel caso di lavoratori disabili ai sensi dell'articolo 1 della legge 12 marzo 1999, n. 68, il termine di preavviso del recesso da parte del datore di lavoro non puo' essere inferiore a novanta giorni, al fine di consentire un'adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro rispetto alle esigenze di vita e di cura del lavoratore. In presenza di un giustificato motivo, ciascuno dei contraenti puo' recedere prima della scadenza del termine nel caso di accordo a tempo determinato, o senza preavviso nel caso di accordo a tempo indeterminato.

della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari".⁵⁶

All'evidenza resta, invece, ferma – per il lavoro prestato *all'interno dei locali aziendali* – la disciplina generale in materia di *potere di controllo e disciplinare*.

4.9. Al lavoratore – che *“svolge la prestazione in modalità di lavoro agile”* – risulta garantito (art. 20, primo comma), poi, il *“diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione dei contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda”*.⁵⁷

Allo stesso lavoratore risultano coerentemente garantiti (art. 18, quarto comma), altresì, *“gli incentivi di carattere fiscale e contributivo eventualmente riconosciuti in relazione agli incrementi di produttività ed efficienza del lavoro subordinato (.....) anche quando l'attività lavorativa sia prestata in modalità di lavoro agile”*.⁵⁸

Sembra riecheggiare il principio di *parità di trattamento*, previsto – per il telelavoro, analogo al *lavoro agile* – dall'accordo-quadro europeo e dall'accordo interconfederale in materia (vedi *infra*).

Sembra riecheggiare, altresì, lo stesso principio di *parità di trattamento* o, quantomeno, di *non discriminazione*, che è previsto – anche da fonti sovranazionali – in favore,

⁵⁶ L'articolo 21 della legge n. 81 del 2017 – intitolato *potere di controllo e disciplinare* – sancisce, infatti, testualmente:
1. L'accordo relativo alla modalità di lavoro agile disciplina l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni.

2. L'accordo di cui al comma 1 individua le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari.

⁵⁷ L'articolo 20, comma 1, della legge n. 81 del 2017 – intitolato *potere di controllo e disciplinare* – sancisce, infatti, testualmente: “1. Il lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile ha diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione dei contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda”.

⁵⁸ L'articolo 18, comma 4, della legge n. 81 del 2017 – sancisce, infatti, testualmente: “4. Gli incentivi di carattere fiscale e contributivo eventualmente riconosciuti in relazione agli incrementi di produttività ed efficienza del lavoro subordinato sono applicabili anche quando l'attività lavorativa sia prestata in modalità di lavoro agile”.

tuttavia, di *tipologie atipiche* del lavoro subordinato (quali i rapporti di lavoro a tempo determinato ed a tempo parziale).⁵⁹

4.10. Al lavoratore impiegato in forme di lavoro agile può essere riconosciuto – nell'ambito dello stesso accordo tra le parti – anche *“il diritto all'apprendimento permanente, in modalità formali, non formali o informali, e alla periodica certificazione delle relative competenze”*.⁶⁰

All'evidenza, si tratta di previsione – meramente eventuale – dello stesso accordo.

Né pregiudica il diritto – parimenti alla formazione ed alla certificazione delle competenze – che, anche al *lavoratore agile*, spetti in dipendenza del rapporto subordinato *speciale*.

4.11. Coerente con la responsabilità *“della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa”* – esplicitamente prevista, a carico del datore, per il *lavoro agile* (articolo 18 comma 2)⁶¹ – risulta la disciplina (articolo 23, comma 2) dell'assicurazione obbligatoria – contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali – per la tutela dai *“rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali”*.

Coerente con la *prestazione in modalità di lavoro agile*, risulta la speciale disciplina (comma 3 dello stesso articolo 23, cit.), che – in tema di *infortunio in itinere* – garantisce la *“tutela contro gli infortuni sul lavoro occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali”*.⁶²

⁵⁹ Sul principio di *parità di trattamento* o, quantomeno, di *non discriminazione*, previsto – anche da fonti sovranazionali – in favore di *tipologie atipiche* del lavoro subordinato (quali i rapporti di lavoro a tempo determinato ed a tempo parziale), vedi M. DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 211/2014; Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2013, n. 6, 941 ss.).

⁶⁰ L'articolo 20, comma 2, della legge n. 81 del 2017 – sancisce, infatti, testualmente: “2. Al lavoratore impiegato in forme di lavoro agile ai sensi del presente capo può essere riconosciuto, nell'ambito dell'accordo di cui all'articolo 19, *il diritto all'apprendimento permanente, in modalità formali, non formali o informali, e alla periodica certificazione delle relative competenze*”.

⁶¹ L'articolo 18, secondo comma, della legge n. 81 del 2017, infatti, sancisce testualmente: “2. Il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa”.

⁶² L'articolo 23, commi secondo e terzo, della legge n. 81 del 2017 – intitolato *assicurazione obbligatoria per gli infortuni e le malattie professionali* sancisce, infatti, testualmente:

La *specialità* della disciplina riguarda, tuttavia, soltanto il percorso coperto dall'assicurazione.

Restano fermi, invece, *limiti e condizioni*, che sono previsti – in tema di *infortunio in itinere* – dal testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (terzo comma dell'articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, e successive modificazioni).⁶³

La stessa disciplina generale ⁶⁴, tuttavia, trova applicazione – alla *prestazione in modalità di lavoro agile* – per la parte che non risulta derogata

“2. Il lavoratore ha diritto alla tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali.

3. Il lavoratore ha diritto alla tutela contro gli infortuni sul lavoro occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, nei limiti e alle condizioni di cui al terzo comma dell'articolo 2 del testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, e successive modificazioni, quando la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza.

⁶³ Il terzo comma dell'articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, e successive modificazioni, infatti, sancisce testualmente:

“Salvo il caso di interruzione o deviazione del tutto indipendenti dal lavoro o, comunque, non necessitate, l'assicurazione comprende gli infortuni occorsi alle persone assicurate durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro, durante il normale percorso che collega due luoghi di lavoro se il lavoratore ha più rapporti di lavoro e, qualora non sia presente un servizio di mensa aziendale, durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti. L'interruzione e la deviazione si intendono necessitate quando sono dovute a cause di forza maggiore, ad esigenze essenziali ed improrogabili o all'adempimento di obblighi penalmente rilevanti. L'assicurazione opera anche nel caso di utilizzo del mezzo di trasporto privato, purché necessitato. L'uso del velocipede, come definito ai sensi dell'articolo 50 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni, deve, per i positivi riflessi ambientali, intendersi sempre necessitato. Restano in questo caso, esclusi gli infortuni direttamente cagionati dall'abuso di alcolici e di psicofarmaci o dall'uso non terapeutico di stupefacenti ed allucinogeni; l'assicurazione, inoltre, non opera nei confronti del conducente sprovvisto della prescritta abilitazione di guida”

⁶⁴ Sul punto, vedi articolo 3, comma 10, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n.81, *Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, che sancisce testualmente:

“10. A tutti i lavoratori subordinati che effettuano una prestazione continuativa di lavoro a distanza, mediante collegamento informatico e telematico, compresi quelli di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 70, e di cui all'accordo-quadro europeo sul telelavoro concluso il 16 luglio 2002, si applicano le disposizioni di cui al titolo VII, indipendentemente dall'ambito in cui si svolge la prestazione stessa. Nell'ipotesi in cui il datore di lavoro fornisca attrezzature proprie, o per il tramite di terzi, tali attrezzature devono essere conformi alle disposizioni di cui al titolo III. I lavoratori a distanza sono informati dal datore di lavoro circa le politiche aziendali in materia di salute e sicurezza sul lavoro, in particolare in ordine alle esigenze relative ai videoterminali ed applicano correttamente le direttive aziendali di sicurezza. Al fine di verificare la corretta attuazione della normativa in materia di tutela della salute e sicurezza da parte del lavoratore a distanza, il datore di lavoro, le rappresentanze dei lavoratori e le autorità competenti hanno accesso al luogo in cui viene svolto il lavoro nei limiti della normativa nazionale e dei contratti collettivi, dovendo tale accesso essere subordinato al preavviso e al consenso del lavoratore qualora la prestazione sia svolta presso il suo domicilio. Il lavoratore a distanza può chiedere ispezioni. Il datore di lavoro garantisce l'adozione di misure dirette a prevenire l'isolamento del lavoratore a distanza rispetto agli altri lavoratori interni all'azienda, permettendogli di incontrarsi con i colleghi e di accedere alle informazioni dell'azienda, nel rispetto di regolamenti o accordi aziendali.”

Il titolo VII dello stesso decreto legislativo – richiamato dall'articolo 3, comma 10 – ha per oggetto, appunto, *attrezzature munite di video terminali*.

Mentre va applicata, integralmente, per il lavoro prestato, anche da *lavoratore agile*, all'interno dei locali aziendali.

4.12. La legge sul *lavoro agile* si applica (articolo 18), in quanto *compatibile* – nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche – secondo le direttive del presidente del consiglio dei ministri, “*emanate anche ai sensi dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e fatta salva l'applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti*”.⁶⁵

Oltre la previsione esplicita della *condizione di compatibilità* e della *salvezza di diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti* – con formula *di stile*, che pare superflua – ne risulta, sostanzialmente, un *rinvio altrove*.

La delega al Governo in materia di *riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*⁶⁶ – laddove (articolo 14) prevede che le amministrazioni pubbliche sono chiamate ad attuare, tra l'altro, “*nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa, il cosiddetto lavoro agile o smart working*” – si coniuga, in tale prospettiva, con la direttiva del presidente del consiglio dei ministri n. 3 del 1° giugno 2017 nonché con le linee guida per la nuova organizzazione del lavoro.

Tuttavia le regole – deputate a governare il *lavoro agile* nel pubblico impiego – sembrano riecheggiarne, nella sostanza, la disciplina per il lavoro privato.

Infatti le *linee guida* attingono, esplicitamente, al disegno di legge allora in discussione in Senato (A.S 2233-B), che sarebbe diventato, appunto, la *legge sul lavoro agile* (n. 81 del 2017).

⁶⁵ L'articolo 18, comma e, della legge n. 81 del 2017, infatti, sancisce testualmente: “*3. Le disposizioni del presente capo si applicano, in quanto compatibili, anche nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, secondo le direttive emanate anche ai sensi dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e fatta salva l'applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti*”.

⁶⁶ Legge 7 agosto 2015, n. 124, recante “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*”, spec. articolo 14

5. Segue: estensione della disciplina al lavoro autonomo *eterorganizzato*, con *modalità di lavoro agile*.

La disciplina del *lavoro agile* – in quanto riguarda, per quanto si è detto, un rapporto di lavoro subordinato, sia pure speciale – sembra doversi estendere – come è stato anticipato – alle *collaborazioni eterorganizzate*, con la stessa modalità di esecuzione, appunto, del *lavoro agile*.

5.1. Al fine della prospettata estensione, infatti, pare essenziale, da un lato, la eteroorganizzazione della collaborazione e, dall'altro, la circostanza che la disciplina da estendere riguardi il lavoro subordinato.

Né sembra rilevare, in contrario, la prestazione della collaborazione *in modalità agile*.

Infatti tale *modalità* non pare incompatibile, da un lato, con la eteroorganizzazione della collaborazione né, dall'altro, con la tipologia contrattuale di lavoro subordinato – sia pure *speciale* – del *lavoro agile*.

Peraltro non ricorre – in tale ipotesi – alcuno dei *cas* – di esclusione dell'estensione, appunto – che, per quanto si dirà (vedi *infra*), sono tassativamente previsti dalla legge.

E, come tali, sono insuscettibili di applicazione estensiva od analogica.

5.2. Il *principio di indisponibilità* – come è stato ricordato – presidia soltanto la definizione del *tipo contrattuale* di lavoro subordinato.

Dallo stesso *principio* esula, invece, il lavoro autonomo.

Ne risulta, quindi, definito – in negativo – dalla collocazione, appunto, al di fuori dell'area della *indisponibilità*.

Nell'ambito, poi, della *categoria* – definita, appunto, in negativo – resta, parimenti, affidata alla *discrezionalità* del legislatore, appunto, la definizione – in positivo – del *tipo generale* e dei *tipi speciali* di lavoro autonomo.

Nel difetto dei requisiti identificativi di *tipi speciali*, tuttavia, trova applicazione – quale *residuale* – il *tipo generale*, che risulta definito – in positivo, appunto – dal codice civile (articolo 2222) ⁶⁷ e, contestualmente, assoggettato alla disciplina prevista dallo stesso

⁶⁷ Ne resta escluso, ovviamente, il *lavoro autonomo imprenditoriale* – quale ad esempio la *subfornitura* (di cui alla legge 18 giugno 1998, n. 192, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*) – come precisa, tuttavia, la legge (n. 81 del 2017, cit.), recante, appunto, *Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale* (.....).

codice (titolo terzo, capo primo, del libro quinto), *salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV*.⁶⁸

5.3. Trova applicazione, tuttavia, a qualsiasi *tipo* di lavoro autonomo la previsione esplicita (art. 2224, primo comma, c.c.) della “*esecuzione dell’opera (o del servizio) secondo le condizioni stabilite dal contratto*”.

Mentre prescinde – e, comunque, non può essere derogato dal contratto individuale di lavoro subordinato – il *potere direttivo unilaterale* del datore di lavoro.

Costituisce, infatti, elemento essenziale del *rapporto di lavoro obiettivamente subordinato*, al quale deve *conformarsi* il legislatore – nella definizione del *tipo contrattuale* di lavoro subordinato, appunto – e, di conseguenza, la qualificazione giuridica delle fattispecie concrete.

Né il legislatore può *delegare* la definizione del tipo alla contrattazione collettiva e, tanto meno, al contratto individuale.

5.4. Pertanto rientra – tra le *condizioni stabilite dal contratto* con il committente – sia il *coordinamento* che la più intensa *organizzazione del committente*, appunto, delle prestazioni – parimenti di lavoro autonomo – dei *collaboratori coordinati* h e, rispettivamente, dei *collaboratori organizzati dal committente*.

Comune ad entrambe le *collaborazioni* risulta, poi, la *continuità* della prestazione.

Mentre la *prevalente personalità* delle *collaborazioni coordinate* (di cui all’art. 409, n. 3, c.p.c.) si contrappone alla *esclusiva personalità* delle collaborazioni organizzate dal committente (di cui all’art. 2 del decreto legislativo n.81 del 2015, cit.).

Risulta, tuttavia, fondamentale – quale criterio discrezionale fra le due tipologie di collaborazione – la distinzione tra *coordinamento* ed *etroorganizzazione*.

5.5. Intanto le *collaborazioni organizzate dal committente* – prima della loro autonoma configurazione (da parte dell’articolo 2 del decreto legislativo n.81 del 2015, cit.) – rientravano nelle *collaborazioni coordinate* (di cui all’art. 409, n. 3, c.p.c.).

Tuttavia restano entrambe disciplinate – dalle *condizioni stabilite dal contratto* con il committente – anche dopo l’istituzione delle *collaborazioni organizzate dal committente*.

⁶⁸ Sul punto vedi, per tutti, M. DE LUCA, Subordinazione e autonomia dopo il recente *riordino* delle tipologie, cit., § 4, al quale s rinvia per riferimenti ulteriori.

E' lo stesso contratto, infatti, a stabilire – quale *condizione* della *collaborazione*, che ne risulta costituita – il coordinamento oppure la *eteroorganizzazione*.

5.6. La *collaborazione*, poi, “*si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalita' di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attivita' lavorativa*”.

La suggestione – in tal senso – proviene dallo stesso *Jobs act del lavoro autonomo*.⁶⁹

Se ne ricava – *a contrario* – la definizione delle *collaborazioni eteroorganizzate*.

Infatti sono *organizzate dal committente*, appunto, e non già organizzate – *autonomamente* – dal collaboratore.

Affatto diversa – dalla *eteroorganizzazione* delle *collaborazioni* – risulta, tuttavia, la *eterodirezione*, che costituisce – per quanto si é detto – elemento essenziale della *subordinazione*.

5.7.L'istituzione delle *collaborazioni organizzate dal committente* (di cui all'articolo 2, comma 1, decreto legislativo n. 81 del 2015, cit.) ha creato, quindi, un nuovo *tipo speciale* di lavoro autonomo.

Estratto dalle *collaborazioni coordinate* (di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c.) – e da queste separato e distinto – risulta affatto estraneo all'area della *indisponibilità* del tipo contrattuale di lavoro subordinato.

Né costituisce allargamento dello stesso *tipo*, oltre i limite della *indisponibilità*.

5.8. La prevista applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato al *nuovo tipo* di lavoro autonomo – connotato, per quanto si è detto, dalla *continuità* e dalla *esclusiva personalità*, oltre che dalla *eteroorganizzazine* – si risolve, invece, nella *estensione del campo d'applicazione* di tale disciplina.

Risulta dalla lettera della legge, secondo cui – alle *collaborazioni organizzate dal committente*, appunto – “*si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato*”.

⁶⁹ Articolo 15 della legge n. 81 del 2017, cit., intitolato *Modifiche al codice di procedura civile*.

5.9. Pare confermato, tuttavia, dalle ipotesi di esclusione (di cui al comma 2 dello stesso articolo 2 del decreto legislativo n. 81 del 2015, cit.) dell'applicazione di tale disciplina.⁷⁰

Si tratta, infatti, di *collaborazioni* che ricevono *aliunde* disciplina alternativa – dal legislatore ritenuta equipollente – rispetto alla *disciplina del rapporto di lavoro subordinato*.

Particolare rilievo assume in tale prospettiva, per la palese *specularità*, l'ipotesi (di cui alla lettera a) di *discipline specifiche*, che – *in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore* – risultano stabilite da accordi collettivi nazionali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.⁷¹

Infatti riguardano – al pari della *disciplina del rapporto di lavoro subordinato*, che ne risulta sostanzialmente sostituita – il *trattamento economico e normativo* delle stesse collaborazioni organizzate dal committente.

5.10.L'ipotesi ricostruttiva, che è stata prospettata – per le *collaborazioni organizzate dal committente* – va inserita, tuttavia, nel sistema delle tipologie contrattuali di lavoro, che pare fondato – per quanto si è detto – sulla *indisponibilità del tipo contrattuale* di lavoro subordinato.

⁷⁰ .La disposizione di cui al comma 1, infatti, 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.:

⁷¹ Né può essere sostituito o, comunque, derogato da contratto di *prossimità*, in quanto la disposizione in esame (di cui al comma 2 dello stesso articolo 2 del decreto legislativo n. 81 del 2015, cit.) risulta coerente con la disciplina generale (di cui all'articolo 51 dello stesso decreto legislativo) – in tema di *Norme di rinvio ai contratti collettivi* – secondo cui, “salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”.

Ne risultano, infatti, specificamente individuati – quale oggetto del rinvio (di cui al comma 2 dello stesso articolo 2 del decreto legislativo n. 81 del 2015, cit., appunto) – gli accordi collettivi nazionali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Di conseguenza, pare quindi escluso – dalla stessa previsione specifica – il ricorso, appunto, a *contratti di prossimità*.

In coerenza con il sistema, le *tutele*, per qualsiasi *tipo* di lavoro autonomo, restano affidate – al pari della definizione del *tipo contrattuale* rispettivo – alla *discrezionalità* del legislatore.

Parimenti funzionali – alla definizione di *tutele* per qualsiasi *tipo* di lavoro autonomo, senza immutarne la natura – risultano, tuttavia, sia l'allargamento del *tipo* di lavoro subordinato – oltre il limite della *indisponibilità* – sia l'estensione del campo d'applicazione di *tutele* – previste per lo stesso lavoro subordinato – fino a comprendervi, appunto, tipologie di lavoro autonomo.

Coerente con l'impostazione sistematica proposta, risulta, poi, la configurazione delle *collaborazioni organizzate dal committente* – quale *tipologia speciale* di lavoro autonomo – in funzione della estensione, alla stessa tipologia, della tutela del lavoro subordinato.

5.11. La prospettata ipotesi ricostruttiva – delle *collaborazioni organizzate dal committente*, appunto – sembra coincidere, nelle conclusioni, con quella che ne propone l'ipotesi della *estensione di tutele del lavoro subordinato a fattispecie di lavoro autonomo*⁷².

Se ne discosta, tuttavia, per l'inserimento della stessa ipotesi ricostruttiva nel sistema delle tipologie contrattuali di lavoro.

Coerente con l'impostazione sistematica – per quanto si è detto – risulta, poi, la configurazione delle *collaborazioni organizzate dal committente* – quale *tipologia speciale* di lavoro autonomo – in funzione della estensione, alla stessa tipologia, della tutela del lavoro subordinato.

⁷²Sulla ipotesi ricostruttiva dell'estensione di tutele del lavoro subordinato a fattispecie di lavoro autonomo, vedi, per tutti:

A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, cit., spec. § 2.3., secondo cui “la collaborazione etero-organizzata non rientra nello schema legale-tipico della subordinazione (.....), ma costituisce una diversa figura, gravitante nella soglia tra subordinazione e autonomia, che viene ricondotta per l'effetto nell'area della subordinazione, senza che essa sia tipologicamente qualificabile come tale, ovvero che ne venga disposta una “conversione automatica”, o ancora che operi una presunzione assoluta di subordinazione. Questa ipotesi ricostruttiva appare, anzitutto, maggiormente aderente alla lettera dell'art. 2 co.1, che si riferisce all'ambito applicativo della subordinazione più che alla fattispecie di subordinazione”.

R. DEL PUNTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 371, che ritiene la disposizione – istitutiva delle *collaborazioni organizzate dal committente* (art. 2, co. 1, decreto legislativo n. 81 del 2015, cit.) – “una norma di disciplina, e non di fattispecie”;

R: PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 282/2015, spec. § 4, laddove si legge:

“Dunque, l'obiettivo della disposizione appare essere altro, e cioè quello di attribuire maggiori tutele (tipiche del rapporto di lavoro subordinato) a forme di collaborazione che, pur essendo autonome, sono caratterizzate da una dipendenza (se non necessariamente economica, almeno) organizzativa, con conseguente necessità di protezione sociale”.

5.12. Palese risulta, invece, lo scostamento della condivisa ipotesi ricostruttiva sistematica – delle *collaborazioni organizzate dal committente*, appunto – rispetto alle ipotesi alternative dell’allargamento del *tipo contrattuale* di lavoro subordinato⁷³ oppure della definizione di un *sotto-tipo* di subordinazione..⁷⁴

⁷³Sulla ipotesi ricostruttiva dell’allargamento – comunque realizzato – del *tipo contrattuale* di lavoro subordinato, vedi, per tutti:

L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015; alla ricerca dell’"autorità del punto di vista giuridico"*, cit., spec. § 4, secondo cui la disposizione in esame (art. 2, co. 1, decreto legislativo n. 81 del 2015, cit.) “*non modifica l’articolo 2094 c.c. e privilegia, invece, la tecnica della presunzione assoluta (.....) di subordinazione, appunto;*

L. MARIUCCI, *il diritto del lavoro al tempo del renzismo*, in *LD*, 2015, 25 che, analogamente, parla di “*conversione automatica*” in rapporto di lavoro subordinato, appunto.

Resta da domandarsi, tuttavia, se la *presunzione assoluta* e la *conversione automatica* risultino dalla disposizione in esame (art. 2, co. 1, decreto legislativo n. 81 del 2015, cit., appunto).

Si tratta, all’evidenza, di domanda retorica.

P. TOSI, *L’art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, (pag. 11 del dattiloscritto, In corso di pubblicazione su ADL), secondo cui il criterio dell’etero-organizzazione coincide, sostanzialmente, con la nozione di subordinazione ex art. 2094 c.c., in quanto “non è configurabile eterodirezione senza eterorganizzazione e neppure eterorganizzazione senza eterodirezione”:

G: SANTORO PASSARELLI, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act* (in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 290/2016, spec. §2 ed, ivi, riferimenti ulteriori, anche a precedenti contributi dello stesso autore), secondo cui “*l’art. 2 comma 1 non ha inciso sulla fattispecie dell’art. 2094 c.c. ma ha positivamente alcuni indici elaborati dalla giurisprudenza per qualificare come subordinato il rapporto di lavoro, singolarmente non decisivi ma spesso utilizzati congiuntamente in funzione sussidiaria rispetto alla prova dell’esercizio di un potere direttivo da parte del datore di lavoro, elemento non sempre individuabile in via diretta nell’accertamento concreto*”.

Resta da domandarsi, tuttavia, se tali ipotesi ricostruttive risultino coerenti con la giurisprudenza *consolidata* della Corte di giustizia dell’Unione europea e della nostra Corte costituzionale, secondo cui – per quanto si è detto (vedi *retro*) – solo la *eterodirezione* è elemento essenziale della subordinazione, mentre gli *elementi sussidiari* (ivi compresa qualsiasi relazione della prestazione lavorativa con l’organizzazione aziendale, quale, appunto, la *collaborazione organizzata dal committente*) non sono alternativi – rispetto alla *eterodirezione* – ma hanno *funzione meramente ermeneutica ed indiziaria*, al fine della ricostruzione della fattispecie concreta in *funzione*, appunto, della *sussunzione nel tipo*.

All’evidenza, si tratta, anche in questo caso, di domanda retorica.

Peraltro la disposizione in esame (art. 2, co. 1, decreto legislativo n. 81 del 2015, cit., appunto) non reca – per quanto si è detto (vedi *retro*) – l’allargamento del *tipo* di lavoro subordinato, oltre il limite della *indisponibilità* – al fine di estendere il campo d’applicazione della disciplina per lo stesso lavoro subordinato – ma ne prevede, espressamente, la estensione alle *collaborazioni organizzate dal committente*: in senso contrario, tuttavia, pare T: TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2015, 164, secondo cui la disposizione in esame contempla “*una nuova fattispecie additiva della subordinazione (il lavoro “organizzato”)*”.

⁷⁴ Sulla ipotesi ricostruttiva della definizione di un *sotto-tipo* di subordinazione, vedi, per tutti:

P. ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri*, in *RIDL*, 2015, II, p. 573 ss., secondo cui *sussistono due nozioni distinte di subordinazione – una di cui all’articolo 2094 c.c., l’altra di cui all’articolo 2, comma 1, decreto legislativo n. 81 del 2015 – indifferenti fra loro quanto a disciplina del rapporto, ma connotate da diversi elementi tipologici: la prima dai consueti e tradizionali indici di subordinazione, la seconda contraddistinta dall’evanescente elemento dell’etero-organizzazione*:

M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, cit., che – sia pure con riferimento alla *legge Fornero* – parla di *fattispecie additiva di subordinazione* – in relazione alla disciplina del lavoro a progetto (artt. 61 e 69 del d.lgs. 276/2003) – in quanto ne risulterebbe modificata per addizione la fattispecie di subordinazione attraverso l’identificazione del lavoro etero-organizzato, che si aggiunge a quello eterodiretto di cui all’art. 2094 c.c.

Anche tali ipotesi ricostruttive pongono gli stessi dubbi di coerenza – con la *consolidata* giurisprudenza della Corte di giustizia e della nostra Corte costituzionale, da un lato, e con la disposizione in esame, dall’altro (vedi *retro*).

La configurazione, qui condivisa, delle collaborazioni organizzate dal committente – quale *tipologia speciale* di lavoro autonomo – resta, infatti, al di fuori dell'area della *indisponibilità*.

E risulta funzionale alla estensione, alla stessa *tipologia speciale* di lavoro autonomo appunto, della *tutela* – non già del *tipo* – del lavoro subordinato.

5.13. Resta, tuttavia, il problema se – in dipendenza della loro natura di lavoro autonomo – alle stesse *collaborazioni organizzate dal committente* sia estesa, integralmente, la *disciplina del rapporto di lavoro subordinato*.

La lettera della legge – secondo cui, alle *collaborazioni organizzate dal committente*, appunto, “*si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato*” – non reca, invero, la contestuale previsione esplicita di limiti, di salvezze o della *condizione di compatibilità*.

Comunque l'estensione integrale della disciplina della subordinazione – a tipologie contrattuali di lavoro autonomo – suscita perplessità, dal punto di vista dogmatico.⁷⁵

5.14. Tuttavia la circolare in materia del Ministero del lavoro – muovendo dalla *formulazione utilizzata dal legislatore* – perviene alla soluzione positiva del problema.⁷⁶

Ne risultano condivise soluzioni, che – nello stesso senso – sono emerse in dottrina.⁷⁷

Restano, tuttavia, ragioni di perplessità e – con esse – il problema aperto.⁷⁸

⁷⁵ Vedi A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, cit., spec. pag. 16, laddove si legge;

“Ciò posto, potrà suscitare perplessità, dal punto di vista dogmatico la scelta del legislatore consistente nell'estensione della disciplina della subordinazione a figure in senso lato autonome. Schemi normativi di questo genere sono stati sin qui sconosciuti al sistema giuridico italiano (.....)”.

⁷⁶ Vedi la circolare n. 3 del 3 febbraio 2013, laddove – nel capitolo dedicato, appunto, alle *Conseguenze legate alla applicazione dell'art. 2, comma 1* – si legge:

“A far data dal gennaio 2016, qualora venga riscontrata la contestuale presenza delle suddette condizioni di etero-organizzazione, sarà applicabile la “disciplina del rapporto di lavoro subordinato”.

La formulazione utilizzata dal Legislatore, di per se generica, lascia intendere l'applicazione di qualsivoglia istituto, legale o contrattuale (ad es. trattamento retributivo, orario di lavoro, inquadramento previdenziale, tutele avverso i licenziamenti illegittimi ecc.), normalmente applicabili in forza di un rapporto di lavoro subordinato.

In altri termini il Legislatore, rispetto alle fattispecie indicate dall'art. 2, comma 1, in esame, ha inteso far derivare le medesime conseguenze legate ad una riqualificazione del rapporto, semplificando di fatto l'attività del personale ispettivo che in tali ipotesi potrà limitarsi ad accertare la sussistenza di una etero-organizzazione.

Pertanto, l'applicazione della disposizione comporterà, altresì, l'irrogazione delle sanzioni in materia di collocamento (comunicazioni di assunzione e dichiarazione di assunzione) i cui obblighi, del resto, attengono anch'essi alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato”.

⁷⁷ Nello stesso senso, in dottrina, vedi A. ANDREONI, *La nuova disciplina per i collaboratori etero-organizzati: prime osservazioni*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2015, 731 ss., spec. 739 ss. ed, ivi, riferimenti ulteriori.

⁷⁸ Sul punto vedi, per tutti, M. DE LUCA, *Subordinazione e autonomia dopo il recente riordino delle tipologie*, cit., § 5, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

5.15. Pertanto la disciplina del lavoro subordinato speciale – quale, appunto, il *lavoro agile* – sembra doversi estendere alle *collaborazioni eteroorganizzate*, parimenti prestate *in modalità agile*.

Le superiori argomentazioni confermano, vieppiù, le conclusioni che – in tal senso – sono state anticipate.

6.Segue: Notazioni conclusive.

Agevoli risultano, a questo punto, le brevi note conclusive, problematicamente anticipate.

6.1.Da un lato, c'è da domandarsi se la *legge sul lavoro agile* fosse davvero necessaria.

La risposta positiva – come è stato anticipato – pare limitata, tuttavia, alle modifiche della disciplina previgente, che esigano la fonte legale, sia pure al solo scopo di derogare – con efficacia parimenti generale – principi e disposizioni della stessa fonte.⁷⁹

Risulta di palese rilievo – come pure è stato anticipato – la deroga che la *legge sul lavoro agile* ha introdotto – nel nostro ordinamento – mediante la disciplina specifica di una fattispecie, che ne era finora sprovvista.

Infatti sembra risultarne – sul piano delle *posizioni giuridiche soggettive* – il ridimensionamento, quantomeno, di poteri unilaterali del datore di lavoro.

6.2.Intanto assumono rilievo – per quanto si è detto (§ 2 e 4) – le regole che, in deroga alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato, sono dettate soltanto per la esecuzione dello stesso rapporto in *modalità agile*.

6.3.Nella stessa prospettiva, tuttavia, c'è da domandarsi se la *legge sul lavoro agile* abbia derogato la precedente disciplina sui trasferimenti dei lavoratori (articolo 13 s.l.).

⁷⁹Vedi, in tal senso, Camera dei deputati – Servizio Studi, *Disposizioni per la promozione dello smart working* A.C. 2014, Dossier n. 364 - Schede di lettura 3 novembre 2015, laddove si legge che un intervento legislativo si renderebbe necessario “unicamente nella misura in cui si intenda derogare a norme imperative di legge (come nel caso dell'assicurezza sul lavoro) o si vogliano prevedere specifici incentivi per le prestazioni lavorative rese secondo tali modalità”.

Invero. “*ai fini dell'identificazione della fattispecie di trasferimento regolamentata dall'art. 13 st. lav., occorre che vi siano un mutamento definitivo - e non già temporaneo - del luogo di adempimento della prestazione lavorativa*”.⁸⁰

Pertanto c'è da domandarsi, in particolare, se gli stessi *trasferimenti temporanei* – ove integrino la fattispecie, che forma oggetto della *legge sul lavoro agile* – siano soggetti alle regole della stessa legge e, di conseguenza, esulino dal potere unilaterale – finora illimitato – del datore di lavoro.

La risposta, tuttavia, non può che essere positiva

E, nel caso di contenzioso, sembra imporre al lavoratore l'onere di provare la fattispecie derogatoria.⁸¹

6.4. Peraltro i limiti del campo d'applicazione della legge – come pure è stato anticipato – pongono il diverso problema circa la disciplina di fattispecie contigue.

Si tratta, a titolo di esempio, del lavoro autonomo (ivi comprese le *collaborazioni eteroorganizzate*) – con la medesima *modalità* agile, appunto, di esecuzione del rapporto – e del telelavoro.

6.5. In coerenza con l'assunto prospettato in apertura, sembra trovare applicazione la specifica disciplina giuridica – per le fattispecie, che ne siano già coperte (quali il telelavoro e, per quanto si è detto, le *collaborazioni eteroorganizzate*) – mentre, per le altre, la risposta resta affidata alla *giurisprudenza*.

Alla stessa conclusione sembra doversi pervenire, tuttavia, anche in relazione alla incidenza – sul rapporto di lavoro, appunto – di qualsiasi innovazione tecnologica.

6.6. Assumono rilievo, in tale prospettiva, l'accordo interconfederale sul telelavoro, che ha dato attuazione all'accordo quadro europeo nella stessa materia.⁸²

⁸⁰ Così, testualmente, Cass. 14 giugno 1999, n. 5892 (in RIDL 2000, ii, 702, con nota di LASSANDARI): In senso conforme, vev Cass. 14 ottobre 1986, n.60 28; 14 giugno 1986, n, 3987.

⁸¹ Sull'onere della prova a carico del datore di lavoro – in ordine a fattispecie derogatorie al regime (allora) generale della tutela reale contro i licenziamenti – vedi, per tutti: Cass. sez. un. civ., 10 gennaio 2006, n. 141 – con riferimento al *livello occupazionale* – Cass., sez. lav., 3 luglio 2017, n. 16349 e 4 marzo 2014, n. 4983 con riferimento alle *organizzazioni di tendenza*..

Non essendo trasfuso in una direttiva, l'accordo quadro, infatti, non sembra produrne gli effetti.⁸³

Sostanzialmente conforme risulta la definizione che del telelavoro viene data dall'accordo interconfederale e dall'accordo-quadro europeo:

*“Il telelavoro costituisce una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa”.*⁸⁴

Nello stesso senso risultano, tuttavia, i tanti contratti collettivi – anche aziendali – nella soggetta materia.⁸⁵

6.7. Parimenti resta affidata alla giurisprudenza – in coerenza dell'opzione prospettata in apertura – la risposta a qualsiasi *sfida* di innovazioni tecnologiche – incidenti su rapporto di lavoro – nel difetto di una specifica disciplina.⁸⁶

6.8. In tale prospettiva, tuttavia, non sembra emergere una nuova tipologia sociale di *lavoro obiettivamente subordinato*, diversa da quella che risulta connotata – per quanto si è detto – dalla soggezione del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro.

Il problema si sposta, quindi, sul piano della *sussunzione nel tipo* – in funzione della qualificazione giuridica – della fattispecie concreta.

⁸² Vedi l'accordo –quadro europeo sul telelavoro (stipulato a Bruxelles il 16 luglio 2002 tra CES, UNICE/UEAPME e CEEP) e l'accordo interconfederale 9 giugno 2004 (stipulato tra CONFINDUSTRIA, CONFARTIGIANATO, CONFESERCENTI, CNA, CONFAPI, CONFSERVIZI, ABI, AGCI, ANIA, APLA, CASARTIGIANI, CIA, CLAAI, COLDIRETTI, CONFAGRICOLTURA, CONFSCOOPERATIVE, CONFCOMMERCIO, CONFINTERIM, LEGACOOOP, UNCI e CGIL, CISL, UIL)

⁸³ Esclude la efficacia di tali accordi-quadro europei non trasfusi in direttive – negli ordinamenti dei paesi membri – M. DE LUCA, *Accordi quadro europei in materia di part time, lavoro a tempo determinato e telelavoro: tra esiti contrattuali del dialogo sociale e coinvolgimento delle parti sociali in funzioni legislative*, in *Diritto del lavoro* n. 4 del 2004.

In senso contrario – per l'efficacia di tali accordi-quadro europei – pare, con specifico riferimento all'accordo europeo in materia di telelavoro, F. D'Addio, *La controversa natura ed efficacia giuridica della vigente disciplina in materia di telelavoro nel settore privato*, in *DRI*, 2017; ed, in termini generali, G. Casale, *Le fonti*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2015, 85 ss..

Per una posizione intermedia – rilevanza giuridica produttiva di effetti obbligatori degli stessi accordi quadro, cioè, sia pure in termini di *soft law* - vedi B. Caruso, A. Alaimo, *Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” .n. 87/2011, 47.

⁸⁴ Così, testualmente, l'articolo 1 dell'accordo interconfederale

⁸⁵ Vedi Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione*, cit.

⁸⁶ Sulle innovazioni tecnologiche, rilevanti per il mercato ed il rapporto di lavoro, vedi riferimenti in M. DE LUCA, *Subordinazione e autonomia dopo il recente riordino delle tipologie*, cit., § 6. Adde; Pietro Ichino, *Conseguenze delle innovazioni tecnologiche sul diritto del lavoro*, cit., *passim*; F. ONIDA, *L'industria intelligente*, Milano, EGEA Università Bocconi, 2017, *passim*, al quale si rinvia per riferimenti aggiornati (ottobre 2017).

In tale prospettiva, sembrano destinati ad assumere rilievo sempre maggiore – in funzione ermeneutica ed indiziaria, appunto – gli *elementi sussidiari* della subordinazione.

Lo impone essenzialmente – per quanto si è detto – l'elevata professionalità, che – nella *quarta rivoluzione industriale* – sembra connotare tante delle *nuove figure* di lavoratori dipendenti.

Coerentemente, resta affidato al giudice l'adeguamento – alle profonde trasformazioni del quadro di riferimento socio-economico – della qualificazione giuridica del rapporto di lavoro.⁸⁷

⁸⁷ La conclusione, ora riproposta, Risulta analiticamente argomentata in, M. DE LUCA, Subordinazione e autonomia dopo il recente *riordino* delle tipologie, cit., § 6, spec. 6.3., al quale s rinvia per riferimenti ulteriori.