

tesi di cui al 2° comma, art. 2, ritiene “opportuno evidenziare che anche rispetto a tali collaborazioni rimane astrattamente ipotizzabile la qualificazione del rapporto in termini di subordinazione; laddove tuttavia non sarà sufficiente verificare una etero-organizzazione del lavoro ma una

vera e propria etero-direzione ai sensi dell’art. 2094 c.c.” (il secondo grassetto è mio). Qui ad essere obliterati sono settant’anni di impegno dottrinale e, soprattutto, giurisprudenziale volto a supplire alla insufficiente capacità qualificatoria della nozione codicistica.

## Subordinazione e autonomia dopo il recente “riordino” delle tipologie

Michele De Luca\*

Subordinazione e autonomia dopo il recente *riordino* delle tipologie contrattuali di lavoro: il *principio di indisponibilità* presidia la definizione del *tipo* di lavoro subordinato, ne garantisce le *tutele* parimenti *indisponibili*, definisce in negativo il lavoro autonomo e ne affida alla *discrezionalità* del legislatore la definizione in positivo di *tipi* e *tutele* (linee essenziali di una ipotesi ricostruttiva sistematica del recente *riordino delle tipologie*).

### Impostazione dell’indagine sul recente “riordino” delle tipologie contrattuali di lavoro

L’indagine sul recente “riordino” non può, all’evidenza, prescindere dal sistema delle tipologie contrattuali di lavoro.

Palese ne risulta la coerenza con suggestioni della dottrina<sup>1</sup>.

Tuttavia pare imposto, vieppiù, dallo stesso “riordino”.

Concentrate nel perseguire “intenzioni” contingenti del “legislatore storico” – affatto diverse, beninteso, dalla *ratio legis* – innovazioni normative del *Jobs act*, talora, trascurano – o, comunque, non tengono in considerazione adeguata – il “sistema” nel quale sono inserite.

È già risultato palese – “alla prova della giurisprudenza” – con riferimento alla riforma del regime di tutela contro il licenziamento<sup>2</sup>.

Sembra riguardare, tuttavia, anche altre riforme, ivi compreso il recente “riordino” delle tipologie contrattuali di lavoro.

Ne risulta, vieppiù, necessario l’inserimento – in via interpretativa – delle stesse innovazioni nel sistema<sup>3</sup>.

In funzione di tale obiettivo, sembra parimenti necessario il ricorso al “metodo sistematico”.

Né può, all’evidenza, prescindere – quale punto di partenza – dai “fondamenti”, che sono alle radici del sistema.

Intanto ogni attività umana “economicamente rilevante” può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di rapporto di lavoro autonomo, a seconda delle “modalità della prestazione”: pare supposto da tutta la giurisprudenza – nella soggetta materia – ed esplicitamente affermato da numerose sentenze (non solo) della Corte di cassazione<sup>4</sup>.

Nessuna attività umana, pertanto, è “ontologicamente” subordinata oppure autonoma.

Con la “rilevanza economica”, ne risulta essenziale, tuttavia, la “prestazione in favore di altri”.

Sono le “modalità della prestazione”, infatti, a determinarne la qualificazione giuridica in un senso oppure nell’altro (della subordinazione, appunto, oppure dell’autonomia).

\* Rielaborazione e sviluppo – con il corredo di note essenziali – della relazione all’incontro di studio su “La distinzione tra lavoro subordinato ed autonomo alla luce della nuova disciplina sul lavoro etero-organizzato”, organizzato – nell’ambito (ed in apertura) del *Curriculum di diritto del lavoro 2016* – da Università degli studi di Bologna – Dipartimento di scienze giuridiche, Scuola di giurisprudenza e Scuola superiore di studi giuridici; Scuola superiore della magistratura – Struttura decentrata territoriale di Bologna; AGER – Associazione avvocati giuslavoristi dell’Emilia Romagna (Bologna, 26 febbraio 2016). Già Presidente titolare della sezione lavoro della Corte di cassazione.

<sup>1</sup> Invero l’“argomentazione sistematica” è deputata ad integrare qualsiasi disposizione legislativa – in quanto “costitutivamente incapace di esprimere con precisione le regole di condotta che vengono poi tratte da essa” – e risulta, peraltro, “decisiva per arginare lo spostamento del dibattito giuridico là dove tutto si può dire ed il contrario di tutto” – se “l’aspetto politico finisce per avere il sopravvento su quello tecnico” – specialmente “in questa interminabile stagione in cui la politica subisce la dittatura del riformismo dei mercati e, quindi, delle forze che spingono per l’integrazione negativa degli stessi”, con la paventata conseguenza che “problemi immediatamente esegnetici inducono a trascurare quelli di sistemazione dogmatica”: vedi L. Nogler, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015; alla ricerca dell’autorità del punto di vista giuridico*, spec. § 1 (in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona. It – 267/2015” ed in corso di pubblicazione su ADL n. 1/2016), al quale si rinvia per riferimenti ulteriori (anche sulle “fonti” delle citazioni testuali riportate).

<sup>2</sup> Vedi M. De Luca, *Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il jobs act alla prova della giurisprudenza*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona, n. 281/2015 ed in *Lav.*

*nella Giur.*, 2015, 1180, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori: Adde: V. Ferrari, *Giuridicità del fatto materiale e materialità del fatto, giuridico* (nota a Cass., 13 ottobre 2015, n. 20540), in *Foro It.*, 2015, I, 3832, laddove (§ II), tra l’altro, si legge: “La distinzione tra fatto materiale e fatto giuridico non si trova nelle teorie generali (...)”.

<sup>3</sup> Una volta inserite nel sistema – in via interpretativa – quelle “innovazioni”, tuttavia, possono tradire la *intenzione* contingente del *legislatore storico*. Né questa *intenzione* può essere recuperata – in via interpretativa – ostandovi il contenuto normativo delle riforme: vedi M. De Luca, *Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il jobs act alla prova della giurisprudenza*, cit.

<sup>4</sup> Vedine, per tutte, le sentenze 25 febbraio 1987, n. 1714 (in *Foro It.*, 1989, I, 2908, con nota di M. De Luca, *Autonomia e subordinazione nella giurisprudenza di legittimità: la risposta della giurisprudenza alla “sfida postindustriale” aspettando....Godot*, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori); 7 febbraio 1994, n. 1219 (in *Giust. Civ.*, 1994, I, 2257, con nota di M. Palla, *Caratteristiche oggettive dell’attività prestata e qualificazione giuridica del rapporto di lavoro*); 8 febbraio 2010 n. 2728 (in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2010, II, 797, con nota di A. Ferruggia, *Conseguenze derivanti dalla carenza dei requisiti di un’associazione in partecipazione con apporto d’opera*, al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori) e numerose altre, inedite a quanto consta (n. 2622 del 11 febbraio 2004; n. 7171 del 10 maggio 2003; n. 14664 del 21 novembre 2001; n. 4036 del 3 aprile 2000; n. 14248 del 17 dicembre 1999; n. 13858 del 10 dicembre 1999; n. 11885 del 23 novembre 1998; n. 5710 del 9 giugno 1998; n. 326 del 16 gennaio 1996; n. 1219 del 7 febbraio 1994; n. 1502 del 10 febbraio 1992; n. 6701 del 11 novembre 1983; n. 2495 del 24 aprile 1981).

Coerentemente, ogni “riordino” delle tipologie contrattuali di lavoro – compreso quello più recente<sup>5</sup> – si risolve nel “regolamento dei confini” – una sorta di *actio finium regundorum*<sup>6</sup> – fra “modalità della prestazione” – in funzione, appunto, della qualificazione giuridica – delle attività.

Tuttavia la *summa divisio* – fra le “categorie gemellari”<sup>7</sup> del contratto di lavoro subordinato e di lavoro autonomo – pare fondata sul “principio di indisponibilità del tipo”<sup>8</sup>.

Ne risulta presidiata, infatti, 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”.

E ne affida, alla “discrezionalità” del legislatore, l’articolazione – in positivo – nel “tipo generale” (di cui all’articolo 2222 ss. c.c.) ed in “tipi speciali”.

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

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.

Resta, in ogni caso, il limite della “ragionevolezza” alla “discrezionalità” del legislatore.

Non possono essere trascurate, tuttavia, le “sfide”, che provengono dal contesto socio-economico<sup>9</sup>.

Intanto la “rivoluzione postindustriale” risulta connotata dalla progressiva “terziarizzazione dell’economia” – che si risolve nello spostamento del baricentro dell’occupazione nel settore terziario – e dal declino, altrettanto progressivo, del settore industriale.

La sostituzione tendenziale della tripartizione dei settori produttivi (in primario, secondario e terziario, appunto) con una bipartizione – che li attraversa orizzontalmente – tra settori innovativi e settori non innovativi, sembra connotare, poi, la evoluzione tecnologica successiva.

La prospettiva di una “quarta rivoluzione industriale” pare, infine, il portato di complesse rivoluzioni tecnologiche più recenti<sup>10</sup>.

Né di può, all’evidenza, prescindere – da tali “sfide” – nella definizione delle “tipologie contrattuali” di lavoro, in funzione della qualificazione giuridica delle fattispecie concrete.

Valga, tuttavia, il vero.

### **In principio è l’“indisponibilità del tipo contrattuale” di lavoro subordinato: definizione, garanzie, tutele**

In principio è l’“indisponibilità del tipo contrattuale” di lavoro subordinato.

È 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”<sup>11</sup>.

Affatto diversa, invece, è la “competenza” per la defini-

<sup>5</sup> Di cui al D.Lgs. n. 81/2015.

<sup>6</sup> Per dirla con L. Foglia, *Actio finium regundorum tra lavoro subordinato ed autonomo nel Jobs ACT*, MGL, 2015, 741.

<sup>7</sup> Per dirla con L. Nogler, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015; ala ricerca dell’“autorità del punto di vista giuridico*, cit., 19.

<sup>8</sup> Lo stesso principio di “indisponibilità” del tipo assume rilievo – sia pure diverso, rispetto a quello prospettato nel testo – anche in argomentazioni a sostegno di (alcune delle) ipotesi ricostruttive delle *collaborazioni organizzate dal committente*.

Viene considerato, ad esempio, “indizio decisivo” – a sostegno della ipotesi ricostruttiva, appunto, della “estensione di tutele del lavoro subordinato a fattispecie di lavoro autonomo” – da A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT – 272/2015, spec. 15-16, laddove si legge:

“Ma l’indizio decisivo per apprezzare la correttezza della ricostruzione qui prospettata è rappresentato dallo schema delle esclusioni elencate nell’art. 2, co. 2, a mente del quale la disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione con riferimento alle “collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali... prevedono discipline specifiche...in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore” (...).

Per queste categorie di rapporti individuati dall’autonomia collettiva, non trova applicazione la tutela del lavoro subordinato, pur ricorrendo gli stessi tratti caratterizzanti previsti dall’art. 2 (etero-organizzazione, personalità della prestazione, continuità); e pour cause, in quanto si tratta di prestazioni autonome e non subordinate, ché, altrimenti, se la norma operasse sulla fattispecie di subordinazione nei

sensi più sopra descritti sub. 2.1. e 2.2., la mancata estensione si porrebbe in flagrante violazione del principio costituzionale di tassatività (o indisponibilità) del tipo contrattuale”.

<sup>9</sup> Vedi 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, spec. § 3, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori anche nelle note. Adde: I. Visco, *Tecnologia, imprese e lavoro: sfide per l’Italia nell’economia globale* Intervento a Prometeia 40 anni L’economia italiana e mondiale nei prossimi decenni (Bologna, 26 novembre 2015).

<sup>10</sup> Si tratta di *internet of things* che risulta – dal concorso di “invenzioni” diverse (quali: *nuovi robot, nuove connessioni mobili e stampante 3D*) – e trova applicazione attraverso la creazione di *cyber-physical systems*: vedi F. Seghezzi, *Come cambia il lavoro nell’industry 4.0*, in W.P. ADAPT, 23 marzo 2015, n. 172, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

<sup>11</sup> Vedi M. De Luca, *Rapporto di lavoro subordinato: tra indisponibilità del tipo contrattuale, problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide della economia postindustriale*, cit.

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:

“È 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”.

zione 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”.

La “indisponibilità del tipo contrattuale” di lavoro subor-

dinato, infatti, è principio – di “fonte giurisprudenziale” – del “patrimonio costituzionale comune”, “desumibile dagli obblighi internazionali, dall’ordinamento comunitario e dalla legislazione nazionale”<sup>12</sup>.

Ne risulta ricavato – all’esito, talora, di “interpretazione sistematica costituzionalmente orientata”<sup>13</sup> – dalla giurisprudenza, appunto, della Corte di giustizia UE<sup>14</sup> e della nostra Corte costituzionale<sup>15</sup>.

Comune la *ratio decidendi* – sottesa alla giurisprudenza di

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

<sup>12</sup> 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. 104/2006 (*Foro It.*, 2006, I, 1267) e n. 182/2008 (Id., 2009, I, 010) –.

In dottrina, vedi M. De Luca, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in *Foro It.*, 2011, V, 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 constitutionnalismes européens: 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>”.

<sup>13</sup> Sul punto, vedi M. De Luca, *L’interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, in *Foro It.*, 2009, V, 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.

<sup>14</sup> 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 *segg.*; 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 (*Lav. 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 (*Riv. It. Dir. Lav.*, 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’, impie-

gato 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 *Lav. nella 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, C232/09 – in tema di “sicurezza nei luoghi di lavoro” – punto 39 e giurisprudenza *ivi* citata).

Corte giust., 4 dicembre 2014 (C-413/13), in *Riv. It. Dir. Lav.*, 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., C46/12, EU:C:2013:97, punto 40 e giurisprudenza *ivi* citata, nonché Haralambidis, C270/13, 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, C256/01, 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 Agegate, C3/87, 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., C22/98, 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 presta-

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”<sup>16</sup>.

tori 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 e segg., 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”.

<sup>15</sup> 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 ne-

goziale 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 *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, 283, con nota di Cataudella; Cass., 5 settembre 2005, n. 17759, spec. punto 6, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 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 cost., 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.

<sup>16</sup> La 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 (artt. 1, 2, 3 cpv., 4, 34, 35, 36 e 38 Cost.) – da fonti degli ordinamenti soprannazionali (europolitano ed internazionale): norme di trattati e direttive in materie sociali e, segnatamente, di lavoro (quali: “parità di

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. 121/1993, n. 115/1994 e n.76/2015, 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 del 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)<sup>17</sup> – chiaro ed univoco ne risulta, tuttavia, il principio enunciato, come la *ratio decidendi* ad esso sottesa.

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<sup>18</sup>.

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.

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 – non già la paventata “inapplicabilità” – 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”<sup>19 20</sup>.

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”).

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

<sup>17</sup> Su “tipologie” ed “efficacia” delle pronunce della Corte costituzionale, v., per tutti, G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 255 e segg.; 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 “superveniente”, ibid.*, 867; Id., *Declaratoria di illegittimità “dal momento in cui”: genesi e fondamento di una nuova tipologia di decisioni costituzionali di accoglimento*, in *Giur. Cost.*, 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 e segg.; Id., *Esiti del seminario, ibid.*, 417; Id., *Sentenza monito, inerzia del legislatore e successiva declaratoria di “incostituzionalità sopravvenuta”. Nuove tipologie di decisioni costi-*

*tuzionali 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. Cost.*, 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. Cost.*, 2003, 27, con nota di A. Celotto, *Le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto?*; Cass., Sez. un., 2 dicembre 2004, n. 22601, *Foro It.*, 2005, I, 60, con nota di richiami, e *Dir. e Giust.*, 2004, fasc. 47, 41, con nota di Buscema.

<sup>18</sup> Vedi Corte giust., 17 luglio 2008, causa 94/07, cit., spec. punto 33 – ed, *ivi*, riferimenti della giurisprudenza consolidata – nonché le altre sentenze della Corte giust. citate contestualmente (vedi *retro*).

<sup>19</sup> Vedi Cass., 5 settembre 2005, n. 17759 (*Riv. It. Dir. Lav.*, 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”.

<sup>20</sup> Né rileva, in contrario, Corte cost., 5 dicembre 2008, n. 399 (in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, 304, con nota di Ichino; in *Lav. nella Giur.*, 2009, 247, con nota di Di Leo; in *Argomenti Dir. Lav.*, 2009, 765, con nota di Borzaga; in *Giur. Cost.*, 2008, 4648, con note di Piazza e Pessi), che dichiara costituzionalmente illegittima – perché irragionevole (in violazione dell'art. 3, 1° comma, Cost.) – la *disciplina transitoria* (di cui all'art. 86, 1° comma, D.L. 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 *factio 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”.

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

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<sup>21</sup>.

In coerenza con la base giuridica<sup>22</sup> – 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”<sup>23</sup>.

### **“Principio di indisponibilità”: tra definizione del “tipo” di lavoro subordinato e qualificazione della fattispecie**

“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 confligente di qualsiasi fonte interna.

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’art. 117, 2° comma, lett. l, Cost.) ed, in precedenza, alla materia del “diritto privato” – parimenti riservata<sup>24</sup> alla “competenza esclusiva” dello stato, appunto – ed esula, di conseguenza, dalla “competenza regionale”<sup>25</sup>.

Né può essere dal legislatore delegata alla contrattazione collettiva – è la stessa Corte costituzionale a stabilirlo<sup>26</sup> – 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.)<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> 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 delle corti che siano emesse in sede contenziosa o pregiudiziale: v. Cass., Sez. un., 11 novembre 1997, n. 11131, *Foro It.*, 1998, I, 57.

<sup>22</sup> La fonte interna (artt. 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)”.

<sup>23</sup> 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 e segg.

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

<sup>24</sup> Prima della riforma del Titolo V della parte seconda della costituzione.

<sup>25</sup> Sulla *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; in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, 269, con nota di Barbieri; in *Dir. e Prat. Lav.*, 2005, 743, con nota di Servello; *Argomenti Dir. Lav.*, 2005, 391, con nota di Pessi; in *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. 234/2005, 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. 282/2004; n. 352/2001; n. 82/1998.

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; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, 239, con nota di Ghirardi; *Giur. Cost.*, 2003, 3709, con nota di Rescigno; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, 484, con nota di Corso; in *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 l. come *sostituito* dall’articolo 31 di AC 2613 B).

<sup>26</sup> Sul punto, vedi Corte cost., 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.

<sup>27</sup> Infatti l’introduzione di elementi specializzanti – rispetto al pro-

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 corrispondente<sup>28</sup>.

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, amministrativa<sup>29</sup> 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 subordinato<sup>30</sup> – sembra diventare, quindi, parametro costituzionale per la stessa definizione legale del tipo contrattuale corrispondente, prima che della qualificazione, in concreto, dello stesso rapporto.

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 risulta elaborato dalla giurisprudenza costante della Corte di giustizia delle Comunità

europee<sup>31</sup> – 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”.

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 pubbliche<sup>32</sup>, tuttavia, le garanzie e tutele prospettate non possono prescindere dalla – verifica circa la – loro compatibilità con altri principî – parimenti costituzionali – che riguardano, specificamente, le stesse amministrazioni e trovano applicazione anche dopo la “privatizzazione” dell’impiego alle loro dipendenze (13)<sup>33</sup>.

Si tratta, essenzialmente, dei principî 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.).

*“Lavoro obiettivamente subordinato”: ed elemento essenziale della etero-direzione*

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

totipo 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, 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.).

<sup>28</sup> 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 e segg., 173 e segg.; F. Dattilo, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, I, 786 e segg.

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.).

<sup>29</sup> Si pensi, ad esempio, alle sedi della certificazione.

<sup>30</sup> 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 in *Orient. Giur. Lav.*, 2004, I, 161; 8 giugno 2005, n. 11952, *Foro It.*, Rep. 2005, voce cit., n. 1054, e *Dir. e Giust.*, 2005, fasc. 31, 22, con nota di Caroppoli.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> Sul punto, vedi M. De Luca, *Rapporto di lavoro di fatto alle dipendenze di amministrazioni pubbliche*, cit.

<sup>33</sup> La privatizzazione del pubblico impiego, infatti, non preclude l’applicazione dei principî costituzionali (di cui agli artt. 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 ‘peculiarità e straordinarie esigenze d’interesse pubblico’; Cons. di 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. di 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)”.

personale del prestatore al “potere direttivo” del datore di lavoro, che 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 europea<sup>34</sup> e della nostra giurisprudenza costituzionale<sup>35</sup> e di legittimità<sup>36</sup>.

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 subordinato<sup>37</sup>, ma risultano, talora, comuni a rapporti di lavoro “non subordinato”<sup>38</sup>.

Il carattere meramente “sussidiario” di tali elementi si coniuga con la loro “funzione ermeneutica ed indiziaria”<sup>39</sup>, che risulta di particolare rilievo nelle ipotesi di “subordinazione 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<sup>40</sup>.

“Funzione indiziaria” analoga 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<sup>41</sup>.

#### *Metodo sussuntivo e metodo tipologico*

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”<sup>42</sup>.

Elementi “sussidiari” ed “indiziari” – ivi compresa

<sup>34</sup> 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*, cit., spec. § 2 e *segg.*, 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 (*Lav. e Prev. Oggi*, 2007, 1199, cit.).

Adde: Corte giust., 17 luglio 2008, causa 94/07, cit.; 5 marzo 2009, causa 388/07, cit.; 13 febbraio 2014 (C-596/12), cit.; Corte giust., 4 dicembre 2014 (C-413/13), cit.

<sup>35</sup> Vedi Corte cost., 29 marzo 1993, n. 121, cit.; 31 marzo 1994, n. 115, cit.; 7 maggio 2015, n. 76, cit.

<sup>36</sup> 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).

Paese 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. Deodat, E. Siniscalchi (a cura), *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Milano, 1989, 95 e *segg.*; Id., *Fra autonomia e subordinazione*, in Studi in onore di Pietro Schlesinger, Milano, 2004, III, 2052 e *segg.* (discostandosi da suoi contributi precedenti: Id., *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Napoli, 197).

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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 *Lav. nella Giur.*, 2002, 1164, con nota di Girardi; 9 gennaio 1996, n. 96, Id., 1996, 603.

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

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

<sup>39</sup> Oltre Cass., n. 5645, 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., 8 gennaio 2015, n. 66 (in *Notizia giurisprudenza Lav.*, 2015, 136; in *Guida Lav.*, 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 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 omesso 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.

<sup>40</sup> 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*.

<sup>41</sup> Sul punto, vedi, per tutte, Cass. n. 19199, 19 agosto 2013 (inedita, a quanto consta); n. 17455 del 27 luglio 2009 (in *Or. Giur. Lav.*, 2009, I, 600); n. 13872 del 23 luglio 2004 (inedita, a quanto consta).

<sup>42</sup> Sui *metodo giuridico*, vedi: L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in Id., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 11 e *segg.*

Sul *metodo sussuntivo e tipologico* (in generale), vedi De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, spec. 121 e *segg.*; F. Dattilo, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, I, 786 e *segg.*

Sul “metodo” nel diritto del lavoro, vedi: L. Nogler, *Rilettura giuridica di “Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico”*, in *WP C.S.D.L.E.* “Massimo D’Antona”. IT – 128/2011 ed in

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.

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.

Muovendo da un concetto generale ed astratto (in ipotesi, di lavoro subordinato) – definito dalla norma, in tutti gli elementi essenziali ed indefettibili – il metodo della “sussunzione”, infatti, procede alla qualificazione della fattispecie concreta all'esito, appunto, di un giudizio sussuntivo, che ne verifica, per quanto si è detto, la perfetta identità – o meno – a quel concetto.

Nell'economia di tale metodo di qualificazione, la realtà sociale assume, quindi, rilievo solo “sul piano ermeneutico” – per quanto si è detto – 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 e, quindi, i problemi ai quali la norma intende rispondere”, nonché per “mobilitare la funzione correttiva o integrativa delle clausole generali, specialmente della clausola della buona fede, quando occorra adattare la disciplina tipica ad un caso concreto, riconducibile nel suo ambito in via di sussunzione, ma caratterizzato da qualche elemento deviante dal tipo normativo”<sup>43</sup>.

Rilievo ben maggiore assume la realtà sociale nel “metodo tipologico”.

Muovendo dal “tipo normativo” (in ipotesi, di lavoro subordinato) – descritto dalla norma, mediante l'indicazione di una serie di “dati tipizzanti” non tutti essenziali – il “metodo tipologico”, infatti, vi “riconduce” la fattispecie

concreta, all'esito di un giudizio – non già di identità ma – di “approssimazione” al “tipo normativo”<sup>44</sup>.

Nell'economia di tale metodo, quindi, la realtà sociale assume rilievo, non solo nel momento preliminare, di ricerca dei termini del “processo di riconduzione”, ma anche nel momento finale della qualificazione.

Resta, comunque, la “tipologia sociale” del “lavoro obiettivamente subordinato”, che l'ordinamento giuridico – eurounitario ed interno – attinge, appunto, dalla realtà sociale.

Coerente con il “metodo tipologico” di qualificazione, risulta, poi, l'“articolazione delle tutele” – talora proposta – che si risolve nell'“applicazione selettiva della disciplina tipica” del rapporto di lavoro subordinato, in funzione, appunto, del grado di “approssimazione” della fattispecie concreta al “tipo normativo”.

Il metodo della “sussunzione”, invece, esclude, dal campo d'applicazione di quella disciplina, le fattispecie concrete che non si identifichino perfettamente con il concetto astratto di subordinazione.

#### *Metodi di qualificazione e potere del giudice*

Corollario delle conclusioni prospettate, è la latitudine – affatto diversa – che ciascuno dei due metodi di qualificazione assegna al “potere discrezionale” del giudice.

Tale potere, infatti, non si estende – secondo il “metodo sussuntivo” – al di là del controllo di compatibilità – con la “specialità” della fattispecie concreta – della disciplina dettata con riferimento ad un campo d'applicazione definito, rigidamente, da un concetto.

Viceversa il “metodo tipologico” legittima il giudice – indipendentemente da qualsiasi previsione normativa in tal senso – all'“applicazione selettiva della disciplina tipica” in funzione, appunto, del “grado di approssimazione” della fattispecie concreta al “tipo normativo”<sup>45</sup>.

Né può sfuggire il rilievo, che – in prospettiva – sembrano destinate ad assumere l'opzione – per il “metodo sussuntivo” di qualificazione – e le implicazioni relative – parimenti prospettate – sul rilievo, che ne risulta assegnato – per quanto si è detto – alla realtà sociale, da un lato, ed al potere “discrezionale” del giudice, dall'altro.

Ferma restando, tuttavia, la “tipologia sociale” del “lavoro obiettivamente subordinato”, che l'ordinamento giuridico (eurounitario ed interno) attinge dalla realtà sociale.

#### *“Principio di indisponibilità del tipo” e qualificazione giuridica del rapporto di lavoro*

Le conclusioni – in tema di qualificazione giuridica del

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 e segg.; 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 e segg.; Id., *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, *ivi*, 2000, 1 e segg.; 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 e segg.

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.

<sup>43</sup> Così, testualmente, L. Mengoni, *op. cit.*

<sup>44</sup> Di una sorta di comune *area di famiglia* parla, efficacemente, M. D'Antona, *op. cit.*

<sup>45</sup> Vedi L. Mengoni, *op. cit.*

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.

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<sup>46</sup>.

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<sup>47</sup>.

Al fine di evitare fenomeni elusivi di disposizioni e principi – che garantiscono “diritti indisponibili” ai lavoratori subordinati – sono talora previste, tuttavia, “presunzioni legali” – oppure, addirittura, “finzioni giuridiche” – della qualificazione giuridica di “subordinati” per rapporti di lavoro, che – a prescindere dalla sussistenza del requisito essenziale della “subordinazione” – ne presentino, tuttavia, elementi ritenuti “indiziari”.

A titolo di esempio, soccorrono:

– La “conversione” dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa “atipici” – in “rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato” (art. 69, 1° comma, D. Lgs. n. 276/2003) – in forza di “finzione giuridica” (*fictio iuris*), esplicitamente prevista (“sono considerati”, appunto):

– la “presunzione legale relativa” (art. 69 *bis*, 1° comma) di “rapporti di collaborazione coordinata e continuativa” – investiti, a loro volta, dalla “conversione” prospettata – delle “prestazioni lavorative rese da persona titolare di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto” (c.d. “partite IVA”), in presenza dei “presupposti”, contestualmente previsti (2° comma)<sup>48</sup>, ed in assenza delle “ipotesi ostative” (di cui al 3° comma)<sup>49</sup>.

Parimenti a titolo di esempio, “il rapporto con tutti gli associati (in partecipazione) il cui apporto consiste anche in una prestazione di lavoro si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato” – in forza della “finzione giuridica” (*fictio iuris*), esplicitamente prevista (“si considera”, appunto)<sup>50</sup> – nella ipotesi in cui “il numero degli associati impegnati in una medesima attività (sia) superiore a tre, indipendentemente dal numero degli associanti, con l'unica eccezione nel caso in cui gli associati siano legati all'associante da rapporto coniugale, di parentela entro il terzo grado o di affinità entro il secondo”.

Gli stessi rapporti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro – ora “superati”, dal più recente riordino delle tipologie contrattuali di lavoro (D.Lgs. n. 81/2015, cit.) – “si presumono, salva prova contraria, rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato” – in forza della “presunzione legale relativa” (*iuris tantum*), esplicitamente prevista<sup>51</sup> – nella diversa ipotesi che siano “instaurati o attuati senza che vi sia stata un'effettiva partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare, ovvero senza consegna del rendiconto previsto dall'articolo 2552 del codice civile”<sup>52</sup>.

La “indisponibilità del tipo contrattuale” di lavoro subordinato, tuttavia, preclude al legislatore – per quanto si è detto – la negazione della natura subordinata – anche in forza di “finzione” o di “presunzione legale” – ad un rapporto di lavoro, che sia “obiettivamente subordinato”.

### **“Indisponibilità del tipo”: definizione – in negativo – della “categoria” ed, in positivo, dei “tipi” di lavoro autonomo**

Il “principio di indisponibilità” presidia – per quanto si è detto – 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”,

<sup>46</sup> Vedi Corte cost., 15 luglio 1992, n. 332, in *Foro It.*, 1992, I, 2903.

<sup>47</sup> Vedi Cass., 8 febbraio 2010, n. 2728, in *ADL*, 2010, 943, con nota di Caponetti.

<sup>48</sup> Si tratta dei *presupposti* seguenti:

“a) che la collaborazione con il medesimo committente abbia una durata complessiva superiore a otto mesi annui per due anni consecutivi;”

“b) che il corrispettivo derivante da tale collaborazione, anche se fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi, costituisca più dell'80 per cento dei corrispettivi annui complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco di due anni solari consecutivi;”

“c) che il collaboratore disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente”.

<sup>49</sup> Laddove si legge:

“3. La presunzione di cui al comma 1 non opera altresì con riferimento alle prestazioni lavorative svolte nell'esercizio di attività professionali per le quali l'ordinamento richiede l'iscrizione ad un ordine

professionale, ovvero ad appositi registri, albi, ruoli o elenchi professionali qualificati e detta specifici requisiti e condizioni. Alla ricognizione delle predette attività si provvede con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, da emanare, in fase di prima applicazione, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, sentite le parti sociali”.

<sup>50</sup> Vedi art. 1, 28° comma, L. 28 giugno 2012, n. 92.

<sup>51</sup> Vedi art. 1, 30° comma, L. 28 giugno 2012, n. 92.

<sup>52</sup> Resta il problema se i “fatti” – sui quali si fonda la “finzione giuridica oppure la presunzione legale” – consentano, effettivamente, di “prospettare l'esistenza di una elusione”: in senso contrario, pare – con riferimento, tuttavia, alle “collaborazioni non subordinate” – M. Persiani, *Sulla nuova disciplina delle collaborazioni non subordinate*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, I, 827 e segg., spec. 844.

Tuttavia “finzioni giuridiche e presunzioni legali” sono affidati alla *discrezionalità* del legislatore – entro i limiti imposti dalla costituzione – e non sembrano incontrare – per quel che qui interessa – il limite della “indisponibilità del tipo”, che riguarda – per quanto si è detto – soltanto il lavoro subordinato.

tuttavia, trova applicazione – quale “residuale” – il “tipo generale”.

In principio è il “tipo generale” di lavoro autonomo.

Collocato, per quanto si è detto, al di fuori dell’area di “indisponibilità”, risulta definito – in positivo – dal codice civile (art. 2222)<sup>53</sup> e, contestualmente, assoggettato alla disciplina prevista dallo stesso codice (titolo terzo, capo primo, del libro quinto), “salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV”.

Intanto è la stessa “definizione del tipo” (art. 2222 c.c., cit.) ad escludere, esplicitamente, il “vincolo di subordinazione” del lavoratore autonomo, appunto, nei confronti della controparte contrattuale, identificata nel “committente”.

Ne risulta ribadita – con la esclusione, appunto, del “vincolo di subordinazione” – la collocazione del lavoro autonomo al di fuori dall’“area della indisponibilità”.

La identificazione della controparte contrattuale del lavoratore – nel “committente”, appunto, anziché nel datore di lavoro – concorre, poi, a differenziare il lavoro autonomo da quello subordinato.

Il compimento di un’“opera” o di un “servizio” – verso corrispettivo – costituisce l’oggetto del contratto.

Ne risulta la base “positivistica” – per così dire – della distinzione fra *locatio operis*, appunto, e *locatio operarum*.

Lungi dall’integrare la “subordinazione” – quale elemento essenziale del tipo contrattuale presidiato dal “principio di indisponibilità” – la distinzione prospettata, tuttavia, può costituirne – per quanto si è detto – soltanto un “elemento sussidiario”, con funzione meramente ermeneutica ed indiziaria.

L’esplicita previsione che “si applicano le norme di questo capo” – per la definizione di “tipo” e “tutele” – riguarda, tuttavia, soltanto il “tipo generale” di lavoro autonomo.

Mentre la “salvezza” della “disciplina particolare” – sebbene sia riferita, esplicitamente, al “libro IV” dello stesso codice civile, in materia di “contratti speciali” di lavoro autonomo (quali, ad esempio, i contratti “di agenzia e di rappresentanza commerciale”, che sono menzionati – dall’art. 409, n. 3, c.p.c. – insieme alle “collaborazioni coordinate e continuative”) – riguarda, tuttavia, qualsiasi disciplina speciale, nella stessa materia, parimenti di fonte legale.

Sulla prospettata definizione del “tipo generale” – e sulla disciplina relativa – si innestano le disposizioni, che riguardano “tipi speciali” di lavoro autonomo.

Trova, tuttavia, applicazione – a qualsiasi “tipo” di lavoro autonomo – la previsione esplicita (art. 2224, 1° comma, c. c.) della “esecuzione dell’opera (o del servizio) secondo le condizioni stabilite dal contratto”.

Né può sfuggirne il rilievo ai fini della distinzione fra le due “categorie gemellari” di contratto di lavoro autonomo, appunto, e di lavoro subordinato<sup>54</sup>.

Invero sono stabilite dal contratto individuale – fra lavoratore autonomo, appunto, e committente – le “condizioni” per la “esecuzione dell’opera o del servizio”, che forma oggetto dello stesso contratto.

Prescinde e, comunque, non può essere derogato dal contratto individuale di lavoro subordinato, invece, 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, coerentemente, la qualificazione giuridica delle fattispecie concrete.

Né il legislatore può “delegare” la definizione del tipo alla contrattazione collettiva 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.).

### Tipologie contrattuali di lavoro autonomo dopo il più recente “riordino”

Risulta coerente con la “delega” il “superamento” del contratto a progetto, previsto dalla “legge delegata”.

Né dalla “delega” si discosta la “reviviscenza” – parimenti prevista dalla “legge delegata” – delle “collaborazioni coordinate e continuative” (di cui all’art. 409, n. 3, c.p.c.)<sup>55</sup>.

La “stabilizzazione dei collaboratori coordinati e continuativi anche a progetto e di persone titolari di partita IVA” risulta speculare, poi, al loro “superamento”.

E coniuga la funzione deflattiva del contenzioso con la promozione del contratto a tempo indeterminato come “forma comune” di contratto di lavoro.

Parimenti funzionale alla promozione del contratto a tempo indeterminato – o, comunque, alla estensione del campo d’applicazione delle “tutele” per questo previste – risulta, poi, l’istituzione, in coerenza con la delega, delle “collaborazioni organizzate dal committente”.

Si tratta, all’evidenza, di soluzione alternativa rispetto ad altre, parimenti funzionali allo stesso obiettivo – quale il “criterio della dipendenza economica”<sup>56</sup> – che ne risultano implicitamente respinte.<sup>57</sup>

Valga, tuttavia, il vero.

### Tipologie di lavoro autonomo: tra legge delega e legge delegata

Il “principio direttivo” – deputato a “governare” il rior-

<sup>53</sup> Ne resta escluso, ovviamente, il “lavoro autonomo imprenditoriale” – quale ad esempio la *subfornitura* (di cui alla L. 18 giugno 1998, n. 192, “Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”) – come precisa, tuttavia, il disegno di legge (AS 2233), recante “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”.

<sup>54</sup> Vedi L. Nogler, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015; alla ricerca dell’“autorità del punto di vista giuridico”*, cit., 19, laddove si legge:

“Orbene, alla luce di tale criterio le due categorie gemellari, all’interno dei contratti di scambio, dei contratti di lavoro subordinato ed autonomo si distinguono tra loro per il fatto che, mentre le ‘condi-

zioni’ per l’esecuzione dell’opera o del servizio evocate dall’art. 2222 c.c. sono ‘stabilite dal contratto’ (art. 2224 c.c.), la collaborazione dovuta dal lavoratore subordinato deve svolgersi rispettando le disposizioni unilaterali del datore di lavoro”.

<sup>55</sup> Vedi M. De Luca, *Legge delega sui tipi di contratti di lavoro: interpretazione costituzionalmente orientata in funzione delle leggi delegate*, in *Lav. nella Giur.*, 4/2015, 349 e segg.

<sup>56</sup> Vedi, per tutti, M. Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova, 2013, *passim*.

<sup>57</sup> Vedi L. Nogler, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015; alla ricerca dell’“autorità del punto di vista giuridico”*, cit., 16, che ritiene “condivisibile” la soluzione scelta dal *Jobs act*.

dino delle tipologie contrattuali di lavoro – risulta, dalla “legge delega” (art. 1, 7° comma, lett. a), L. n. 183, 10 dicembre 2014), enunciato nei termini testuali seguenti:

“a) individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l’effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali”.

Né può essere negata la “coerenza” della “legge delegata” (D.Lgs. n. 81, 15 giugno 2015), laddove (art. 52, 1° comma) prevede il “superamento del contratto a progetto”.

Infatti ne risulta stabilito:

“1. Le disposizioni di cui agli articoli da 61 a 69-bis del decreto legislativo n. 276 del 2003 sono abrogate e continuano ad applicarsi esclusivamente per la regolazione dei contratti già in atto alla data di entrata in vigore del presente decreto”.

All’esito della “valutazione”, che gli è demandata dalla “legge delega” – circa “l’effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale” – il legislatore delegato, quindi, abroga le disposizioni elencate contestualmente (artt. da 61 a 69 bis, D.Lgs. n. 276/2003).

Con la disciplina del lavoro a progetto (artt. 61-68) – sotto profili diversi (“definizione e campo d’applicazione, forma, corrispettivo, obbligo di riservatezza, invenzioni del collaboratore a progetto, altri diritti del collaboratore a progetto, estinzione del contratto e preavviso, rinunzie e transazioni”) – le disposizioni, ora abrogate, recavano:

– Il “divieto” di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa “atipici” – instaurati, cioè, “senza l’individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso” (ai sensi dell’art. 61, 1° comma) – e la loro “conversione” – in forza di “finzione giuridica” (*factio iuris*), esplicitamente prevista (“sono considerati”, appunto) – in “rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato” (art. 69, 1° comma);

– la “presunzione legale relativa” (art. 69 bis, 1° comma) di “rapporti di collaborazione coordinata e continuativa” – investiti, a loro volta, dalla “conversione” prospettata – delle “prestazioni lavorative rese da persona titolare di posizione fiscale ai fini dell’imposta sul valore aggiunto” (c.d. “partite IVA”), in presenza dei “presupposti”, contestualmente previsti (2° comma)<sup>58</sup>, ed in assenza delle “ipotesi ostative” (di cui al 3° comma)<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> Si tratta dei *presupposti* seguenti:

“a) che la collaborazione con il medesimo committente abbia una durata complessiva superiore a otto mesi annui per due anni consecutivi;”

“b) che il corrispettivo derivante da tale collaborazione, anche se fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro d’imputazione di interessi, costituisca più dell’80 per cento dei corrispettivi annui complessivamente percepiti dal collaboratore nell’arco di due anni solari consecutivi;”

“c) che il collaboratore disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente”.

<sup>59</sup> Laddove si legge:

“3. La presunzione di cui al comma 1 non opera altresì con riferimento alle prestazioni lavorative svolte nell’esercizio di attività professionali per le quali l’ordinamento richiede l’iscrizione ad un ordine professionale, ovvero ad appositi registri, albi, ruoli o elenchi professionali qualificati e detta specifici requisiti e condizioni. Alla ricogni-

zione delle predette attività si provvede con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, da emanare, in fase di prima applicazione, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, sentite le parti sociali”.

Le disposizioni, ora, abrogate – in materia di contratto a progetto e “dintorni” – continuano ad applicarsi, tuttavia, “esclusivamente per la regolazione dei contratti già in atto alla data di entrata in vigore del presente decreto”.

Palesi esigenze di “ragionevolezza”<sup>60</sup> sembrano alla radice di tale previsione (art. 52, 1° comma, D.Lgs. n. 81/2015, cit.).

*Segue: collaborazioni coordinate e collaborazioni organizzate dal committente*

Non si discosta dalla “delega” – come è stato anticipato – la previsione (art. 52, 2° comma, D.Lgs. n. 81/2015, cit.) che “resta salvo quanto disposto dall’articolo 409 del codice di procedura civile” in materia di “collaborazioni coordinate e continuative”.

La delega, infatti, ne prevede, bensì, il “superamento”, ma soltanto come *dies ad quem* della “estensione” alle stesse “collaborazioni” – stabilita contestualmente – dell’applicazione dell’Aspi e del “compenso orario minimo”.

Sembra riecheggiare la garanzia del “trattamento minimo”, che – a tali “collaborazioni” – risulta assicurata, nel nostro ordinamento, fin dalla “legge Vigorelli”.

La previsione esplicita della “salvezza”, tuttavia, pare resa necessaria dal fatto che le stesse “collaborazioni” erano state, bensì, investite dal divieto – e dalla conseguente “conversione” in “rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato” (art. 69, 1° comma, D.Lgs. n. 276/2003, cit.) – a seguito della istituzione del “contratto a progetto”.

Il sopravvenuto “superamento” dello stesso contratto a progetto (ai sensi del 1° comma dello stesso art. 52, D.Lgs. n. 81/2015, cit.), tuttavia, non avrebbe comportato – in difetto della esplicita previsione – la “reviviscenza”, appunto, delle “collaborazioni coordinate e continuative”.

Resta da scrutinare, poi, il criterio differenziale delle stesse “collaborazioni coordinate e continuative” rispetto alle “collaborazioni organizzate dal committente”, ora istituite.

Ancor prima, occorre riproporre, tuttavia, la differenza di entrambe le “collaborazioni” – come di qualsiasi altra “tipologia contrattuale” di lavoro autonomo – rispetto al “tipo indisponibile” di lavoro subordinato.

Trova applicazione a qualsiasi “tipo” di lavoro autonomo – come è stato ricordato (§ 3.5-3.6) – la previsione esplicita (art. 2224, 1° comma, c.c.) della “esecuzione dell’opera (o del servizio) secondo le condizioni stabilite dal contratto”.

Mentre prescinde – e, comunque, non può essere dero-

zione delle predette attività si provvede con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, da emanare, in fase di prima applicazione, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, sentite le parti sociali”.

<sup>60</sup> Vedi Corte cost., 5 dicembre 2008, n. 399, cit., che dichiara costituzionalmente illegittima – perché irragionevole (in violazione dell’art. 3, 1° comma, Cost.), appunto – la “disciplina transitoria” (di cui all’art. 86, 1° comma, D.L. 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 *factio 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”.

gato 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.

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 “continuatività” 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, D.Lgs. n. 81/2015, cit.).

Risulta, tuttavia, fondamentale – quale criterio discretivo fra le due tipologie di collaborazione – la distinzione tra “coordinamento” ed “etero-organizzazione”.

Intanto le “collaborazioni organizzate dal committente” – prima della loro autonoma configurazione (da parte dell’art. 2, D.Lgs. n. 81/2015, cit.) – rientrano 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”.

È lo stesso contratto, infatti, a stabilire – quale “condizione” della “collaborazione”, che ne risulta costituita – il coordinamento oppure la “eteroorganizzazione”.

La “collaborazione”, poi, può ritenersi “coordinata” quando, “nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l’attività lavorativa”.

La suggestione in tal senso – proveniente da progetto di legge sul lavoro autonomo (c.d. *Jobs act* “del lavoro autonomo”)<sup>61</sup> – pare, tuttavia, coerente con il diritto ora vigente.

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, poi, la “eterodirezione”, che costituisce – per quanto si è detto – elemento essenziale della “subordinazione”.

Infatti la “eterodirezione” prescinde dalla previsione – nel contratto individuale di lavoro subordinato – quale “condizione di esecuzione” della prestazione lavorativa.

Né si esaurisce nell’inserimento, nel coordinamento od in qualsiasi altra relazione della stessa prestazione lavorativa con l’organizzazione aziendale.

Tali relazioni – con l’organizzazione aziendale, appunto – possono costituire, per quanto si è detto, soltanto “elementi sussidiari” della subordinazione, con “funzione ermeneutica ed indiziaria”.

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

L’istituzione delle “collaborazioni organizzate dal committente” (di cui all’art. 2, 1° comma, D.Lgs. n. 81/2015, cit.) ha creato, quindi, un nuovo “tipo speciale” di lavoro autonomo.

Estratto dalle collaborazioni coordinate (di cui all’art. 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 limiti della “indisponibilità”.

La prevista applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato al “nuovo tipo” di lavoro autonomo – connotato, per quanto si è detto, dalla “continuatività” e dalla “esclusiva personalità”, oltre che dalla etero-organizzazione – 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”.

Pare confermato, tuttavia, dalle ipotesi di esclusione (di cui al 2° comma dello stesso art. 2, D.Lgs. n. 81/2015, cit.) dell’applicazione di tale disciplina<sup>62</sup>.

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

<sup>61</sup> Si tratta del disegno di legge (AS 2233), d’iniziativa del Governo – “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” – laddove (art. 12, lett. a), si legge:

“a) all’articolo 409, primo comma, numero 3), dopo le parole ‘anche se non a carattere subordinato’, sono aggiunte le seguenti: La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l’attività lavorativa”.

<sup>62</sup> 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.”

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<sup>63</sup>.

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.

#### *Collaborazioni etero-organizzate: ipotesi ricostruttiva e sistema delle tipologie*

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.

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.

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”<sup>64</sup>.

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.

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 subordinato<sup>65</sup> oppure della definizione di un “sotto-tipo” di subordinazione<sup>66</sup>.

La configurazione, qui condivisa, delle collaborazioni or-

<sup>63</sup> Né può essere sostituito o, comunque, derogato da *contratto di prossimità*, in quanto la disposizione in esame (di cui al comma 2 dello stesso art. 2, D.Lgs. n. 81/2015, cit.) risulta coerente con la disciplina generale (di cui all’art. 51 dello stesso D.Lgs.) – 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 D.Lgs. 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”.

<sup>64</sup> Sulla 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, 2015, 371, che ritiene la disposizione – istitutiva delle “collaborazioni organizzate dal committente” (art. 2, 1° comma, D.Lgs. n. 81/2015, 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”.

<sup>65</sup> Sulla 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, 1° comma, D.Lgs. n. 81/2015, 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 *Lav. e Dir.*, 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, 1° comma, D.Lgs. n. 81/2015, 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 eteroorganizzazione e neppure eteroorganizzazione senza eterodirezione”;

G. Santoro Passarelli, *Appunti sulla funzione delle categorie civili-stiche 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

ganizzate 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.

*Collaborazioni etero-organizzate: estensione della disciplina del lavoro subordinato*

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<sup>67</sup>.

Ed, in passato, ha dato luogo a coerenti proposte di interventi selettivi, che distinguono – all’interno della disciplina complessiva della subordinazione – le “materie non estensibili” a tipologie di lavoro autonomo<sup>68</sup>.

Particolari perplessità suscita, poi, la estensione della disciplina previdenziale del lavoro subordinato alle “collaborazioni organizzate dal committente”, finora assoggettate a regimi affatto diversi<sup>69</sup>.

Analoghe perplessità riguardano, altresì, la estensione della “disciplina amministrativa” del rapporto di lavoro subordinato.

A tale proposito, infatti, sorge il problema se il regime previdenziale, appunto, e la “disciplina amministrativa” possano ritenersi inclusi nella “disciplina del rapporto di lavoro subordinato”, che risulta estesa alle “collaborazioni organizzate dal committente”.

Tuttavia la circolare in materia del Ministero del lavoro<sup>70</sup> – muovendo dalla *formulazione utilizzata dal legislatore* – perviene alle conclusioni seguenti:

“In altri termini il Legislatore, rispetto alle fattispecie indicate dall’art. 2, comma I, 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 as-

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, 1° comma, D.Lgs. n. 81/2015, 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 Dir. Lav. e Relazioni Ind.*, 2015, 164, secondo cui la disposizione in esame contempla “una nuova fattispecie additiva della subordinazione (il lavoro ‘organizzato’)”.

<sup>66</sup> 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 *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, II, p. 573 e segg., secondo cui “sussistono due nozioni distinte di subordinazione – una di cui all’art. 2094 c.c., l’altra di cui all’art. 2, 1° comma, D.Lgs. n. 81/2015 – 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 – che sono stati prospettati – 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*).

<sup>67</sup> Vedi A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, cit., spec. pag. 16, laddove si legge;

“Cio 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 (...)”.

<sup>68</sup> Sulle proposte di *lavoro sans phrase*, vedi: P. Alleva, *Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro, prima proposta di legge*, e M. D’Antona, *Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro, seconda proposta di legge*, in G. Ghezzi (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, Ediesse, 1996, rispettivamente 187 e segg. e 195 e segg.

<sup>69</sup> Quali: iscrizione alla *gestione separata* dell’INPS e ripartizione dell’obbligo contributivo tra collaboratore e committente – nelle percentuali rispettivamente previste – nonché iscrizione del collaboratore all’INAIL e partecipazione all’onere assicurativo per l’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

<sup>70</sup> 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 applicabile in forza di un rapporto di lavoro subordinato”.

“In altri termini il Legislatore, rispetto alle fattispecie indicate dall’art. 2, comma I, 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, dovranno anch’essi alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato”.

sunzione) i cui obblighi, del resto, attengono anch'essi alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato".

Ne risultano condivise soluzioni, che – nello stesso senso – sono emerse in dottrina<sup>71</sup>.

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

### **"Indisponibilità del tipo contrattuale" di lavoro subordinato: e nuove "sfide" della "economia postindustriale"**

Le scienze sociali ed economiche continuano ad analizzare – anche in prospettiva diacronica – le profonde trasformazioni del contesto socio-economico di riferimento, non solo nel nostro paese<sup>72</sup>.

La dottrina gius-lavoristica, dal canto suo, si sforza per isolare i nodi problematici essenziali, che quelle trasformazioni pongono in relazione al tema della subordinazione.<sup>73</sup>

Profonde novità sembrano investire, infatti, lo scenario socio-economico.

La prima "sfida postindustriale" è stata connotata, essenzialmente, dalla "terziarizzazione dell'economia".

Si risolve, sostanzialmente, nello spostamento del baricentro dell'occupazione dal settore industriale (secondario) a quello dei servizi (terziario).

E pone problemi di compatibilità – con il nuovo settore egemone (quello terziario, appunto) – di "categorie" pensate, essenzialmente, per il settore industriale.

La nuova "rivoluzione postindustriale", pare connotata, invece, dal declino del settore industriale – come in passato era avvenuto per l'agricoltura – e dalla sostanziale sostituzione della tripartizione tradizionale dei settori in una bipartizione – che li attraversa orizzontalmente – tra i settori, che producono innovazioni, e gli altri<sup>74</sup>.

I problemi – che ci occupano – investono, essenzialmente, i settori innovativi.

La prospettiva di una "quarta rivoluzione industriale" pare, infine, il portato di complesse rivoluzioni tecnologiche più recenti<sup>75</sup>.

Non sembra emergere, tuttavia, 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, tuttavia, sul piano della "sussunzione nel tipo" – in funzione della qualificazione giuridica – della fattispecie concreta.

In tale prospettiva, sembrano destinati ad assumere sempre maggiore rilievo – in funzione ermeneutica ed

<sup>71</sup> 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 e segg., spec. 739 e segg. ed, *ivi*, riferimenti ulteriori.

<sup>72</sup> Per i contributi delle scienze sociali ed economiche, ci si limita ad alcune citazioni essenziali (rinviando, per il resto ai riferimenti di cui alle opere citate alla nota che segue): 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, spec. § 3, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori anche nelle note; I. Visco, *Tecnologia, imprese e lavoro: sfide per l'Italia nell'economia globale* Intervento a *Prometeia 40 anni L'economia italiana e mondiale nei prossimi decenni* (Bologna, 26 novembre 2015). E. Moretti, *La nuova geografia del lavoro*, Milano, Mondadori, 2013, passim; D. De Masi, *MappaMundi. Modelli di vita per una società senza orientamenti*, Milano, Rizzoli, 2014; *Società postindustriale*, voce del Dizionario di economia e finanze, 2012; D. De Masi (a cura di), *L'avvento postindustriale*, Milano, 2000; *Società postindustriale*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1998; AA.VV., *Il lavoratore post-industriale*, 1985; D. De Masi, *Società postindustriale*, in *Enciclopedia italiana* (V appendice), 1985; AA.VV., *L'innovazione tecnologica nel processo produttivo*, Roma, 1985; AA.VV., *Tecnologia domani*, Bari, 1985; Antonelli (a cura di), *Innovazioni tecnologiche e struttura produttiva*, Bologna, 1985; AA.VV., *Il futuro presente*, Milano, 1985; ISFOL, *Società di terziario avanzato e professionalità*, Quaderni di formazione ISFOL, 1984, 46; Petroni, *Tecnologia e impresa*, Padova, 1984; Dina, *Nuove tecnologie ed organizzazione del lavoro*, in *Rassegna sindacale*, n. 22 del 1984, allegato.

<sup>73</sup> Per i contributi della dottrina giuslavoristica, ci si limita ad alcune citazioni essenziali: R. Pessi, *Il problema della previdenza nella società postindustriale*, in *Lav. e Prev. Oggi*, 2011, 491; M. Marazza, *La crisi dell'egualitarismo sessantottino nella società del lavoro "borghese": la subordinazione attenuata dell'epoca postindustriale*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2007, 928; G. Prosperetti, *Perché va fiscalizzata la previdenza nella società postindustriale*, in *Tutela*, 2006, I, 7; *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, *Atti dello VIII Congresso nazionale di diritto del lavoro (Napoli 12-14 aprile 1985)*, Milano, 1986; *Atti del convegno sul tema "Innovazione tecnologica e professionalità dei lavoratori"* (Modena, 6 maggio 1986), Padova, 1987; Zanelli, *Impresa, lavoro e innovazione tecnologica*, Milano, 1985; AA.VV., *Il rapporto di lavoro nella società informatica*, in *Quaderni Lavoro* 80, 1984, n. 3; Galantino, *Il diritto del lavoro e la società dell'informazione*, in *Dir. Lav.*, 1985, I, 323; Id., *I riflessi dell'innovazione tecnologica sull'inquadramento professionale e sulla struttura retributiva dei lavoratori*, Id.,

1986, I, 180; O. Fanelli, *Informatica e diritto del lavoro*, *ibid.*, 27; Foglia, *Informatica, organizzazione del lavoro e relazioni industriali*, *ibid.*, 37; Fabris, *Innovazioni e organizzazione del lavoro*, *ibid.*, 49; Pera, *Innovazioni tecnologiche e statuto dei lavoratori*, in *Quaderni della Riv. It. Dir. Lav.*, n. 1, 1989, 1 e segg.; AA.VV., *L'inquadramento dei lavoratori*, in *Quaderni Dir. Lav. e Relazioni Ind.*, 1987, fasc. 1, 12 e segg. Con specifico riferimento al problema della subordinazione: M. D'Antona, *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, in *Riv. critica dir. privato*, 1988, 195; L. Mengoni, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1986, I, 5; G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1987, 19 e segg.; F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro, 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 1985; Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, I, Milano, 1984; Id., *Rilevanza della volontà negoziale ai fini della qualificazione del contratto di lavoro*, in *Quaderni della Riv. It. Dir. Lav.*, cit., 15 e segg.; De Luca Tamajo, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in *Giornale Dir. Lav.*, 1986, 443; M.V. Ballestrero, *Il lavoro parasubordinato*, in *Lavoro e dir.*, 1987, 41; Carinci, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, in *Atti dell'VIII congresso nazionale di diritto del lavoro*, cit., 3 e segg.; Veneziani, *Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato*, in *Giornale Dir. Lav.*, 1987, 1; Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985; G. Deodato, E. Siniscalchi (a cura di), *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Milano, 1989; M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni - Confrontazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna, 1989.

<sup>74</sup> Vedi E. Moretti, *op. cit.*

<sup>75</sup> Si tratta – come è stato anticipato (vedi *retro*) – di *internet of things* che risulta – dal concorso di invenzioni diverse (quali: nuovi robot, nuove connessioni mobili e stampante 3D) – e trova applicazione attraverso la creazione di *cyber-physical systems*: vedi F. Seghezzi, *Come cambia il lavoro nell'industry 4.0*, W:P: Adapt, 23 marzo 2015, n. 172, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Significativo il riferimento alla *quarta rivoluzione industriale* – ed al suo rilievo sulla disciplina giuridica del lavoro – nel disegno di legge (AS 2269), d'iniziativa dei senatori Sacconi ed altri – *Adattamento negoziale delle modalità di lavoro agile nella quarta rivoluzione industriale* – attualmente in esame congiunto – presso la commissione lavoro del Senato – con il disegno di legge d'iniziativa del Governo (AS 2233), *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*.

indiziaria, appunto – gli “elementi sussidiari” della subordinazione.

Resta, di conseguenza, affidato al giudice l’adeguamento

– alle profonde trasformazioni del quadro di riferimento socio-economico – della qualificazione giuridica del rapporto di lavoro.

## Il mutamento di mansioni dopo il *jobs act*

Marina Brollo

Dopo aver tratteggiato le trasformazioni in atto nell’organizzazione del lavoro, specie alla luce delle innovazioni tecnologiche, il saggio analizza la nuova disciplina legale del mutamento di mansioni nel settore privato, entrata in vigore il 25 giugno 2015, evidenziandone il *mix* di elementi di continuità e di discontinuità, nonché di reciproche contaminazioni fra legislazione e giurisprudenza, fra lavoro privato e pubblico.

### Flessibilità organizzativa, *Jobs Act 2* e nuova disciplina delle mansioni

Anche se a macchia di leopardo, è in atto una grande trasformazione del lavoro dovuta alla globalizzazione e competizione internazionale, alla crisi economico-sociale, alle difficoltà di crescita connesse al *deficit* di produttività del lavoro, ma soprattutto alle innovazioni a velocità crescente che determinano cambiamenti organizzativi, rapidi e continui. Queste ultime, laddove esplicano i loro effetti, pongono sfide impegnative, specie sul fronte della sostituzione della forza lavoro e della nascita di mestieri, ruoli e professioni, con una nuova centralità delle risorse umane. Via via che le mansioni vengono automatizzate o che il bagaglio cognitivo diventa obsoleto, l’economia e l’organizzazione del lavoro, anche per scongiurare lo spettro della disoccupazione tecnologica, devono inventare nuove posizioni di lavoro e rivedere/ristrutturare le procedure organizzative<sup>1</sup>.

Cambiano pure i criteri che rendono utili, ai fini imprenditoriali, le competenze del dipendente nel contesto del rapporto di lavoro: rispetto al passato contano non solo la profondità della competenza tecnica e professionale specifica, ma anche l’ampiezza e la diversificazione del *know-how*, nonché aumenta l’importanza delle c.d. *soft skills* (creatività, *problem solving*, capacità di *leadership*, empatia, comunicazione efficace, capacità di adattamento, di lavorare in squadra, ecc.) e delle combinazioni tra valori personali/sociali/professionali e opportuna collocazione lavorativa, cioè delle pratiche che permettano l’emersione e l’investimento sui talenti in un clima di benessere delle persone. Ma, come noto, la forza lavoro è il meno mobile dei fattori economici.

In questo scenario, la politica del lavoro del c.d. *Jobs Act* – nel suo atto secondo – innovando rispetto al senso delle

manovre riformiste del passato intende aumentare (anche) la flessibilità “interna” dei rapporti di lavoro per aumentarne l’attrattività. La riforma del 2015 punta al cuore della “flessibilità organizzativa”, quella che rende mobile l’oggetto del contratto di lavoro.

Il legislatore scommette su una flessibilità organizzativa del rapporto di lavoro, ricercando un nuovo punto di equilibrio tra le esigenze di efficienza delle imprese e la tutela dei diritti delle persone. Stando alle intenzioni più volte espresse dal Governo Renzi, la manovra del 2015 intende “cambiare il verso” alle regole del mondo del lavoro e quindi agli interventi del legislatore: dalla flessibilità praticata soltanto ai lati estremi del rapporto di lavoro (dapprima in entrata, e poi anche in uscita) alla flessibilità anche al “centro” (c.d. mobilità “intro-aziendale”) nella gestione del rapporto di lavoro.

La nuova disciplina delle mansioni, entrata in vigore il 25 giugno 2015, è contenuta nell’art. 3, D.Lgs. n. 81 del 15 giugno 2015, che – nel suo comma primo<sup>2</sup> – sostituisce integralmente la regolamentazione del previgente art. 2103 c.c., come modificato dall’art. 13 dello statuto dei lavoratori.

La novella è di attuazione dell’art. 1, 7° comma, lett. e), L. delega 10 dicembre 2014, n. 183<sup>3</sup>, che, all’insegna dell’imperativo di aumentare l’occupazione, ha per oggetto la “revisione della disciplina delle mansioni” allo scopo di aumentare le occasioni di ingresso nel mondo del lavoro di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di rafforzare le opportunità di permanenza nel posto di lavoro per coloro che sono occupati e che rischiano la perdita del posto; il tutto nel quadro di principi e criteri direttivi piuttosto generici, ma prudenti.

Da più parti si è denunciato che l’art. 3, D.Lgs. n. 81/2015, forza la vaghezza della delega, con dubbi di un eccesso di delega<sup>4</sup>. È probabile, tuttavia, che le censure non

<sup>1</sup> Per farsi un’idea si suggerisce la lettura di F. Levy, R.J. Murnane, *The new division of labour: how computers are creating the next job market*, Princeton (NJ), 2004; V. Mayer-Schönberger, K. Cukier, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Garzanti, 2013; E. Brynjolfsson, A. McAfee, *La nuova rivoluzione delle macchine. Lavoro e prosperità nell’era della tecnologia trionfante*, Milano, 2015; C.B. Frey, M.A. Osborne, *The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?*, London, 2013. V. anche la ricerca in corso con aggiornamenti on line di F. Seghezzi, *Le grandi trasformazioni del lavoro*, in *Adapt*.

<sup>2</sup> Il secondo comma prevede l’abrogazione dell’art. 6, L. 13 maggio 1985, n. 190, relativa alla mobilità verticale dei quadri (e dei dirigenti), in parziale deroga alla disciplina del previgente art. 2103 c.c.

<sup>3</sup> Per un commento cfr. V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *La politica del lavoro del Governo Renzi*, a cura di F. Carinci, Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna, 23-24 ottobre 2014, *E-book* n. 40/2015, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), 42 e segg.; F. Santoni, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, *ivi*, 140 e segg. V. anche V. Ferrante, *Riflessioni a caldo sulla progettata modifica degli artt. 4 e 13 dello “Statuto”*, *ivi*, 313 e segg.; U. Gargiulo, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, a cura di M. Rusciano, L. Zoppoli, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. *Collective Volumes*, n. 3/2014, 99 e segg.

<sup>4</sup> In termini forti: L. De Angelis, *Note sulla nuova disciplina delle*