

## La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina\*

Antonello Zoppoli

1. L'art. 2 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81: il nuovo scenario al di là del pragmatismo.	203
2. L'art. 2 e la giurisprudenza sui cc.dd. indici sintomatici della subordinazione: una norma "non apparente".	205
3. (Segue) Interpretazione-specificazione dell'art. 2094 cod. civ. e presunzione di subordinazione: né l'una né l'altra.	209
4. Ancora su eterorganizzazione (art. 2) ed eterodirezione (art. 2094 cod. civ.).	212
5. Eterorganizzazione e collaborazione ex art. 409, n. 3, cod. proc. civ.	213
6. Art. 2: nuovo ingresso nella subordinazione o tertium genus?	215
7. Eterorganizzazione e istanza sociale.	218
8. L'intervento della contrattazione collettiva ex art. 2, co. 2, lett. a): i dubbi oltre la questione della disponibilità del tipo contrattuale.	219

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 296/2016

## 1. L'art. 2 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81: il nuovo scenario al di là del pragmatismo.

Le recenti profonde innovazioni del diritto del lavoro, introdotte dai decreti legislativi del 2015 attuativi della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183 (nell'insieme denominato, con l'ennesimo mediatico ben noto anglismo, *Jobs Act*), hanno inevitabilmente interessato anche la prioritaria questione delle fattispecie di riferimento della materia e degli ambiti delle diverse tutele apprestate. Una questione sul tappeto da decenni e oggetto, in questo primo scorcio di nuovo secolo, di più interventi legislativi.

Per la precisione, con l'art. 2 del d. lgs. 15 giugno 2015 n. 81<sup>547</sup> - dove si dispone che dall'1 gennaio 2016 "si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche" alle cc.dd. collaborazioni eterorganizzate - e con l'art. 52, co. 1, del medesimo d. lgs. - che abroga la disciplina del lavoro a progetto - il legislatore ha ridefinito i confini delle normative a protezione di coloro che prestano lavoro a favore di altri.

Introducendo la riflessione, è opportuno osservare che la subordinazione oggi, se da un lato accresce la forza attrattiva, grazie al suddetto art. 2, dall'altro, in virtù (anzitutto ma non solo) delle menzionate innovazioni, vede sensibilmente ridotta quella protettiva. Questa sorta di scambio tra l'estensione degli ambiti di applicazione delle tutele e la riduzione dei relativi contenuti - da più di un autore rilevato - ha rappresentato in effetti la cifra del *Jobs Act*. Invero, in riferimento all'art. 2, l'iniziale intento era meno "pretenzioso", giacché l'originaria fattispecie di riferimento era sensibilmente più ristretta (v. *infra* par. 4); ma il testo finale l'ha potenzialmente ampliata, dando allo scambio altro peso. Nondimeno, la riduzione di profili basilari della normativa di tutela - *in primis* di quella contro il licenziamento ingiustificato - fa sì che, per la subordinazione, lo scambio abbia tutta l'aria di continuare a essere in perdita. Come dire, l'alternativa "autonomia-subordinazione", oggi, presenta un significato diverso rispetto al passato. Ciò, evidentemente, spiega, almeno in parte, anche l'espansione della subordinazione.

Premesso questo, è indubbio che lo scenario al momento appare articolato e non ben definito.

Invero, come meglio vedremo in seguito, il legislatore ha confermato l'impostazione giuridica tradizionale - mai immune da critiche - secondo cui il bisogno di tutela del lavoratore è conseguenza del tipo di relazione intrattenuta con l'organizzazione per la quale il lavoro è svolto. Anzi, si potrebbe dire che l'impostazione tradizionale risulta finanche rafforzata, giacché è stata eliminata la presenza (rivelatasi quindi fugace) di quelle prime indicazioni di carattere (non solo ma di certo<sup>548</sup>) immediatamente economico introdotte nell'ambito di un "gioco di presunzioni"<sup>549</sup> dalla l. 28 giugno 2012 n. 92 (cd. riforma Fornero).

<sup>547</sup> D'ora in poi, per comodità d'esposizione, art. 2.

<sup>548</sup> Ne sottolinea il rilievo in termini comunque di dipendenza organizzativa PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013, p. 90. Più in generale, sulla dipendenza economica in relazione a particolari forme di lavoro autonomo, anche in chiave comparata - soprattutto in riferimento all'esperienza spagnola e tedesca - cfr., da ultimo, PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-272/2015, pp. 8 e 48; RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-266/2015, p. 16; TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in GDLRI, 2015, p. 170; MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-174/2013, p. 4.

<sup>549</sup> MAGNANI, *op. cit.*, p. 7, criticamente sul punto e anche sull'esperienza del lavoro a progetto, riprendendo un'opinione assai diffusa in dottrina. In termini almeno parzialmente diversi, PALLINI, *op. cit.*, p. 86.

A essere mutato, pure sensibilmente, è invece il nuovo impianto delle tutele del lavoro a favore altrui, ridefinito dal nuovo art. 2 e dall'abrogazione della disciplina del lavoro a progetto, alla quale si accompagna il "ritorno" dell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. (art. 52 d. lgs. n. 81/2015), nella sua originaria impostazione e in barba alle indicazioni, sia pur generiche, di segno diverso fornite dalla legge delega n. 183/2014<sup>550</sup>. In estrema sintesi, riepilogando, il legislatore a inizio secolo (con il d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276) aveva disegnato un quadro in cui, alle norme del codice civile sul lavoro autonomo - *in primis* l'art. 2222 -, si affiancavano: da un lato, la disciplina del lavoro a progetto, con la marginalizzazione delle collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ.<sup>551</sup>; dall'altro lato, la disciplina del lavoro subordinato, sostanzialmente intatta nelle linee che ne avevano ispirato lo sviluppo sin dagli anni '60. Quindi, schematizzando, prima del *Jobs Act* si era dinanzi a: 1) un'area sguarnita di particolari regole, il lavoro autonomo *tout court*; 2) al suo interno, un ambito provvisto di qualche debole peculiare tutela - oltre a quelle essenzialmente processuali e previdenziali di cui alle collaborazioni *ex art.* 409, n. 3, cod. proc. civ. -, il lavoro a progetto; 3) una terza area, "garantita" - benché alle prese con la prima ma incerta "tempesta" prodotta dalla "riforma Fornero" delle regole sul licenziamento -, la subordinazione. Adesso il quadro normativo, con l'eliminazione del lavoro a progetto, registra un'alternativa non solo più secca, ma anche assai cambiata nei suoi termini: "subordinazione", estesa ma fortemente indebolita dal *Jobs Act*, *vs.* "autonomia"; e all'interno della seconda l'unico segmento da considerare ai nostri fini è di nuovo quello del redivivo art. 409, n. 3, cod. proc. civ., dalla disciplina davvero assai scarna. Alternativa, dunque, palesemente contraddistinta da un marcato e complessivo spostamento verso l'interesse di chi gestisce il lavoro.

Il nuovo scenario investe naturalmente la *realtà* delle relazioni di lavoro, ma con un respiro *giuridico* piuttosto ampio.

Tra i primi commentatori, più d'uno ha posto l'accento sull'immediata valenza pragmatica e antielusiva dell'art. 2<sup>552</sup>, destinato a operare - si rileva sovente - nella cd. zona grigia tra autonomia e subordinazione: semplificando le operazioni qualificatorie delle relazioni di lavoro e arginando la fuga dalla subordinazione, in atto da qualche decennio. Con ogni probabilità, questa sarà l'iniziale e più immediata conseguenza della norma, certo ispirata dal passato ma inevitabilmente rivolta al futuro. Da questo punto di vista sarà importante verificare - è appena il caso di notarlo - l'effettivo spazio che occuperanno le collaborazioni contemplate nell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ.; esito sul quale avrà naturalmente un ruolo non secondario la giurisprudenza. Sull'argomento si dirà qualcosa in seguito. Per il momento, preme sottolineare che, se i vincoli posti dal contratto di lavoro subordinato - in primo luogo "in uscita" - sono oggi di certo assai ridotti, non è da escludere che la scarna disciplina delle collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. possa tornare a essere una tentazione per chi deve avvalersi di un determinato genere di prestazioni di lavoro<sup>553</sup>. A venir in rilievo, in questa circostanza, non è la tanto rinomata e dibattuta correlazione "riduzione delle tutele-incremento dell'occupazione" (rinvenibile nell'*incipit* dell'art. 1, co. 7, della

<sup>550</sup> V. art. 1, co. 2, lett. b), n. 3) e co. 7, lett. g), l. n. 183/2014.

<sup>551</sup> Il cui campo di applicazione, come noto, era ridisegnato e delimitato dagli artt. 1, co. 2, e 61, co. 3, del d. lgs. n. 276/2003.

<sup>552</sup> V., ad esempio, FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, in corso di pubblicazione, p. 1; PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-282/2015*, p. 10; MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-294/2016*, p. 22.

<sup>553</sup> Come ricorda di recente MAGNANI (*Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, cit., p. 22), le restrizioni introdotte dalla l. n. 92/2012 al lavoro a progetto e l'innalzamento dell'aliquota contributiva hanno negli ultimi anni ridotto sensibilmente il ricorso alle collaborazioni coordinate e continuative.

legge delega n. 183/2014), bensì la "qualità" del lavoro, in ragione del rischio di un possibile significativo disincentivo a stipulare contratti di lavoro subordinato (segnatamente "a tutele crescenti"), il cui incremento costituisce invece uno dei "principi e criteri direttivi" della delega (art. 1, co. 7, lett. b): in breve, il *Jobs Act* estende i confini dello statuto protettivo della subordinazione dopo averne significativamente ridotto i contenuti e, al contempo, ravviva esperienze normative all'origine della fuga dalla subordinazione. Superfluo osservare che di tali possibili dinamiche si potrà avere piena contezza e seriamente discutere soltanto quando sarà finito il periodo di agevolazioni contributive previste per le assunzioni con il contratto di lavoro a tutele crescenti<sup>554</sup>.

Comunque sia, questi primi possibili concreti effetti di certo sono da inserire - come dicevo - in una visuale giuridica assai ampia: di carattere dogmatico e assiologico, oltre che sistematico. Le novità infatti toccano, del diritto del lavoro, concetti e categorie, valori-principi e conseguenti bilanciamenti, ambiti e interrelazioni normative. Ed è da questa visuale che cresce l'interesse del giurista, chiamato al compito (per lui, proprio) di armonizzare l'ordinamento nelle sue interrelazioni con la realtà.

Il dibattito, com'era facile prevedere, benché solo agli inizi è già vasto e contraddistinto da opinioni molteplici e spesso distanti, anche su aspetti centrali<sup>555</sup>. Si è arricchito, da ultimo, della circolare del Ministero del lavoro e delle Politiche sociali n. 3/2016 dell'1 febbraio 2016.

È tempo allora di addentrarci nell'analisi.

## 2. L'art. 2 e la giurisprudenza sui cc.dd. indici sintomatici della subordinazione: una norma "non apparente".

L'attenzione della dottrina si è rivolta in assoluta gran parte verso le caratteristiche del rapporto contemplato dall'art. 2 *al fine* dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato: quindi *prima* di tale applicazione e, potremmo dire (riservandoci di precisarne in seguito la portata), della *trasformazione normativa* dalla stessa determinata. La distinzione non è affatto da trascurare, come meglio vedremo.

Cominciamo con il *prima*.

Il dibattito può, schematizzando, riassumersi intorno a due tesi.

Una tesi muove dall'inesistenza del potere direttivo nel rapporto contemplato dall'art. 2 e ritiene, di conseguenza, che la nuova norma assuma a riferimento il lavoro autonomo<sup>556</sup>. Secondo l'altra tesi, invece, l'art. 2 guarda, semplicemente, al lavoro subordinato. Tra le due tesi esistono forse più convergenze di quanto a prima vista possa sembrare: a mio avviso, s'intravedono, nelle pieghe della discussione, incertezze ed equivoci che, da sempre, accompagnano il problema della qualificazione dei rapporti di lavoro.

<sup>554</sup> Artt. 1, co. 118, l. 23 dicembre 2014 n. 190, e, da ultimo, art. 1, co. 178, l. 28 dicembre 2015 n. 208.

<sup>555</sup> Senza pretesa di esaustività, le opinioni e gli specifici scritti già citati o che in seguito si citeranno racchiudono, in sintesi, il dibattito. Cfr. però anche VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro. Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, Supplemento al n. 12/2015 di *MGL*, e in particolare la sintesi del curatore delle molteplici ed essenziali opinioni ivi pubblicate (p. 153), qui solo in parte riprese.

<sup>556</sup> PERULLI, *op. cit.*, *passim*; in senso adesivo, PESSI *op. cit.*, p. 10; in termini analoghi, ma con altri approdi, PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *ADL*, 2015, p. 1260.

Chi scrive ha già espresso, in un'iniziale succinta riflessione<sup>557</sup>, sostanzialmente il proprio favore per la prima delle due ricostruzioni. Lo sviluppo del dibattito ha rafforzato tale convincimento, ma qui la riflessione va approfondita, nei limiti ovviamente consentiti da queste pagine. È anzitutto il caso di riprendere il dialogo e il confronto con chi ha sposato la seconda tesi.

Tra i suoi sostenitori gli accenti diversi non mancano. Se in generale è diffusa l'opinione che, attraverso questo o quel percorso, ravvisa nell'art. 2 una sostanziale recezione di alcuni dei ccdd. indici sintomatici della subordinazione adoperati dalla giurisprudenza o, più in generale, dell'orientamento giurisprudenziale sulla cd. subordinazione attenuata<sup>558</sup>, chi si spinge oltre, affinando il discorso tecnico, ritiene la norma: a) "apparente, priva cioè, malgrado la sua formulazione in termini precettivi, di efficacia propriamente normativa" e quindi priva di un *aliquid novi* rispetto all'art. 2094 cod. civ.<sup>559</sup>; b) oppure cripto-interpretativa<sup>560</sup> o specificativa<sup>561</sup> dell'art. 2094 cod. civ.; 3) o, ancora, introduttiva di una presunzione assoluta<sup>562</sup>.

Andando per ordine, a me pare che si debba partire da alcune essenziali considerazioni, per la verità difficili da mettere in discussione.

Anzitutto, l'art. 2, in prima battuta, non si presenta come una norma *di* fattispecie, nel senso abituale del termine; non introduce, cioè, una fattispecie correlandola a una *sua* disciplina: sul punto occorrerà ritornare, ma sin da ora non si può dubitare che l'art. 2 *riprende*, semplicemente, la disciplina della (fattispecie) subordinazione, come recita inequivocabilmente la sua lettera<sup>563</sup>.

Al contempo, omettendo qualsiasi altra esplicita indicazione, l'intervento legislativo sembra proprio presupporre l'attuale e tradizionale binario sistema normativo "autonomia-subordinazione".

Tutto ciò dice già molto sul favore per la prima tesi indicata in precedenza: se alla relazione di lavoro di cui all'art. 2 solo dal gennaio 2016 "si applica la disciplina della subordinazione", prima di quella data essa era giocoforza da ricondurre nell'area dell'autonomia<sup>564</sup>.

A ben vedere siffatto ragionamento trova un reale e insormontabile ostacolo soltanto nell'opinione secondo la quale l'art. 2 sarebbe una "norma apparente", priva di efficacia normativa: che

<sup>557</sup> In VALLEBONA (a cura di), *Colloqui*, cit., p. 149.

<sup>558</sup> Cfr., ad esempio, NUZZO, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-228/2015, p. 8; RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 13; SANTORO PASSARELLI G., *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 cod. proc. civ.*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-278/2015, p. 16.

<sup>559</sup> TOSI, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in ADL, 2015, p. 13.

<sup>560</sup> FERRARO, *op. cit.*, p. 10.

<sup>561</sup> GHERA, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui*, cit., p. 50.

<sup>562</sup> DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2015, p. 371; NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'autorità del punto di vista giuridico*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-267/2015, p. 16; PERSIANI, *op. cit.*, p. 1260, senza distinguere sul carattere assoluto o relativo della presunzione; se si opta per la seconda ipotesi, il rilievo della norma - già delimitato dalla presunzione al piano probatorio - ovviamente si riduce in modo sensibile, essendo sempre possibile la prova della sussistenza dell'elemento costitutivo della fattispecie, ossia - nella prospettiva qui seguita - del potere direttivo.

<sup>563</sup> Il principale snodo del dibattito sinora sviluppatosi sull'art. 2 è con ogni probabilità da individuare nella questione concernente la sua incidenza sulla fattispecie o sulla disciplina della subordinazione: tra gli altri cfr. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 371; PESSI, *op. cit.*, p. 11; RAZZOLINI, *op. cit.*; p. 3; TREU, *op. cit.*, p. 162.

<sup>564</sup> Si può quindi andare oltre l'interpretazione secondo cui il legislatore, nell'art. 2, "presuppone la natura non subordinata (o non 'qualificata')" delle collaborazioni eterorganizzate (così MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, cit., p. 12).

nulla aggiungerebbe all'art. 2094 cod. civ., quindi *inutiliter data*. In questa logica perderebbe ovviamente senso anche la distinzione tra un "prima" e un "dopo" rispetto a esso. Ipotesi possibile ma estrema, alla quale evidentemente l'interprete, in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici<sup>565</sup>, può giungere in ultima analisi, là dove l'alternativa di "cancellare" il dato normativo sia davvero obbligata. Francamente non mi pare questo il caso, per varie ragioni<sup>566</sup>.

L'art. 2 ha una struttura del tutto diversa rispetto all'art. 2094 cod. civ. e simile (per non dire identica: è appena il caso di ricordarlo) al più volte citato art. 409, n. 3, cod. proc. civ. Mettendo da parte il carattere personale della prestazione (irrilevante per la distinzione in parola) e quello continuativo (sul quale si tornerà più avanti), l'attenzione è da concentrare (come si è concentrata nel dibattito) sulle "modalità di esecuzione (...) organizzate dal committente [n.d.a.: unilateralmente<sup>567</sup>] anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro".

Non è mia intenzione indugiare sull'analisi letterale del testo normativo, tuttavia mi pare ineludibile sottolineare come la norma si componga di due elementi, collegati dalla congiunzione coordinante "anche": il primo, più generico, attinente alle modalità esecutive della prestazione; il secondo, specifico, al suo profilo spazio-temporale. Orbene, nell'art. 2094 cod. civ. non si rinven- gono né l'uno né l'altro: secondo la norma codicistica, come ben noto, il lavoratore "presta il proprio lavoro (...) alle dipendenze e sotto la direzione dell'impresa". Su questa locuzione, tanto indagata, qui possono essere sufficienti alcune brevi considerazioni.

Nell'immenso dibattito sulla subordinazione, la posizione storicamente prevalente, tanto in dot- trina quanto in giurisprudenza, è quella che rinviene il suo elemento identificativo nel potere di- rettivo del datore di lavoro. Anche l'autore che esclude ogni significato normativo all'art. 2, pure non certo sensibile alla tesi tradizionale, ormai da questa acquisizione muove<sup>568</sup>. Beninteso, quando si colloca al centro il potere direttivo, ci si rifà a insegnamenti ormai acquisiti al pensiero giuslavoristico - benché talvolta ancora oggi in qualche misura trascurati – secondo cui esso è da intendere come "potere dinamico di funzionamento dell'organizzazione del lavoro"<sup>569</sup>, che si esprime segnatamente nell'"organizzare globalmente la prestazione" attraverso un sempre pos- sibile e "ampio spettro di manifestazioni"<sup>570</sup>: la determinazione del contesto organizzativo, dei soggetti con cui coordinarsi, dell'attività da compiere (salvo ovviamente il limite delle mansioni), del relativo modo di svolgimento, e via dicendo, sino a giungere finanche al merito di ciò che è da

<sup>565</sup> Un canone ermeneutico, scrive GRASSETTI (*Conservazione (Principio di)*), voce, in *ED*, IX, 1961, p. 173), "che, enunciato legislativa- mente per la materia contrattuale nell'art. 1367 cod. civ., ispira tutto il nostro ordinamento". Sul principio di conservazione degli atti giuridici in giurisprudenza cfr., tra le altre e da varie angolazioni, le sentenze: C. Cost. 29 marzo 1996 n. 89; 27 luglio 1992 n. 368; 19 maggio 1988 n. 559; 19 dicembre 1984 n. 292; 29 luglio 1982 n. 152; Cass. Pen., sez. I, 28 gennaio 2015 n. 7884; Cass. Pen., sez. III, 27 settembre 2015 n. 49317; Cass., sez. trib., 29 maggio 2013 n. 13319; Cons. St., 25 luglio 2013 n. 3964; Cons. St., 10 dicembre 2013 n. 5917.

<sup>566</sup> Sulla tesi in parola si tornerà nel paragrafo successivo, riflettendo sulla giurisprudenza prima richiamata, giacché è su questa che la tesi si fonda; in proposito, però, quanto detto in questo paragrafo è imprescindibile perché esprime già bene il rilievo non solo teorico ma pure concreto del potere direttivo (eterodirezione), da cui inevitabilmente occorre muovere e che, di per sé, risulta suffi- ciente a porre la distinzione tra art. 2094 cod. civ. e art. 2 al di là del piano solo speculativo (così invece Tosi, *op. cit.*, p. 1126).

<sup>567</sup> In ragione della formulazione della norma, nessuno mette in dubbio l'unilateralità del potere del committente, espressamente prevista peraltro nel parere della Commissione lavoro del Senato del 13 maggio 2015 sullo schema di decreto, poi eliminata perché considerata pleonastica: v. sul punto v. ICHINO, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui*, cit., p. 53.

<sup>568</sup> TOSI, *op. cit.*, p. 1124; *Id.*, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui*, cit., p. 127.

<sup>569</sup> NAPOLI, *Contratti e rapporti di lavoro, oggi*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Giuffrè, 1995, p. 589.

<sup>570</sup> GRANDI, *Rapporto di lavoro*, in *ED*, XXXVIII, Giuffrè, 1989, p. 349.

farsi. In breve, riprendendo un altro concetto assai diffuso, il potere direttivo, nella sua pervasività e dinamicità, è il punto di mediazione giuridica tra risultato complessivo dell'organizzazione produttiva e prestazione di lavoro subordinato<sup>571</sup>: è il potere che, in queste sue peculiari caratteristiche, innerva l'organizzazione per quanto concerne il lavoro. Ciò ne segna la netta distanza da ogni altra possibile figura o accezione di potere organizzativo delle energie lavorative.

Se si muove da questa consapevolezza, la differenza tra art. 2 e art. 2094 cod. civ. è netta; da ogni punto di vista: linguistico, strutturale, concettuale. Anzi, è una differenza non solo per difetto, ma, nella sua logica, anche per eccesso. Infatti il potere unilaterale del committente nell'art. 2 è: da un lato, *delimitato* alle modalità di esecuzione della prestazione; dall'altro, entro questo limite, *esteso*, senza precisi vincoli, "anche" - recita la norma ma in realtà (come meglio si dirà in seguito) soprattutto - al profilo spazio-temporale. Sicché, il potere del committente nell'art. 2: sul primo versante, non assume il carattere "globale" del potere direttivo; sul secondo, appare, per converso, più incisivo, o comunque configurato in termini propri<sup>572</sup>.

C'è poco da meravigliarsi della differenza, duplice e di diverso segno: la norma ha tutt'altra struttura, incentrata su un potere circoscritto e caratterizzato dal profilo spazio-temporale.

Chi insiste su una presunta equivalenza tra il potere direttivo (del datore di lavoro) e il potere di definire le modalità esecutive della prestazione (del committente)<sup>573</sup> trascura che il secondo, in piena aderenza al dato letterale, si presenta in termini differenti e ben più ristretti rispetto al primo: quest'ultimo - giova ripeterlo - proprio nella potenziale ricordata estensione e dinamicità trova la sua identità, specularmente definendo la posizione debitoria del lavoratore (su questo si tornerà tra breve). Di contro, sebbene il prestatore d'opera debba procedere "all'esecuzione dell'opera secondo le condizioni stabilite nel contratto", come recita il paradigmatico art. 2224 cod. civ., un potere unilaterale del committente, circoscritto alle modalità di esecuzione della prestazione e al suo interno delimitato, non è estraneo già alla tipologia contrattuale codicistica del lavoro autonomo (cfr., ad esempio, l'esplicita previsione del l'art. 1685 per il contratto di trasporto).

Dunque, ritorniamo al punto prima sottolineato. Nell'art. 2, non solo è senza dubbio possibile configurare il potere del committente di determinare le modalità esecutive della collaborazione eterorganizzata come un potere *circoscritto*, ma è questa una soluzione inevitabile: soltanto così opinando si dà un significato alla norma.

Inoltre, muovendo dall'identificazione tra siffatto potere del committente e il potere direttivo del datore di lavoro, non avrebbe alcun senso, nell'art. 2, neppure l'accento sulla determinazione unilaterale del profilo spazio-temporale: come si spiegherebbe l'introduzione di poteri del creditore della prestazione di lavoro aggiuntivi rispetto al potere direttivo al fine di applicare la disciplina della subordinazione che nello stesso e solo potere direttivo trova ragion d'essere?

<sup>571</sup> Nella ricchissima letteratura sull'argomento v., tra i tanti, ZOPPOLI L., in ESPOSITO-GAETA-SANTUCCI-ZOPPOLI A.-ZOPPOLI L., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale. III. Mercato, contratto e rapporto di lavoro*, Giappichelli, 2015, p. 61; CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, in *GLRI*; 2004, p. 41; MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, 2002, pp. 43-181; PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, 1992, pp. 56 e 100; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982, p. 5.

<sup>572</sup> Lo notano opportunamente SANTORO PASSARELLI G., *op. cit.*, p. 15; TOSI, *op. cit.*, p. 1127.

<sup>573</sup> V., ad esempio, NUZZO, *op. cit.*, p. 7; PISANI, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui*, cit., p. 107.

Infine, sovrapponendo art. 2094 cod. civ. e art. 2, risulterebbe ostico comprendere anche il co. 4 dello stesso art. 2, giacché il divieto ivi previsto per le pubbliche amministrazioni di ricorrere “comunque”<sup>574</sup>, dall’1 gennaio 2017, alle collaborazioni eterorganizzate si tradurrebbe in un divieto generale di assumere lavoratori subordinati: il che, per intuibili ragioni, non può essere.

### 3. (Segue) Interpretazione-specificazione dell’art. 2094 cod. civ. e presunzione di subordinazione: né l’una né l’altra.

La prospettiva comincia a mutare nel momento in cui i sostenitori della tesi secondo cui l’art. 2 si riferisce a rapporti di lavoro subordinato ne riconoscono, in ogni caso, una valenza innovativa, sia pur con toni e attraverso percorsi diversi. È in quest’ottica che si dà maggior peso ad alcuni orientamenti giurisprudenziali che sarebbero appunto recepiti dall’art. 2; segnatamente alla giurisprudenza incline, ai fini della rilevazione della fattispecie di cui all’art. 2094 cod. civ., a utilizzare i cc.dd. indici sintomatici della subordinazione: tra i quali appunto la definizione dell’orario e del luogo di lavoro, in presenza talvolta di direttive programmatiche o di massima, sì da configurare una generica eterorganizzazione della prestazione o una subordinazione “attenuata”<sup>575</sup>. Chi rileva in questo il “nuovo” dell’art. 2, lo commenta in genere favorevolmente: per l’anacronismo - da tempo evidente, si afferma - della nozione tradizionale di subordinazione rispetto a realtà organizzativo-produttive da decenni mutate; o per la intrinseca presunta debolezza della stessa nozione, di maggior seguito ma da alcune voci dottrinali non da ora rifiutata<sup>576</sup>.

Così prospettata, la tesi in parola presenta risvolti interessanti, ma, a mio avviso, anche equivoci e debolezze: conseguenze forse della densità problematica e concettuale di cui si diceva, da sempre compagna della questione “subordinazione”, alla fine tuttavia prevalenti.

Non v’è dubbio che l’art. 2 riprende la “sofferenza” della questione dinanzi ai cambiamenti del mondo della produzione da tempo in atto. Sofferenza che può però tradursi in più di una soluzione giuridica, sì da essere ininfluenza ai fini della individuazione della natura del rapporto di lavoro assunto a riferimento dalla nuova norma: è del tutto intuitivo come essa possa, se non debba, esprimersi attraverso una restrizione della nozione di lavoro autonomo, risultando, in tal caso, tranquillamente compatibile con l’“autonomia” della relazione di lavoro “prima” della trasformazione normativa operata dall’art. 2.

La tesi in parola s’imbatte poi anch’essa nel principio di conservazione degli atti giuridici là dove rinviene, nell’art. 2, la conferma dell’opinione (minoritaria ma da tempo presente nel dibattito) secondo cui l’elemento identificativo della subordinazione risiederebbe nell’eterorganizzazione: se l’art. 2094 cod. civ. si caratterizzasse già per l’eterorganizzazione, adesso contemplata dall’art. 2, quest’ultimo apparirebbe, giocoforza, privo di significato. E a me sembra che a tanto si debba giungere a prescindere dalla più precisa soluzione tecnica prospettata riguardo alla nuova norma: cripto-intepretazione o specificazione dell’art. 2094 cod. civ., o, in altra ottica, presunzione assoluta di subordinazione. Argomentando in modo esattamente opposto, l’art. 2 invece risulta un’ennesima conferma della ricostruzione tradizionale e prevalente, che individua l’essenza della subordinazione nella eterodirezione, ossia nel potere direttivo (come su inteso): rispetto al quale,

<sup>574</sup> Se ben si intende, anche là dove il riordino della disciplina dell’utilizzo dei contratti di lavoro flessibili da parte delle pubbliche amministrazioni, cui fa riferimento l’*incipit* del comma, non vedrà la luce entro l’1 gennaio 2017.

<sup>575</sup> Cfr. gli autori prima citati nelle note 12-16.

<sup>576</sup> V., ad esempio, FERRARO, *op. cit.*, p. 1; NOGLER, *op. cit.*, *passim*.

appunto, l'art. 2 si differenzia perché incentrato sul diverso concetto di eterorganizzazione, che, proprio per questa ragione, assume, ora, preciso significato giuridico. Va da sé - come di frequente si rammenta - che eterodirezione ed eterorganizzazione costituiscono differenti espressioni del più generale raccordo funzionale tra "organizzazione" e "lavoro": in termini giuridici, di un *potere* organizzativo. Ma, se fino a ieri l'eterorganizzazione non aveva una sua precisa fisionomia giuridica, si da essere anche identificata con il potere direttivo (eterodirezione) o finanche allo stesso sovrapposta in una non precisata relazione, oggi ce l'ha: e tanto l'identificazione quanto la sovrapposizione tra l'una e l'altra non sono più possibili.

Gli autori a favore della ricostruzione qui non condivisa per lo più pongono comunque l'accento sulla valenza pragmatica del nuovo dato normativo. L'art. 2 - si sostiene -, dando veste legislativa alla menzionata giurisprudenza, semplifica le operazioni qualificatorie, complicate da ormai inutili vischiosità storiche. Anche in questo potrebbe esserci del vero; ma pure su questo occorre intendersi.

Come già accennato in precedenza, la giurisprudenza non ha mai trascurato la centralità del potere direttivo nella subordinazione. Piuttosto, dinanzi a casi dalla qualificazione complessa, in ragione di questo o quel particolare aspetto della prestazione o del contesto di lavoro, e generalmente ed eloquentemente ricondotti alla cd. zona grigia, ne ha desunto la presenza indirettamente, utilizzando elementi (i più volte citati indici sintomatici) che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, di tale potere possono ritenersi espressione: considerando quindi questi elementi comunque manifestazione *di fatto* di quel potere, *giuridicamente* (ovvero anche solo in potenza, che non vuol dire in astratto) mai negato.

È probabile che tale orientamento incroci l'art. 2, semplificando il contenzioso, con l'applicazione della disciplina della subordinazione. Tuttavia, il significato dell'art. 2 è, per molti motivi, assai diverso e ben più ampio dal punto di vista tanto teorico quanto pratico. Peraltro, se si ragiona diversamente, si ripresenta il problema dell'"utilità" della norma.

Riepilogando, ciò che assume rilievo giuridico in virtù dell'art. 2 è un *fenomeno diverso dalla subordinazione*, ossia l'*eterorganizzazione*: identificata, dal medesimo art. 2, in un potere organizzativo, da un lato, ben circoscritto, dall'altro caratterizzato sul piano spazio-temporale. Sicché ai sensi dell'art. 2: a) questo potere - oggetto esclusivo dell'indagine del giudice - rileva in quanto tale e non quale indiretta espressione del potere direttivo, che è invece *del tutto ininfluyente*; b) l'"applicazione della disciplina della subordinazione" riguarda oggi, in chiave più moderna, uno spettro maggiore di relazioni organizzative, come la dottrina prima menzionata sostiene, relazioni però - si ripete - non contraddistinte dal potere direttivo e, perciò, riconducibili, sino a ieri, nell'area del lavoro autonomo.

Tutto ciò, da apprezzare ovviamente sul piano teorico-sistematico, ha riflessi già per la concreta qualificazione del rapporto.

Sino a ieri, orario di lavoro e svolgimento della prestazione nei locali dell'impresa costituivano solo due dei molteplici indici sintomatici utilizzati dalla giurisprudenza per risalire alla natura subordinata del rapporto. A essi se ne aggiungevano altri, come: la sottoposizione al potere di controllo e al potere disciplinare del datore, l'assenza del rischio, le modalità retributive, l'esclusività del rapporto, la proprietà degli strumenti del lavoro. Nell'insieme degli indici di volta in volta utilizzati, l'orario o il luogo di lavoro, o anche entrambi, potevano mancare. Oggi invece, ai fini della sussistenza dell'eterorganizzazione, "spazio" e "tempo" sono congiuntamente imprescindibili (v.

*amplius infra*): il profilo spazio-temporale ha *di per sé* uno specifico e necessario rilievo giuridico. Ed è per questo che, dinanzi alla sua *sola* presenza, il giudice – come opportunamente si è osservato<sup>577</sup> - *dovrà, non potrà* (nell'ambito della valutazione dell'insieme degli indici sintomatici), pronunciarsi per l'applicazione della disciplina della subordinazione. Donde i possibili indiretti effetti sul contenzioso di cui sopra si è detto<sup>578</sup>.

In definitiva, e ampliando la visuale, "spazio" e "tempo" oggi non sono più, semplicemente, possibili elementi materiali *comprovanti* la presenza, sul piano giuridico, del potere direttivo, bensì elementi *costitutivi* del potere di eteroorganizzazione (sempre giuridico e non meramente materiale<sup>579</sup>).

Si delinea dunque con sufficiente chiarezza il quadro *prima* della trasformazione normativa determinata dall'art. 2.

Se - come ritiene l'opinione prevalente e, ripeto, pure l'unica che consente di dare un senso all'art. 2, dal quale pertanto riceve al contempo conferma - l'elemento identificativo della subordinazione sta nel potere direttivo, questa norma assume a riferimento rapporti di lavoro estranei all'art. 2094 cod. civ., cioè rapporti di lavoro autonomo. In quanto tale, essa va oltre la giurisprudenza suindicata, pur sempre rivolta all'art. 2094 cod. civ., ovvero pur sempre mossa dalla ricerca del potere direttivo. E va ben oltre anche la prospettiva pragmatica e il suo concreto impatto sul contenzioso qualificatorio, definendo *ex novo* i confini della disciplina della subordinazione: aperta a un segmento del lavoro autonomo, al di là dell'art. 2094 cod. civ.<sup>580</sup>.

Ritornando alle soluzioni tecniche prima ricordate, non pare quindi esservi spazio per le letture riduttive dell'art. 2, che vi rinvergono soltanto un'interpretazione-specificazione della norma codicistica o l'introduzione di presunzioni di sorta<sup>581</sup>.

<sup>577</sup> V. CAIROLI, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui*, cit., p. 16; SANTORO PASSARELLI G., *op. cit.*, p. 17.

<sup>578</sup> Sul punto cfr. anche il par. 5.

<sup>579</sup> L'eteroorganizzazione, quale potere giuridico (unilaterale), è radicato nel contratto; quindi non si può condividere l'opinione secondo la quale essa "deriva principalmente dal contesto materiale in cui la prestazione si trova astretta, ossia dall'inserimento della prestazione entro moduli organizzativi che incidono, conformandola *ab externo*, sulla prestazione e sulle relative modalità di esecuzione" (così invece PERULLI, *Il lavoro*, cit., p. 29; nello stesso senso PESSI, *op. cit.*, p. 11). Il dato materiale sarà invece da considerare, e anzi assumerà particolare rilievo - come del resto di consueto per le situazioni qualificatorie più complesse (v. *infra*) -, ai fini della rilevazione in concreto dell'eteroorganizzazione e della relativa effettiva volontà delle parti.

<sup>580</sup> Riprendendo il confronto con la tesi secondo cui l'art. 2 sarebbe una norma apparente, quanto osservato in questo paragrafo conferma che la distinzione tra eterodirezione ed eteroorganizzazione non è affatto, al più, proponibile "sul piano della speculazione teorica" (così invece TOSI, *op. cit.*, p. 1126). Peraltro l'autore in parola argomenta la sua tesi - coerentemente - dalla giurisprudenza sui cc.dd. indici sintomatici della subordinazione, a suo avviso "diritto vivente" (rispetto al quale appunto la distinzione tra art. 2094 cod. civ. e art. 2 non avrebbe "in concreto una differenziata capacità qualificatoria": TOSI, *op. cit.*, p. 1126). Ma anche questa identificazione non convince: la giurisprudenza assunta a riferimento è parziale, giacché esprime solo una parte delle pronunce (v. invece per la più lineare e classica affermazione del carattere decisivo del potere direttivo, *ex multis*, C. Cost. 13 maggio 2015 n. 76; Cass. 29 gennaio 2015 n. 1692; Cass. 8 aprile 2015 n. 7024; Cass. 10 aprile 2015 n. 7296; Cass. 6 maggio 2015 n. 9121; Cass. 24 febbraio 2006 n. 4171; Cass. 6 agosto 2004 n. 15275), e poi - come detto nel testo e come ha ovviamente ben presente lo stesso autore (TOSI, *op. cit.*, p. 1120) - essa muove sempre e comunque dalla centralità del potere direttivo, mai messa in discussione, a dimostrazione della consapevolezza del suo cruciale rilievo, teorico e pratico. In conclusione, sono molti gli argomenti per non condividere l'affermazione secondo cui nel "diritto vivente non è configurabile eterodirezione senza eteroorganizzazione e neppure eteroorganizzazione senza eterodirezione" (in tal senso invece TOSI, *op. cit.*, p. 1127).

<sup>581</sup> In merito a quest'ultima tesi è opportuno sottolineare la differenza di formulazione e di finalità dell'art. 2 rispetto all'art. 69 del d. lgs. n. 276/2003, nel quale si è appunto rinvenuta, come noto, una presunzione di subordinazione. Il secondo non prevedeva, come ora il primo, l'"applicazione della disciplina della subordinazione", bensì disponeva che, in mancanza del progetto, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa fossero "considerati rapporti di lavoro subordinati": senza la limitazione del progetto si presumeva, in altre parole, che il potere del creditore di lavoro avesse le caratteristiche "pervasive" del potere direttivo del datore di lavoro

Prime conclusioni, queste, nient'affatto trascurabili, eppure parziali. Per cogliere l'esatta e completa portata dell'art. 2 è necessario infatti indagarne con attenzione anche il *dopo*, ovvero gli effetti determinati dalla trasformazione normativa prodotta: c'è da chiedersi in che termini la porta della subordinazione si apra al lavoro autonomo eterorganizzato; più precisamente, in che termini "si applica la disciplina della subordinazione".

Prima di occuparcene, è il caso però di approfondire, sia pure per passaggi essenziali, le caratteristiche della relazione di lavoro contemplata dalla nuova norma. Lo si farà in raffronto ai suoi confini giuridici: anzitutto, alla subordinazione, poi alla collaborazione coordinata di cui all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ.

#### 4. Ancora su eterorganizzazione (art. 2) ed eterodirezione (art. 2094 cod. civ.).

L'assenza del potere direttivo contribuisce in primo luogo, per contrapposizione, a far chiarezza sul requisito temporale della "continuatività" delle "prestazioni di lavoro" eterorganizzate.

Il requisito temporale, mentre nella subordinazione è immanente alla posizione di soggezione del prestatore - specularmente al già sottolineato carattere *dinamico* del potere direttivo<sup>582</sup>, nell'art. 2 esprime il protrarsi dell'attività autorganizzata del prestatore in relazione all'interesse creditorio. Ed è per questa ragione che solo nel primo il "tempo", di per sé, può in ipotesi realizzare l'adempimento: in quanto tempo *funzionalmente a disposizione dell'organizzazione* (quindi a essa "interno") e non *del prestatore* indirettamente dedicato (e come tale "esterno") alla medesima organizzazione<sup>583</sup>.

Tralasciando il carattere "personale" della prestazione - come già osservato irrilevante nel raffronto con la "subordinazione" - si ricorderà che, secondo l'art. 2, le "modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro". Posto che l'unilateralità del potere organizzativo del committente dovrà ovviamente trovare fondamento nella volontà negoziale delle parti, ragionando sul testo della norma non può tacersi che l'elemento precedente alla congiunzione coordinante "anche" sembrerebbe essere dato dalle "modalità di esecuzione": se così fosse, l'"organizzazione" (unilaterale) del committente, prima che al profilo spazio-temporale, a tali modalità sarebbe da riferire. Tuttavia una simile interpretazione non convincerebbe perché la genericità e l'ampiezza della "organizzazione" da parte del committente, come prima osservato, ancorché insufficienti a condurre la fattispecie nella "subordinazione", sono estranee anche all'"autonomia", comunque caratterizzante l'art. 2. V'è da dire che, nella versione precedente a quella poi giunta in porto, la norma recitava: "prestazione di lavoro (...) di contenuto ripetitivo e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro". In questa versione - dalla portata sotto ogni aspetto di

subordinato. Al riguardo, cfr., da ultimo, PERSIANI, *op. cit.*, p. 1261; PERULLI, *Il lavoro*, cit., p. 12, nt. 26. Per una diversa ricostruzione v. PALLINI, *op. cit.*, pp. 116-179.

<sup>582</sup> V. al riguardo, per tutti, BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, 2008, p. 188.

<sup>583</sup> È unicamente nella subordinazione che l'adempimento, in ipotesi, può esaurirsi nel solo profilo temporale: in quanto elemento necessario per l'inserimento dinamico della prestazione di lavoro nell'organizzazione, ma pure di per sé sufficiente per l'esistenza della stessa organizzazione là dove il datore non realizzi concretamente questo inserimento tramite l'esercizio del potere direttivo. Scrive incisivamente PERSIANI (*Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, p. 174): "Stare in attesa degli ordini del datore di lavoro significa limitare la propria libertà ed è già un *facere* idoneo a soddisfare l'interesse del creditore di lavoro, anche se non interamente (...)".

sicuro più ristretta (sebbene nell'esatta misura pur sempre dipendente dall'interpretazione della "ripetitività") e di conseguenza di minor rilievo - evidentemente si pensava a una prestazione in cui la ripetitività, concepita verosimilmente per lo più in riferimento a determinate organizzazioni, costituiva un'iniziale indicazione di come il lavoro dovesse svolgersi<sup>584</sup>; in altre parole il contenuto ripetitivo aveva tutta l'aria di costituire il primo circoscritto elemento dell'eterorganizzazione, al quale si aggiungeva "anche" la determinazione di quello spazio-temporale. Nell'attuale formulazione, scomparso l'elemento della ripetitività, l'interprete non può che rivolgere l'attenzione alle modalità esecutive. Per quanto sin qui scritto, però, da leggere sempre in coerenza con la natura autonoma del lavoro. Ciò significa che l'intervento organizzativo del committente, ancorché delimitato alle modalità esecutive del lavoro, deve considerarsi comunque circoscritto all'interno delle stesse, al di là della sua più precisa configurazione. Così inteso, a ben vedere, esso perde reale valenza discrezionale, giacché una sua qualsiasi espressione può ritenersi sufficiente.

A questo punto assume rilievo e spazio nella struttura della norma il potere del committente di organizzare *tempo* e *luogo* della prestazione di lavoro. Questo potere unilaterale è indicato dal legislatore in modo esplicito e univoco: è espressamente rivolto a due specifici profili della prestazione, configurando un ambito preciso e di una certa ampiezza del potere del creditore della prestazione di lavoro. E, a ben riflettere, anche la definizione di ulteriori indefinite modalità esecutive appare conseguenza assai probabile del suo esercizio. In sostanza, a qualificare l'art. 2 è (non il potere direttivo di cui all'art. 2094 cod. civ., bensì) il potere di eterorganizzazione spazio-temporale della prestazione di lavoro. In questo senso convince l'impostazione della circolare del Ministero del lavoro e delle Politiche sociali n. 3/2016, secondo cui le "prestazioni" devono essere "organizzate dal committente *quantomeno* con riferimento «ai tempi e al luogo di lavoro»" (mio il corsivo).

C'è da pensare che le modalità di esercizio di questo potere ai fini del passaggio nella disciplina della subordinazione, sebbene non siano rigidamente definibili, in ragione della rilevanza di tale conseguenza debbano pur sempre essere abbastanza stringenti. Di certo la norma richiede la determinazione del tempo "e" del luogo della prestazione: come precisa la menzionata circolare, l'una e l'altra "devono ricorrere congiuntamente".

In relazione al "tempo", occorre inoltre domandarsi se sia da ricomprensivi, oltre alla quantificazione, anche la collocazione. Coerentemente alla precedente premessa, opterei per un criterio flessibile. In linea di massima, si può ritenere che, se - come a me pare e meglio si dirà in seguito - la *ratio* dell'art. 2 intende dar rilievo al pregiudizio determinato dal potere di eterorganizzazione del committente sulla visibilità e soggettività professionale del lavoratore nel mercato del lavoro e della produzione, i due elementi siano da definire in relazione allo specifico contesto produttivo di riferimento e comunque l'eventuale presenza del potere unilaterale anche di collocare la prestazione riduca il rilievo dell'elemento quantitativo.

## 5. Eterorganizzazione e collaborazione ex art. 409, n. 3, cod. proc. civ.

Passiamo al confronto tra eterorganizzazione ex art. 2 e collaborazione ex art. 409, n. 3, cod. proc. civ.

<sup>584</sup> La ripetitività -, come si ricorderà - si ritrovava anche nell'ultimo periodo dell'art. 61, co. 1, del d. lgs. n. 276/2003, nella versione introdotta dall'art. 1, co. 23, lett. a) della l. n. 92/2012.

Riprendendo quanto detto nel primo paragrafo, oggi è questo confronto a segnare il confine tra i due ambiti normativi del "lavoro subordinato" (parzialmente ma significativamente svuotato nella sua istanza di tutela) e del "lavoro autonomo" (in cui la "vecchia" parasubordinazione torna a introdurre tutele essenzialmente processuali e previdenziali ai tipi legali di ciascun contratto).

Conviene anzitutto sgombrare il campo dagli aspetti che si presentano più lineari.

Una prima differenza, probabilmente anche dalle conseguenze pratiche circoscritte, è esplicita: l'art. 2 contempla - con una secca precisazione avverbiale - prestazioni "esclusivamente personali", laddove l'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. include pure quelle "prevalentemente personali".

Lineare risulta anche l'estensione all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. delle osservazioni prima fatte in merito al requisito della "continuatività" di cui all'art. 2 nel raffronto con l'art. 2094 cod. civ., ribadendo che solo in quest'ultimo il tempo è componente intrinseca della posizione di soggezione del lavoratore.

Qualche parola in più merita l'indicazione "prestazioni di lavoro", contenuta nell'art. 2 e suscettibile di creare qualche incertezza, a fronte dell'espressione "prestazione di opera", rinvenibile nell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. Infatti, la prima indicazione (al plurale - sia detto per inciso - evidentemente in relazione a "rapporti di collaborazione ...") sembra perdere consistenza, anche discreta, giacché può riferirsi al lavoro tanto subordinato quanto autonomo, ovvero intendersi quale mero svolgimento di un'attività oppure quale attività strumentale al compimento di più *opera* o finanche di un *opus*, ragionando peraltro in modo simile a come fatto in passato proprio per l'altra espressione "prestazione di opera", contenuta nell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ.<sup>585</sup>. Sebbene non possa escludersi che - nella reinterprete di questa norma imposta dal nuovo quadro normativo - per la collaborazione coordinata si sia tentati dall'attribuire maggior rilievo al "raggiungimento di un risultato"<sup>586</sup>; o, per la collaborazione eterorganizzata, nella medesima ma speculare logica, dall'ipotizzare un'interpretazione più restrittiva del termine "lavoro", circoscrivendolo a obbligazioni di mero comportamento. L'una e l'altra ipotesi, però, non potrebbero prescindere dall'acquisita consapevolezza dei limiti di configurabilità e delle difficoltà qualificatorie che presenta la distinzione obbligazione di mezzi/obbligazione di risultato.

A questo punto, l'attenzione è da concentrare sull'elemento più problematico e di maggior peso discreto, tanto concettualmente quanto in concreto. Le due fattispecie, entrambe collocate nell'ambito del lavoro autonomo, risultano esplicitamente caratterizzarsi - e reciprocamente delimitarsi - in ragione del "coordinamento", l'art. 409, n. 3, cod. proc. civ., e della determinazione dell'elemento spazio-temporale della prestazione da parte del committente, l'art. 2. Più precisamente, in un siffatto nuovo quadro - in cui inevitabilmente il coordinamento (questo sì) va rispetto al passato reinterpretato<sup>587</sup> -, la fattispecie dell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. sarà evidentemente configurabile quando la connessione funzionale tra prestazione e organizzazione del committente si realizzi attraverso uno dei seguenti profili della prestazione: 1) il luogo di svolgimento; 2) i tempi

<sup>585</sup> V., da ultimo e per tutti, SANTORO PASSARELLI G., in CARINCI F., a cura di, *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, e-Book n. 48, 2015, p. 10.

<sup>586</sup> Cfr., al riguardo, PERULLI, *Il lavoro*, cit., pp. 35-41.

<sup>587</sup> In proposito v., anche in riferimento alla disciplina del lavoro a progetto, per tutti: SANTORO PASSARELLI G., *I rapporti*, cit., p. 5; PALLINI, *op. cit.*, p. 187; MARTELLONI, *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, Bononia University Press, 2012, pp. 87 e 161.

di svolgimento; 3) l'uno "e" l'altro, definiti in modo non stringente (secondo quanto prima rilevato) o giocoforza bilateralmente, cioè di comune accordo tra le parti e non unilateralmente dal committente<sup>588</sup>; 4) un altro profilo - ad esempio l'utilizzazione degli strumenti di lavoro -, che potrà combinarsi anche con uno dei precedenti.

Superfluo osservare che questa ricostruzione, chiara sul piano concettuale, nella sua concreta applicazione lo potrebbe essere meno. Trattandosi di qualificazione di rapporto di lavoro, *nihil novi sub sole*. Nondimeno, se per un verso possono comprendersi perplessità nei confronti dell'intervento legislativo - propenso a riproporre, anche con passi indietro, impostazioni tradizionali a fronte di realtà in mutamento da tempo<sup>589</sup> -, alcuni elementi utili per l'interprete possono individuarsi.

L'imprescindibile carattere unilaterale (da parte del committente) della definizione dell'elemento spazio-temporale nella fattispecie di cui all'art. 2 potrà incentivare la definizione bilaterale e per iscritto del medesimo elemento all'interno del programma negoziale al fine di evitare l'applicazione della disciplina della subordinazione<sup>590</sup>. L'indicazione non dovrà però essere contraddetta dal concreto svolgimento del rapporto giacché la logica "protettiva" della nuova norma impone la prevalenza della dimensione fattuale rispetto alla volontà originariamente dichiarata. Certo, là dove, per questa o quella ragione, l'operazione di qualificazione risultasse particolarmente complessa, il dato cartolare - come in passato - potrebbe assumere consistenza. Per altro verso però, qualora in ragione delle concrete caratteristiche del complessivo processo produttivo la prestazione di lavoro non possa svolgersi materialmente nei locali del committente ed osservando tempi dallo stesso imposti, si dovrebbe presumibilmente propendere per la sussistenza della collaborazione eterorganizzata, esistendone giocoforza i suoi elementi costitutivi. Ciò, verosimilmente, potrebbe essere ipotesi frequente.

## 6. Art. 2: nuovo ingresso nella subordinazione o tertium genus?

Tratteggiata la fisionomia del rapporto contemplato dall'art. 2, si può ritornare agli effetti di questa nuova norma; per riprendere la precedente terminologia, al *dopo* il suo ingresso nell'ordinamento e alla conseguente trasformazione normativa.

La domanda da porsi è la seguente: alla collaborazione eterorganizzata la disciplina della subordinazione va applicata integralmente o, in qualche misura, selettivamente? A ben vedere è questo il quesito di maggior rilievo: dal punto di vista sia dogmatico, in quanto dalla risposta possono derivare implicazioni *sulla* fattispecie "subordinazione", sia sistematico, per le sue implicazioni normative. In sostanza, guardando dinanzi e non al passato, è "il" quesito da porsi.

In prima battuta verrebbe da propendere per un'applicazione integrale. A spingere in questa direzione è tanto la lettera dell'art. 2 quanto la sistematica: la norma non contiene delimitazioni di

<sup>588</sup> Molti autori sottolineano questo aspetto: v., tra gli altri, ICHINO, *op. cit.*, p. 54; MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, cit., p. 15; PERULLI, *Il lavoro*, cit., p. 45; RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 19; SANTORO PASSARELLI G., *I rapporti*, cit., 21. Al riguardo cfr. anche l'art. 12 del disegno di legge n. 2233, di iniziativa governativa, presentato al Senato l'8 febbraio 2016 su "Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi di lavoro", che modifica l'art. 409, n. 3, cod. proc. civ., precisando: 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>589</sup> Sul tema, v., per tutti e da ultimo, TREU, *op. cit.*, p. 171; CORAZZA, *Dipendenza economica e potere negoziale del datore di lavoro*, in *GD LRI*, 2014, p. 647.

<sup>590</sup> Così ICHINO, *op. cit.*, p. 54.

sorta - non sembra tale il riferimento al rapporto - e il nostro sistema dei contratti di lavoro è, come si accennava, tradizionalmente incentrato sulla correlazione fattispecie-disciplina (salvo modulazioni tramite regole "speciali" più che attraverso la specialità di questo o quel rapporto, come pure farebbe intendere l'impostazione codicistica).

Questa lettura è sostanzialmente sposata dalla menzionata circolare ministeriale, che fa discendere dall'art. 2 "le medesime conseguenze legate ad una riqualificazione del rapporto", con "l'applicazione di qualsivoglia istituto, legale o contrattuale (ad es. trattamento retributivo, orario di lavoro, inquadramento previdenziale, tutela avverso i licenziamenti ecc.), normalmente applicabile in forza di un rapporto di lavoro subordinato".

Se così fosse, avremmo un'equiparazione tra eterodirezione ed eterorganizzazione: per l'applicazione della disciplina della subordinazione, a differenza del passato, ora sarebbe sufficiente il potere di determinazione spazio-temporale della prestazione, a prescindere dalla presenza del potere direttivo. Giova ripeterlo: il primo rileverebbe di per sé, non quale elemento comprovante il secondo.

Si sarebbe, in sostanza, dinanzi a un *nuovo ingresso nella subordinazione*: dal gennaio 2016, aperto a rapporti di natura autonoma *prima* di quella data.

In tale ottica, fa bene la circolare a non rinvenire - come si è detto - una "riqualificazione del rapporto", bensì "le medesime conseguenze": con lo sguardo rivolto al futuro (e non al passato) le collaborazioni organizzate, dal gennaio 2016, sarebbero da "qualificare" (non da "riqualificare") come subordinate.

Accedendo a questa tesi - si badi - avremmo, sì, un'incidenza dell'art. 2 *sulla* fattispecie dell'art. 2094 cod. civ. ma solo *parziale ed esterna*: l'eterorganizzazione costituirebbe soltanto un nuovo canale di accesso alla subordinazione; una volta scattata l'integrale applicazione della relativa disciplina, questa si rifletterebbe inevitabilmente sulla fattispecie, in virtù della necessaria correlazione tra l'una e l'altra: e al centro della scena tornerebbe l'art. 2094 cod. civ.

Ma è proprio tale passaggio a indebolire l'ipotesi ricostruttiva delineata.

V'è da dire subito che nel dibattito non manca chi propende per la seconda interpretazione ipotizzata, cioè per un'applicazione selettiva della disciplina della subordinazione, individuando le regole escluse dall'estensione con riguardo tanto al rapporto di lavoro quanto alle sue implicazioni previdenziali<sup>591</sup>.

Invero, se la fattispecie è per la disciplina, la correlazione tra questa e quella dovrebbe essere biunivoca: guardando la relazione di lavoro, la *totale* applicazione della disciplina della subordinazione dovrebbe ripercuotersi sui contenuti della collaborazione eterorganizzata, delle sue posizioni attive e passive, dell'uno e dell'altro contraente: con un'estensione delle tutele del lavoro ma, al contempo, pure dell'insieme dei poteri datoriali in ragione dei quali quelle tutele sono costruite. Eppure siffatta conclusione s'imbatte in vincoli "di sistema", come tali particolarmente resistenti.

<sup>591</sup> V., ad esempio, SANDULLI, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui*, cit. p. 119, cit., che tra le esclusioni indica anche la disciplina previdenziale (su questo specifico punto, concorda PERSIANI, *op. cit.*, p. 1266, per ragioni essenzialmente di carattere finanziario); PESSI, *op. cit.*, p. 14.

Un esempio per tutti, per il suo carattere strutturale con ogni evidenza il più significativo, almeno dalla visuale qui privilegiata. Il prestatore di lavoro, nell'ipotesi d'integrale applicazione della disciplina della subordinazione, sarebbe soggetto all'obbligo di obbedienza (art. 2104, co. 2, cod. civ.), in tutte le sue possibili implicazioni; in altre parole, alla più esplicita espressione del potere direttivo. È appena il caso di osservare come ciò incida sensibilmente sia sul credito sia sul debito di lavoro: in uno, sull'adempimento, ovvero sugli interessi e sulle rispettive attese, che - è facile intuirlo - coinvolgono profili prioritari della relazione lavorativa: come l'organizzazione del datore/committente, da un lato, e la professionalità del lavoratore, dall'altro. Sarebbe forse pragmatico ma decisamente semplicistico osservare, guardando alla prima, che la determinazione spazio-temporale finisce per estendersi a qualsiasi aspetto della prestazione di lavoro; o, rivolgendosi alla seconda, che l'integrale trasformazione del rapporto corrisponda comunque all'interesse del lavoratore. La rimarcata implicazione di profili prioritari della relazione organizzativa e di lavoro dà alla questione tale consistenza da condurla al taglio dei vincoli "di sistema".

Stringendo la prospettiva, sembra inevitabile muovere dalla finalità dell'art. 2. D'obbligo chiedersi: la norma, se estende e impone la disciplina della subordinazione alle collaborazioni eterorganizzate in ragione evidentemente del presupposto che l'eteroorganizzazione (spazio-temporale) della prestazione determini *di per sé* la necessità di regole eteronome a fini di tutela del lavoratore (necessità che la disciplina della subordinazione sottintende: v. *amplius* il successivo par.), perché dovrebbe mutare la prestazione di lavoro contrattualmente definita? In particolare, perché imporre al lavoratore una prestazione diversa da quella da lui assunta? L'intervento legislativo è da considerare anzitutto per la relazione di lavoro verso cui è diretto, *ragione dello stesso intervento*, e poi, in riferimento a questa, per il cambiamento normativo introdotto. È l'eteroorganizzazione che il legislatore vuole regolare *ex novo*: il passaggio dall'eteroorganizzazione all'eterodirezione, ossia dal delimitato potere spazio-temporale a un potere pervasivo, è inconferente per lo scopo perseguito dal legislatore. Piuttosto, questo passaggio, se non sembra creare problemi per il creditore della prestazione<sup>592</sup>, ha tutta l'aria di ledere la libertà e la dignità dell'individuo espresse nella scelta del lavoro da prestare, così violando già i primi quattro articoli della nostra Costituzione.

Dunque, non fermandosi alle verosimilmente più immediate e frequenti ripercussioni dell'art. 2 sul contenzioso qualificatorio, è tutt'altro da escludere la seconda ipotesi interpretativa ipotizzata: l'applicazione della disciplina della subordinazione alla fattispecie di cui all'art. 2 non può ritenersi integrale.

Intuibili, ancorché inedite, sono le conseguenze di un simile approdo.

L'applicazione della disciplina della subordinazione dovrebbe, a questo punto, ritenersi tendenziale, e cioè modulata, presumibilmente secondo una correlazione (invero non facile) tra caratteristiche del rapporto e *rationes*-contenuti delle norme nonché, soprattutto, sulla base dei vincoli che il sistema presenta. La modulazione normativa, dinanzi alla correlazione fattispecie-disciplina (e salvo, come già accennato, regole "speciali"), è sino a oggi rimasta confinata al dibattito dottrinale; segnatamente al cd. metodo tipologico di qualificazione della fattispecie, di cui appunto

<sup>592</sup> Il cambiamento della posizione del creditore del lavoro, con il più ampio e ricco potere direttivo a fronte del diverso coinvolgimento organizzativo del prestatore derivante dal mutare del *facere* dedotto in obbligazione, non dovrebbe intaccare la libertà di cui all'art. 41 Cost. - restando ferma peraltro la possibilità di domandare e acquisire lavoro attraverso altre figure contrattuali - e comunque potrebbe trovare eventualmente ragione nella finalità di tutela del lavoro.

l'applicazione selettiva delle regole della subordinazione costituisce la reale o quanto meno più concreta espressione. Essa comporta - *ça va sans dire* - apertura di spazi considerevoli per l'interprete, con un'inevitabile marcata accentuazione del ruolo della giurisprudenza.

Due le immediate considerazioni suscitate da questa prospettiva.

In primo luogo, rammentando che la delega di legge da cui nasce l'art. 2 ha tra i suoi scopi "riordinare i contratti di lavoro vigenti" (art. 1, co. 7, l. n. 183/2014), non si può tacere una certa sorpresa; ancor più pensando all'intento del legislatore, mostrato sovente negli ultimi anni, di delimitare meglio i confini dell'intervento giurisprudenziale<sup>593</sup>.

In secondo luogo - e ciò che più conta - emergono sensibili novità nella tipologia dei contratti di lavoro. Se alla prima interpretazione ipotizzata conseguirebbe un nuovo ingresso nella subordinazione, dalla seconda scaturisce una *fattispecie contrattuale ibrida*, benché comunque anch'essa decisamente sbilanciata sul lavoro subordinato: priva del binomio potere direttivo/disponibilità funzionale - quindi "autonoma" nella logica tradizionale -, eppure soggetta all'applicazione della disciplina della subordinazione, tendenziale ma connotata dalla eteronomia-inderogabilità, come tale distante dal pur eterogeneo panorama, anche comparato, delle regole del lavoro autonomo<sup>594</sup>. Questa doppia divergente e inedita novità è sufficiente a configurare un *tertium genus*? Superfluo indugiare sulla questione terminologica; preferibile invece concentrarsi ancora su alcuni profili sostanziali, peraltro utili anche ai suoi fini.

## 7. Eterorganizzazione e istanza sociale.

Abbiamo, da ultimo, toccato il piano assiologico.

Quale che sia l'interpretazione seguita e al di là delle sue più immediate conseguenze pratiche, sembra dunque inevitabile rinvenire nell'art. 2 l'estensione di un precisa istanza *sociale*, tratto non esaustivo ma identitario della disciplina della subordinazione: la finalità di rimuovere "la diseguaglianza di potere contrattuale che è inerente, e tale non può non essere, al rapporto di lavoro"<sup>595</sup>, attraverso la tutela, in via eteronoma, della parte in condizione di debolezza socio-economica e giuridica. In estrema sintesi<sup>596</sup>, ad avviso del legislatore del 2015, oggi anche l'eterorganizzazione - come ieri la sola eterodirezione - è sufficiente a determinare quell'assorbimento della prestazione di lavoro nell'organizzazione datoriale che impedisce, alla stessa prestazione, di costituire un'entità a sé stante sul piano tanto organizzativo quanto economico: così in linea di principio privando il prestatore di una diretta e immediata visibilità esteriore, e quindi di una

<sup>593</sup> In questa logica ci sarebbe da augurarsi un "nuovo rimescolamento delle carte", peraltro da alcuni già intravisto - invero non senza ottimismo - in relazione al citato d.d.l. sulla tutela del lavoro autonomo (MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, cit., p. 25). In assenza, l'applicazione selettiva della disciplina della subordinazione alle collaborazioni eterorganizzate, per quanto impegnativa (e "sconsigliabile", aggiunge la stessa Magnani, *ibidem*, pp. 23-25), non può escludersi.

<sup>594</sup> Sull'eterogeneità e molteplicità delle discipline del lavoro autonomo, con cenni anche alle esperienze di altri ordinamenti (francese, spagnolo, tedesco), v. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *RGL.*, 2003, p. 221 ss.

<sup>595</sup> KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, Stevens, 1977, p. 6.

<sup>596</sup> Estendo all'art. 2 questi profili della subordinazione che già misi in evidenza a proposito del rapporto di lavoro del dirigente in *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 127. È appena il caso di aggiungere che l'ipotetico rafforzamento della posizione del lavoratore *nel mercato* - cui nella recente legislazione di riforma del diritto del lavoro sarebbe rimesso, nella nota logica della *flexicurity*, il bilanciamento della forte riduzione di tutela del lavoratore *nel rapporto* - non solo è difficile da cogliere nelle novità normative, sulla carta e ancor più nella concreta implementazione (per un eloquente quadro d'insieme della situazione attuale cfr. VALENTE, *La riforma dei servizi per il mercato del lavoro*, Giuffè, 2016, sp. pp. 195 e ss.), ma comunque dovrebbe attenuare, non rimuovere, le ragioni della debolezza socio-economica e contrattuale del prestatore di lavoro, in ogni caso non in grado di camminare con le proprie gambe.

"propria" soggettività economico-professionale, nel mercato del lavoro e della produzione. Ne consegue che il lavoratore eterorganizzato, come l'eterodiretto, finisce nell'insieme tendenzialmente indistinto dell'"offerta di lavoro", il cui eccesso rispetto alla domanda costituisce l'elemento determinante della sua condizione di inferiorità socio-economica. E, ritornando al contratto, l'eterorganizzazione come l'eterodirezione, nel dar veste giuridica alla soggezione del lavoratore, ne "perpetua" lo stato di debolezza socio-economica, con una sorta di circolarità.

Si tratta di un aspetto ovviamente importante, benché da inquadrare nel nuovo scenario disegnato dal *Jobs Act*.

Come detto dappprincipio, il *Jobs Act* contrappone alla disciplina della subordinazione l'area del lavoro autonomo, che, dopo l'abrogazione della già scarna normativa del lavoro a progetto, è del tutto sprovvista di particolari protezioni, salvo le tutele di carattere essenzialmente processuale e previdenziale apprestate per le collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. Al momento l'orizzonte non sembra invero riservare mutamenti neanche qualora giungesse in porto il citato disegno di legge sulla tutela del lavoro autonomo, privo di significative innovazioni in proposito.

Nel *Jobs Act* evidentemente è l'estensione della disciplina della subordinazione realizzata dall'art. 2 a soddisfare la domanda di maggiori tutele nell'ambito del lavoro autonomo. Ma questa estensione - giova ricordarlo ancora - non può non collegarsi, a stretto giro di vite, alla contemporanea assai sensibile riduzione della forza protettiva della medesima disciplina. Come si diceva, questa sorta di scambio ha tutta l'aria di essere in perdita per la "subordinazione".

Pur tuttavia, l'estensione della disciplina della subordinazione segna un passaggio cui molti, da varie angolazioni, guardavano da tempo. Riflette tendenze economiche e sociali ormai pluridecennali, determinate da cambiamenti anzitutto del mondo della produzione. Nella discutibile traduzione normativa dell'art. 2, questo appare un passaggio non trascurabile né improvvisato: perciò, forse, non semplice da cancellare, anche in futuri scenari.

Evitando di attardarsi in previsioni di per sé insidiose e rimanendo al più decifrabile presente, di questo inerziale effetto dell'art. 2 ci sono già segni all'interno del quadro normativo dalla stessa norma introdotto. Per l'esattezza, nella lett. a) del suo secondo comma.

#### **8. L'intervento della contrattazione collettiva ex art. 2, co. 2, lett. a): i dubbi oltre la questione della disponibilità del tipo contrattuale.**

Questo comma contiene un'elencazione di ipotesi per le quali la "disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione". È un'elencazione di rapporti eterogenea<sup>597</sup> e non facilmente decifrabile, che riprende l'art. 61, co. 3, del d.lgs. 276/2003 in materia di lavoro a progetto<sup>598</sup>; salvo proprio la menzionata lett. a)<sup>599</sup>, che esclude, dall'applicazione del co. 1, le collaborazioni "per le quali gli

<sup>597</sup> Così, tra gli altri, MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, p. 16; SANTORO PASSARELLI G., *I rapporti*, cit., p. 21.

<sup>598</sup> Su questa elencazione v., criticamente e per tutti, PALLINI, *op. cit.*, p. 162.

<sup>599</sup> La lett. a) riporta alla mente invece l'integrazione - di contenuto profondamente e inevitabilmente diverso - introdotta nel co. 1 dell'art. 61 del d. lgs. n. 276/2003, dall'art. 24-bis co. 7 della d.l. 22 giugno 2012 n. 83, conv. con mod. dalla l. 7 agosto 2012 n. 134, in virtù della quale per l'"attività di vendita diretta di beni e servizi realizzate attraverso *call center 'outbound'*" il ricorso al lavoro a progetto era "consentito sulla base del corrispettivo definito dalla contrattazione collettiva nazionale di riferimento".

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". Ed è questa l'ipotesi anche di maggior respiro e rilievo pratico, come le prime esperienze già mostrano<sup>600</sup>.

Per quanto ovvio, giova da subito ricordare, su un piano peraltro più generale, che, poiché il co. 2 prevede (e non poteva essere diversamente) la non applicazione della "disposizione del comma 1 (...) con riferimento" alle collaborazioni di cui alla successiva elencazione (attività nel caso della lett. "c"), evidentemente queste collaborazioni (o attività) devono presentare il tratto dell'eteroorganizzazione di cui allo stesso comma 1.

Venendo specificamente alla lett. a), ciò sembrerebbe sgombrare il campo da un problema non marginale. Appurato che l'eteroorganizzazione, secondo la tipologia tradizionale, è da inquadrare nel lavoro autonomo, a parere di un'opinione molto diffusa<sup>601</sup> sarebbe superato il cd. problema della indisponibilità del tipo contrattuale, proprio appunto della subordinazione<sup>602</sup>, per il quale l'art. 2 ha ridestato attenzione e con il quale deve fare i conti chi riconduce invece le collaborazioni eteroorganizzate all'art. 2094 cod. civ. Sulla base di tale impostazione, il ruolo della contrattazione collettiva, per intuibili ragioni, diverrebbe nel suo complesso meno gravoso e con più facilità si diraderebbero possibili dubbi, di questo o quel genere, sul suo intervento.

Ma l'impostazione convince sino in fondo? A porre la domanda induce in primo luogo la *ratio* dell'art. 2, co. 1, al di là dell'applicazione integrale o modulata della disciplina della subordinazione.

Se l'art. 2, co. 1, intende estendere – come sin qui sostenuto - questa disciplina al lavoro eteroorganizzato per la stessa finalità di tutela *eteronoma e inderogabile* che da sempre la contraddistingue, c'è da dubitarne.

È anzitutto il caso di premettere, per completezza di analisi, che nella lett. a) del co. 2 dell'art. 2, l'inderogabilità della tutela trova espressa, sebbene indiretta conferma, giacché, in essa, si attribuisce un preciso e specifico potere derogatorio alla contrattazione collettiva. Tuttavia proprio questo potere fa sì che la contrattazione collettiva abbia la facoltà di disapplicare la disciplina della subordinazione a rapporti che a questa disciplina, oggi, dovrebbero essere soggetti: esattamente quanto vietato dalla Corte costituzionale con le sue pronunce sulla indisponibilità del tipo contrattuale, sia pur in riferimento all'art. 2094 cod. civ.<sup>603</sup>

È agevole immaginare almeno un paio di possibili immediate obiezioni: a) nell'art. 2 si ragiona di rapporti di lavoro in origine pur sempre "autonomi"; b) l'eteroorganizzazione di cui all'art. 2 resta

<sup>600</sup> Cfr., IMBERTI, "Mi dispiace ma non sei il mio tipo" (quando la contrattazione collettiva nazionale rifiuta il lavoro etero-organizzato, Convegno internazionale di studi su "La contrattazione collettiva nello spazio economico-globale", Bologna, 19-20 febbraio 2016, dattiloscritto, p. 3.

<sup>601</sup> PERULLI, *Il lavoro*, cit., p. 16, ritiene il problema finanche "indizio decisivo" a favore della tesi secondo cui l'art. 2 si riferisce a rapporti di lavoro autonomo.

<sup>602</sup> Oggetto delle note sentenze della C. Cost. 7 aprile 1993 n. 121, 26 gennaio 1994 n. 11 e, da ultimo, 7 maggio 2015 n. 76.

<sup>603</sup> Il problema, come noto discusso (da ultimo cfr. MAGNANI *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. gls. n. 81/2015*, cit. p. 19, nt. 61), a mio avviso si propone, in estrema sintesi, nella misura in cui chiama in gioco tutele costituzionali riconducibili al contratto di lavoro subordinato come configurato dall'ordinamento.

comunque differente dall'eterodirezione di cui all'art. 2094 cod. civ. e la differenza assume appunto consistenza normativa nella questione in parola.

Spontanea sorge un'altra domanda: ma le obiezioni coglierebbero davvero nel segno? Il dubbio di soluzioni semplicistiche, se non formalistiche, è forte.

A essere in dubbio ovviamente non è la distinzione tra eterodirezione ed eteroorganizzazione, bensì la natura autonoma dei rapporti in questione: dopo il gennaio 2016 un guscio vuoto. Come prima osservato, l'art. 2, pur guardando a rapporti sino a ieri di lavoro autonomo: a) se si propende per l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione, ha inciso sulla relativa fattispecie, sia pur solo attraverso l'apertura di una nuova porta di ingresso all'art. 2094 cod. civ.; b) se si opta per un'applicazione modulata della disciplina della subordinazione, ha dato vita a una fattispecie ibrida, tendenzialmente da ricondurre comunque sul piano normativo nella subordinazione.

Anche in questa seconda ipotesi - è utile ribadirlo - la collaborazione eteroorganizzata oggi è *in quanto tale*, per l'ordinamento, connotata in senso sociale e ricondotta a fini normativi nella subordinazione: sicché, l'applicazione parziale della disciplina della subordinazione sarebbe dovuta alla presenza di eventuali insormontabili vincoli di sistema, che definirebbero l'esatta fisionomia del cambiamento normativo senza però intaccarne ragioni d'essere e valenza.

Ebbene, se questo è lo scenario, la nuova regolazione delle collaborazioni eteroorganizzate incrocia necessariamente le "norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato": quanto dà sostanza alla questione dell'indisponibilità del tipo contrattuale di cui all'art. 2094 c.c.<sup>604</sup>

Si potrebbe dire che, in ragione dell'inedito contenuto dell'art. 2 e dei mutamenti da esso introdotti nella tipologia contrattuale, la questione venga in gioco dalla prospettiva della disciplina: nella nuova norma sarebbe la disciplina, in quanto inderogabile nella sua valenza costituzionale, a generare la questione. Ma è solo un problema di visuale, riproponendosi, nuovamente, il carattere biunivoco della relazione fattispecie-disciplina.

Riepilogando, l'art. 2, co. 2, lett. a), dopo aver ampliato il confine della tutela inderogabile di rilievo costituzionale del lavoro sinora segnato dalla subordinazione (eterodirezione), rimette, questa tutela, alla disponibilità della contrattazione collettiva. Pertanto, alla contrattazione sarebbe consentito, per l'eteroorganizzazione, ciò che è vietato per l'eterodirezione, nonostante la comune inclusione nella disciplina della subordinazione.

A ben guardare, però, il dato normativo indirizza verso altra direzione.

La lett. a) è la sola ipotesi dell'elencazione dell'art. 2, co. 2, in cui il legislatore offre un'indicazione circa il motivo dell'esclusione dall'applicazione del co. 1: le "particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore". Viene allora da pensare che, se per gli altri rapporti indicati nell'eterogenea e invero discutibile elencazione del co. 2 il silenzio del legislatore induce a rinvenire in linea di principio il motivo della loro sottrazione al c. 1 nella *ratio* del medesimo comma

<sup>604</sup> La citazione è tratta dalla sentenza della C. Cost. n. 121/1993; il passo è poi ripreso nelle successive pronunce n. 11/1994 e n. 76/2015. Per converso, per intuibili ragioni, in questa logica non ha senso porre il problema di un eventuale contrasto con l'art. 101, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in riferimento a quanto affermato da C. Giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en media* c. Regno di Olanda; al riguardo cfr., in una diversa prospettiva, NUZZO, *op. cit.*, p. 15.

(letta ovviamente in negativo<sup>605</sup>), in riferimento al co. 2 il discorso è *per tabulas* diverso. Più precisamente, in primo luogo - facendo un passo indietro nell'analisi - è da escludere che alla contrattazione collettiva sia attribuito il potere: a) di individuare collaborazioni eterorganizzate ma non connotate da uno squilibrio socio-economico tra le parti; b) di sottrarre le medesime collaborazioni alla disciplina della subordinazione in ragione dell'assenza di questo squilibrio. In secondo luogo, di riflesso, v'è da ritenere che il potere della contrattazione collettiva in parola sia un potere (non solo circoscritto alla ridefinizione della disciplina, come dice la lettera della norma, senza incidenza sulla fattispecie, che - si ribadisce - rimane quella del co. 1, ma anche) vincolato a determinati presupposti (appunto le "particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore").

La questione assume allora altri e più ampi contorni, al di là del problema della disponibilità del tipo.

Torna in mente l'opinione che invita a considerare le esclusioni in termini di "razionalità e ragionevolezza"<sup>606</sup>. A questo punto, però, l'art. 2, co. 2, lett. a), ripropone problemi più generali, non certo nuovi.

Il legislatore, nel momento in cui estende alle collaborazioni eterorganizzate la disciplina della subordinazione, sia pur parzialmente ma significativamente svuotata, ricorre a quella peculiare e antica tecnica normativa che è la contrattazione collettiva, segnatamente nazionale: per graduare questa estensione, le attribuisce in generale un potere derogatorio della norma di legge. Risulta anche un po' paradossale invero: proprio nella stagione legislativa in cui l'azione sindacale, in particolare a livello nazionale, non gode dei migliori favori da parte del legislatore e proprio nel *Jobs Act* che di questa stagione è la più eloquente espressione. Il discorso, evidentemente, è più complesso e problematico. Qui, per ovvie ragioni, sono possibili solo alcune considerazioni.

Si è detto che "in un contesto di 'traghetamento forzoso', da uno statuto protettivo debole ad uno statuto protettivo forte, appare del tutto ragionevole la promozione 'morbida' di passaggi convenzionali (...), con l'evidente esigenza di garantire la salvaguardia delle imprese e, quindi, della occupazione"<sup>607</sup>. Osservazioni condivisibili, però parziali. Va tenuto presente che il legislatore, nell'art. 2 - e non solo - continua a puntare sul sindacato comparativamente più rappresentativo, strizzando peraltro ancora l'occhio ai ccdd. accordi separati<sup>608</sup>, seppure sul piano nazionale. Incurante dunque dei ben noti problemi del nostro sistema sindacale "di fatto", non rivitalizzato neanche dagli accordi interconfederali del triennio 2011-2014, fa perno su soggetti e dinamiche appartenenti a stagioni trascorse, come questi stessi accordi dimostrano<sup>609</sup>. Una tecnica

<sup>605</sup> Ossia per l'inesistenza o la ridotta pressione dell'istanza sociale di riequilibrio delle parti contrattuali.

<sup>606</sup> BALLESTRERO-DE SIMONE, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2015, p. 139.

<sup>607</sup> PESSI, *op. cit.*, p. 14. In ottica anche più ampia, considera la norma di una portata "tutta da esplorare" MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, cit. p. 23, nt. 71.

<sup>608</sup> Come si intuisce, si allude all'utilizzazione della preposizione semplice "da" per l'individuazione del soggetto negoziale ("accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale": corsivo mio ovviamente).

<sup>609</sup> Sia consentito al riguardo rinviare a ZOPPOLI A., *Jobs Act e formante sindacale: quale ruolo per quale contrattazione collettiva*, in RUSCIANO-ZOPPOLI L., *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" - Collective Volumes-3/2014*, p. 33. Va notato che nella legge delega il rinvio alla contrattazione collettiva, riferito però ad altri istituti (v. art. 1, co. 7, lett. e-g), è invece inclusivo.

peraltro, già in passato e ancor più oggi dinanzi a forti difficoltà economiche, assai dubbia dal punto di vista delle garanzie costituzionali di democraticità e di responsabilità dell'azione regolativa del soggetto sindacale. Non c'è da stupirsi se più d'uno avanza perplessità su questo "centrale" coinvolgimento della contrattazione, anche in relazione alle prime sue concrete espressioni<sup>610</sup>. In tale prospettiva finisce per perdere consistenza pure il presunto carattere paradossale di cui si diceva. E, per converso, vien da chiedersi se le "particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore" consentano, in qualche misura, un sindacato esterno, ossia giudiziale, sull'operato della contrattazione. Ma siffatto sindacato risulterebbe comunque, in concreto, tanto difficile quanto foriero di confusione e incertezza, sì da minarne la solidità giuridica<sup>611</sup>. E allora appare inevitabile tornare alla nostra Costituzione e alle sue inderogabili garanzie.

Non senza, opportuno aggiungerlo, una punta di rammarico. Sì, perché al sostegno della contrattazione collettiva appare più che ragionevole ricorrere, come d'altronde l'esperienza insegna e soprattutto lascia intendere la nostra Costituzione: la contrattazione collettiva è, probabilmente, la migliore risorsa di cui il diritto del lavoro dispone per realizzare gli equilibri e i bilanciamenti richiesti da una società così articolata e complessa come quella contemporanea. Non però la contrattazione collettiva che abbiamo dinanzi oggi.

Rammarico, si diceva, non stupore: già prima dell'art. 2 il *Jobs Act* ha rivolto lo sguardo altrove.

---

All'esclusione indicata dalla lett. a) dell'art. 2, co. 2, non credo si possa giungere anche attraverso la cd. contrattazione di prossimità di cui all'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. con mod. in l. 14 settembre 2011 n. 148: per quanto sia ampio il potere attribuito da questa seconda norma, la prima configura comunque una specifica ipotesi normativa, differente in tutti i suoi elementi. Al più la contrattazione di prossimità potrà, sulla base anzitutto dell'interpretazione sistematica, estendersi alle collaborazioni eterorganizzate nei limiti e secondo le modalità indicate dalla disciplina per essa prevista dal suddetto art. 8.

<sup>610</sup> Cfr. LASSANDARI, in VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, p. 68; IMBERTI, *op. cit.*, p. 3.

<sup>611</sup> Eloquente MAGNANI (*Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, cit., p. 18) auspica, da parte dei giudici, "un opportuno *self-restraint*".