

LABOR

1

Il lavoro nel diritto

Rivista bimestrale

gennaio-febbraio 2020

DIRETTA DA
Oronzo Mazzotta

www.rivistalabor.it

IN EVIDENZA

■ *L'inafferabile etero-direzione*

Oronzo Mazzotta

■ *Il Reddito di Cittadinanza un anno dopo*

Madia D'Onghia

■ *Giurisprudenza commentata*

Camilla Gernone, Tommaso Maserati, Marta Giaconi, Barbara De Mozzi, Marco Tufo

L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali

SOMMARIO: 1. A mo' di premessa. – 2. Diritto del lavoro e modelli negoziali. – 3. La flessibilità dei criteri giurisprudenziali. – 4. I modelli rivisitati con una digressione. – 4.1. La subordinazione. – 4.2. La parasubordinazione. – 4.3. Il paradigma dell'art. 2 del d.lgs. 81/2015 (vecchio testo). – 5. La Cassazione ed i ciclofattorini. – 6. Le novità delle recenti riforme.

Sinossi. Il saggio, prendendo spunto dalla sentenza 24 gennaio 2020 n. 1663 della Corte di Cassazione, che si è pronunciata per la prima volta sul rapporto di lavoro dei ciclofattorini, rivisita i modelli contrattuali in cui è convenuta una prestazione di lavoro, anche alla luce delle riforme legislative degli anni 2017-2019.

Abstract. *The essay, inspired by the judgment of 24 January 2020 n. 1663 of the Court of Cassation, which ruled for the first time on the employment relationship of riders, revisits the contractual models in which a job performance is agreed, also in light of the legislative reforms of the years 2017-2019.*

PAROLE CHIAVE: Lavoro (rapporto) – Subordinazione e parasubordinazione – Il rapporto dei ciclofattorini – Natura giuridica e trattamento

1. A mo' di premessa.

Siamo ancora qui ossessivamente, nevroticamente inchiodati ad interrogarci sul tipo contrattuale del lavoro subordinato e sui suoi confini.

Siamo ancora qui a tentare di collocare nuove realtà entro schemi che riottosamente le rifiutano.

Siamo ancora qui a decifrare testi normativi esoterici, che ci parlano per allusioni, per i quali più che un giurista servirebbe un cabalista.

Il legislatore nel giro di quattro anni ci ha parlato e ci ha parlato per ben quattro volte: a) con l'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015; b) con una nuova definizione di "collaborazione coordinata", inserita nella norma-chiave dell'art. 409, n. 3 c.p.c. dalla l. n. 81 del 2017; c) con la *modifica* dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 ad opera del d.l. n. 101 del 2019, convertito nella l. n. 128 del 2019; d) con le regole introdotte per il lavoro tramite piattaforme digitali (d.l. n. 101 del 2019, convertito nella l. n. 128 del 2019, che ha inserito il capo V-bis all'interno del d.lgs. n. 81 del 2015), che si pronunciano indirettamente anche sulla nozione di lavoro autonomo.

Alla luce di queste premesse è quasi ovvio che la letteratura giuridica si polarizzi ancora una volta intorno al tema dei modelli contrattuali e con una ampiezza senza precedenti.

Sullo sfondo delle nostre discussioni sta la rivoluzione informatica (quarta, quinta?), il capitale "documediale" che – come ha scritto Maurizio Ferraris – benché «richieda pochissimo lavoro ... in realtà mette al lavoro il mondo intero, e senza retribuirlo»¹.

Ed è altrettanto ovvio che la questione del lavoro organizzato tramite piattaforme finisca sulle scrivanie dei giudici (non solo nostrani), con la conseguenza che quei processi costituiscono l'occasione per saggiare la tenuta di nuove e vecchie categorie giuridiche.

Sono dunque, da una parte, l'esperienza sociale (o gli esperimenti social-produttivi) e, dall'altra, la pressione che viene dagli interventi legislativi su subordinazione e dintorni, che costringono a nuove prese di posizione ed a nuovi confronti.

L'inquadramento giuridico della prestazione di lavoro dei ciclofattorini ha tenuto banco nella discussione degli ultimi anni e qualcuno potrebbe obiettare che si tratta di un dibattito sproporzionato rispetto all'entità economica del fenomeno².

In realtà – a ben guardare – si tratta di un rilievo solo in parte condivisibile. Basti pensare che la scelta fra autonomia e subordinazione non è affatto indolore per i potenziali destinatari e che l'adesione ricostruttiva all'una o all'altra opzione non può che condizionare le scelte produttive dei titolari dell'iniziativa economica del settore, orientando le forme ed i modi di governo del lavoro.

Premesso che le caratteristiche modali di adempimento della prestazione possono variare molto da caso a caso, possiamo isolare alcuni caratteri, comuni a molte fattispecie, a partire dal *leading case* costituito dalla vicenda torinese³.

Lasciamo da parte la situazione in cui il *thema decidendum* è quello della individuazione dell'effettivo datore di lavoro. Il lavoro può infatti essere organizzato secondo uno schema quadrilaterale in cui rilevano le posizioni (a) della piattaforma, (b) dell'impresa

¹ Sulle tante varianti del fenomeno economico-sociale che genericamente si definisce "digitalizzazione" v.: SALENTO, *Digitalizzazione delle imprese e trasformazione delle competenze. Quadro analitico e riscontri empirici*, in *Labor*, 2019, 131 ss.

² V. fra i tanti contributi: BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *LLI*, 2019, 1 ss.; DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, BUP, 2019; PERULLI, *I lavoratori delle piattaforme e le collaborazioni etero-organizzate dal committente: una nuova frontiera regolativa per la Gig Economy?*, in *Labor*, 2019, 320 ss.; TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *LD*, 2017; TULLINI, *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?* in *LDE*, 2019, n. 1; FERRANTE, *Subordinazione, dipendenza, abitudine, personalità: riflessioni e proposte per la tutela dei "nuovi" lavori*, in *Labor*, 2019, 23 ss.

³ V.: Trib. Torino, 7 maggio 2018, in *Labor*, 2018, 603, con nota di GRAMANO; App. Torino, 4 febbraio 2019, in *Labor*, 2019, 313 con nota di PERULLI (che è la sentenza su cui si pronuncia la Cassazione: v. *infra* nel testo); v. altresì, su una vicenda analoga: Trib. Milano, 10 settembre 2018, in *Labor*, 2019, 107, con nota di FORLIVESI.

che collabora con questa, (c) dei lavoratori, (d) dei clienti. In tali situazioni l'indagine deve appuntarsi sulla verifica dei nessi di collegamento fra gli attori della vicenda, anche allo scopo di constatare l'esistenza di illegittimi rapporti interpositori e la soluzione giuridica può transitare attraverso gli strumenti che l'ordinamento predispone per reprimere tali forme di illegittimo impiego del lavoro⁴.

La vicenda torinese è invece inquadrabile alla stregua di un rapporto trilaterale (gestore della piattaforma/ lavoratori/clienti) in cui la società che gestisce la piattaforma costituisce il centro d'imputazione dei rapporti di lavoro che ad essa fanno capo. La piattaforma è in sostanza solo uno strumento utile per l'amministrazione del servizio (e dei rapporti di lavoro).

Formalmente i lavoratori sottoscrivono un contratto di collaborazione coordinata e continuativa i cui tratti caratteristici principali sono i seguenti: a) libertà di candidarsi per una corsa; b) utilizzo di un proprio mezzo (ma impiego in comodato gratuito di casco, giubbotto, bauletto per le consegne); c) esclusione di ogni vincolo orario, fatto salvo il coordinamento generale con l'attività della committente; d) stretti vincoli temporali per l'effettuazione della consegna (pena l'applicazione di una sanzione economica).

Più degli impegni assunti sul piano negoziale dalle parti però vale, al cospetto delle nuove tecnologie, il retroscena invisibile, che ha un nome preciso: algoritmo. È quest'ultimo che costruisce lo spazio organizzativo e plasma (anche) i comportamenti lavorativi. L'algoritmo esercita un controllo pervasivo sull'attività di lavoro, penalizzando quelli fra i prestatori che non si attagliano al modello ideale di produttore (che presuppone la sottoposizione a turni massacranti di lavoro), stila la classifica dei più meritevoli, traccia le prestazioni dei singoli e le confronta.

Dunque la piattaforma (tramite l'algoritmo) controlla la prestazione e sanziona i comportamenti non conformi a determinati standard⁵.

I fautori della collocazione di tali rapporti entro l'ampio contenitore dell'autonomia valorizzano il dato che ha costituito, negli anni novanta, il cavallo di battaglia delle tesi anti-subordinazione relative al lavoro dei pony-express (fattorini metropolitani): la libertà di scelta che resta a ciascun lavoratore di accettare o rifiutare il singolo incarico. Se manca la disponibilità negli intervalli non lavorati fra due diverse chiamate per ciò stesso – si assume – manca il vincolo della dipendenza giuridica⁶.

Tale valutazione considera del tutto irrilevante la situazione di etero-direzione ed etero-organizzazione in cui si svolge l'attività una volta accettato l'incarico (e tutto l'apparato valutativo che si svolge dietro le quinte). È sufficiente, allo scopo di escludere la subordi-

⁴ In argomento rinvio alla pertinente ricostruzione di LOFFREDO, *Di cosa parliamo quando parliamo di lavoro digitale*, in *Labor*, 2019, 253 ss. Non a caso le cronache giornalistiche riferiscono di un'indagine della Procura della Repubblica di Milano per il reato di caporalato.

⁵ V., sul punto: C. giust., 20 dicembre 2017, causa C-434/15, *Uber*, par. 39, ove si legge che la piattaforma ha un'influenza dominante sulle condizioni dei prestatori, esercitando «un determinato controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti nonché sul comportamento di quest'ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione». In argomento v. i giusti rilievi di BOLEGO, *Intelligenza artificiale e regolazione delle relazioni di lavoro: prime riflessioni*, in *Labor*, 2019, 61 ss.

⁶ Notissime le sentenze della Cassazione dell'epoca: su tutte Cass., 10 luglio 1991, n. 7608, in *RIDL*, 1992, II, 103, con nota di NOGLER; le sentenze del Trib. Torino, 7 maggio 2018 e del Trib. Milano, 10 settembre 2018, citt. si muovono nella medesima logica.

nazione, la (presunta) libertà del lavoratore di inserirsi nel mercato, anche se le condizioni in cui si svolge l'attività sono totalmente etero-imposte.

In sostanza ed in sintesi, secondo tale prospettiva, la verifica della esistenza dei requisiti della subordinazione si ferma sulla soglia dell'adempimento del singolo servizio, senza scendere a verificare i modi di atteggiarsi del rapporto all'interno dei singoli servizi.

Tracciate queste minime coordinate fattuali dobbiamo ancora una volta ripercorrere i modelli contrattuali di base al cui interno è conferita l'attività lavorativa.

2. Diritto del lavoro e modelli negoziali.

La discussione sulla collocazione del lavoro fra autonomia e subordinazione non nasce oggi, ma viene da lontano ed ha visto, alle origini, contrapposti due partiti: quello che voleva radicare la distinzione sul terreno dei rapporti sociali, prendendo le mosse dall'idea che il diritto del lavoro è nato (avrebbe dovuto nascere) per rimuovere le diseguaglianze e si è sempre diretto (avrebbe dovuto dirigersi) a proteggere gli ultimi e quello che invece più asetticamente faceva leva sulle categorie civil/romanistiche che erano alla base della distinzione fra *locatio operis* e *locatio operarum*.

Il primo filone di pensiero avrebbe portato la nostra branca del sapere giuridico ad evolversi verso una sorta di *droit ouvrier*⁷, mentre il secondo lo traghettava appunto verso una configurazione come diritto del "lavoro", in un'accezione più ampia ed onnicomprensiva.

Dunque: dalla protezione di un *soggetto* caratteristicamente collocato all'identificazione di un contratto sulla base di elementi *oggettivi*.

Quest'ultima accezione è risultata quella apparentemente recepita dal legislatore nella norma-chiave dell'art. 2094 c.c., almeno nella vulgata comune che fa consistere l'elemento discrezionale fra prestazioni di lavoro autonome e subordinate nel requisito della *etero-direzione*, intesa come potere datoriale di dirigere la prestazione verso un risultato atteso; in ciò si tradurrebbe, appunto, il potere propriamente *direttivo*.

Il descritto processo storico-evolutivo non ha impedito che, come un fiume carsico, l'idea della influenza qualificatoria del dato della collocazione del lavoratore sul piano dei rapporti sociali continuasse a circolare sotterraneamente – e non sempre consapevolmente – nella riflessione di dottori e giudici⁸.

⁷ Quanto alla prima opzione non dimentichiamo che la prima legislazione sociale a cavallo fra otto e novecento indicava come propri destinatari, volta a volta, il lavoro "manuale" (la disciplina del lavoro nelle miniere: 1893-1907), gli "operai" (l. n. 295/1893 sui collegi probivirali), "padroni" e "operai" (l. n. 105/1908, sull'abolizione del lavoro notturno dei fornai), il lavoratore degli "opifici industriali" (l. n. 242/1902 sulla protezione delle donne e dei fanciulli).

⁸ Del resto non si può ragionevolmente contestare che quello che definiamo come "diritto del lavoro" costituisce un agglomerato normativo che storicamente ha come riferimento sociale un soggetto che si trova in uno stato di inferiorità economica, caratterizzata dalla alienità del lavoro e del suo risultato, direttamente derivante dalla mancanza di disponibilità dei mezzi per produrre. Non è solo la storia che ci consegna questa immagine, ma, in modo assai più significativo, la Carta costituzionale, che in più luoghi (artt. 1, 3, comma 2, 4, 36, 37, 38, 41) evoca la figura del lavoratore dipendente e ne fa oggetto di una tutela privilegiata.

Il punto è che l'idea che identifica la subordinazione con l'etero-direzione è nata intrinsecamente vaga e tale da costruire un setaccio dalle maglie troppo larghe, per poterne fare un criterio veramente selettivo.

E di questo vizio di origine è autorevolissimo testimone-protagonista Lodovico Barassi.

Il manifesto del suo pensiero e dell'idea di subordinazione come esercizio del potere direttivo è in un passaggio esemplare della sua opera principale⁹.

Quando il creditore del lavoro è a contatto col lavoro, lo dirige, lo sorveglia, lo indirizza a quei risultati cui egli, mercé le prestazioni del debitore, intenda arrivare, vi ha locazione di opere. In tal caso il lavoratore è un strumento, e un strumento in un certo senso passivo, nel senso che presta le proprie attitudini fisiche e intellettive perché l'altra parte le abbia a plasmare e dirigere e indirizzare come egli intende. Questo avviene così per l'operaio come per il direttore di una banca. L'uno e l'altro non hanno di mira un risultato determinato, ma una semplice prestazione di energie a quei fini cui la guida, il controllo e la sorveglianza del capo-fabbrica o del consiglio di amministrazione della Banca intende condurle. Esiste dunque un contatto immediato, diretto tra il creditore di lavoro e i mezzi di lavoro offerti dall'altra parte ... Però questo contatto non ha sempre la medesima intensità; ma può andare da un *maximum*, come è per l'operaio o per lo scrivano che lavorano sotto l'incessante guida del capo di fabbrica o d'ufficio, sino ad un *minimum*, come è per il direttore di Banca, che ha anche un'iniziativa propria.

Si tratta di un'idea, che definirei sincretistica, ancora molto presente nel dibattito contemporaneo. Ne è testimonianza la tralaticia affermazione giurisprudenziale secondo cui «qualsiasi attività umana può in astratto essere oggetto di un lavoro autonomo come di un lavoro subordinato»¹⁰.

Senonché la giurisprudenza si è resa conto ben presto della sostanziale inutilizzabilità di quel criterio, che – se corrisponde al modello social-tipico del lavoratore (l'operaio della grande industria per intenderci) – non è di alcuna utilità per sceverare le situazioni in cui uno o più elementi del modello social-tipico sono assenti.

È per questa ragione che i nostri giudici (ma non solo i nostri) hanno elaborato ulteriori criteri, definiti succedanei, ma che lo sono solo all'apparenza, per ampliare il repertorio da cui attingere nei casi-limite.

Ed ecco apparire gli indici empirici di riconoscimento (o “spie”, secondo il lessico di Giuseppe Pera) in cui si polverizza la subordinazione: l'*inserimento nell'impresa* del datore di lavoro, la *continuità* della prestazione, la *sottoposizione ai poteri* di controllo e direzione del datore, il *carattere personale* della prestazione, la *cessione di energie lavorative* (quale oggetto del contratto), l'*estraneazione dal risultato produttivo* (assenza di rischio).

Non è qui il caso di interrogarsi sulla correttezza del procedimento logico ed in particolare sulla giustapposizione di fattispecie ed effetti, perché è sufficiente, per fugare il dubbio di una sostanziale creatività nella individuazione dei caratteri della subordinazione, assumere che, per mantenersi fedele all'evoluzione della realtà, la giurisprudenza abbia dovuto contaminare il più restrittivo punto di riferimento assunto dall'ordinamento nell'art.

⁹ V. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, SEI, 1901, 29.

¹⁰ V. ad es., fra le tante: Cass., 17 agosto 2004, n. 16038.

2094 c.c. con la funzione complessiva sottesa all'intervento protettivo dello stato a favore di talune classi sociali.

Certo tutto questo è vero, ma è vero altrettanto che quegli indici non sono germinati dal nulla (come Minerva dalla mente di Giove), ma, come vado sostenendo da molto tempo, sono stati fatti propri dall'ordinamento ed inseriti nel sistema normativo.

Ciò acquisito può essere ozioso chiedersi se sia la giurisprudenza che insegue il legislatore o se sia quest'ultimo che va a rimorchio di quella. Più produttivo è verificare se ed in che misura tutti o alcuni di quegli indici sono rinvenibili nel diritto positivo.

Una rapida ricognizione consente di rispondere positivamente alla domanda.

Vi è anzitutto la stessa definizione di para-subordinazione, che individua una serie di elementi comuni alla subordinazione, quali la *continuità della prestazione* ed il suo carattere *personale*. Non a caso proprio il riconoscimento dell'esistenza di tali tratti comuni che rende tali soggetti, agli occhi del legislatore, meritevoli di particolare protezione. E dunque il legislatore condivide l'idea secondo cui proprio i dati della «continuità» e della «personalità» della prestazione, beninteso insieme alla valorizzazione di altri elementi, appaiono idonei – nella normalità della fenomenologia sociale – a richiamare in causa l'esistenza della subordinazione.

Analoghe indicazioni provengono dalla definizione di *lavoratore subordinato sportivo*, prevista dall'art. 2 della l. n. 91 del 1981, che rimette in campo, ancora una volta i tratti della *continuità* (non occasionalità), della *sottoposizione ai poteri di coordinamento* da parte della società datrice e di un'*apprezzabile durata*, dati tutti espressivi della *dipendenza*.

Altrettanto utile ai nostri fini è la nozione di etero-direzione che è al centro della subordinazione “derogatoria” nel lavoro a domicilio («osservare le *direttive dell'imprenditore circa le modalità di esecuzione*, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere nell'esecuzione parziale, nel completamento o nell'intera lavorazione di prodotti oggetto dell'attività dell'imprenditore committente»). Essa ci dice che c'è subordinazione anche se limitata ai soli profili dell'esecuzione tecnica del manufatto; quindi: o è una forma di lavoro autonomo, caratterizzata da una più stretta inerenza al ciclo produttivo, tale da meritare l'estensione delle tutele o è una forma di affievolimento o attenuazione della subordinazione; in sostanza la disposizione ci dice che è possibile scindere il potere direttivo in quanto potere di comando e direzione dal potere direttivo in quanto potestà di dare indicazioni tecniche.

Del resto la suggestione del gioco di rimandi fra giurisprudenza e legislatore è alimentata anche da quest'ultimo, nel momento in cui – nella versione originaria dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 – ci suggerisce che un lavoratore che non si avvale di aiuti ed è inserito nella struttura organizzativa datoriale, anche quanto a *tempo* e *luogo* della prestazione, è inequivocabilmente subordinato.

3. La flessibilità dei criteri giurisprudenziali.

Un altro dato da tenere in considerazione in questa prima ricognizione introduttiva è che la ricerca e l'elaborazione di quella lunga serie di elementi sintomatici è servita alla

giurisprudenza per adattare la nozione di subordinazione alle varie specie di fatto su cui si trovava ad operare.

In sostanza i nostri giudici hanno dimostrato una straordinaria *flessibilità* nell'impiego dei vari criteri elaborati (e/o desunti dall'ordinamento), dilatandoli o, volta a volta, restringendoli. È proprio questa flessibilità che ha consentito un costante adeguamento del diritto e della sua interpretazione alla realtà sociale.

Dunque una giurisprudenza (non utopica né distopica, ma) *topica* che è quasi sempre legata alla specificità del caso e che pesca nel vasto repertorio degli elementi sintomatici a seconda del risultato cui vuole attingere (argomentazione orientata alle conseguenze).

Qualche esempio di questa tendenza può essere più chiaro di ogni discorso astratto.

Muoviamo dal dato della *continuità*, intesa come attitudine del rapporto a reiterare l'impegno lavorativo entro un arco di tempo definito. Si rinvencono pronunce che assumono che la *discontinuità dell'offerta lavorativa* non è di per sé indice di autonomia, in presenza dell'etero organizzazione e della disponibilità *anche solo astratta* negli intervalli non lavorati (nel caso riferita a mansioni di donna delle pulizie)¹¹.

Una visione flessibile della continuità agevola anche la soluzione di quelle specie in cui è lo stesso potere direttivo a non essere esercitato in modo costante ed univoco. In tali circostanze, per ricondurre il rapporto al paradigma della subordinazione, sono stati fatti valere criteri succedanei, quali la riferibilità della continuità al rapporto nel suo insieme (compatibile con intervalli non lavorati), le modalità di erogazione del compenso, la regolamentazione dell'orario di lavoro e, per converso, l'inesistenza di un effettivo potere di autorganizzazione in capo al prestatore (fattispecie relativa ad un addetto ad una ricevitoria scommesse)¹².

Per quanto riguarda gli addetti ai cc.dd. *call center* il criterio distintivo è di nuovo il tempo: continuità ed osservanza di un orario in un contesto di etero-organizzazione e predisposizione dei mezzi di lavoro¹³.

E veniamo al cuore della questione: il *potere direttivo*. Quest'ultimo pacificamente tracciamo in mero potere di organizzazione in tutte quelle situazioni in cui il lavoratore è portatore di un proprio bagaglio di conoscenze ignoto al datore che quindi non può dare direttive stringenti sulla prestazione. In questi casi la subordinazione si riduce nell'*organizzare* la prestazione coordinandola con quella di altri (è il caso del medico dipendente da una casa di cura)¹⁴. Il che significa che il potere direttivo¹⁴ non implica l'emanazione costante di direttive specifiche e puntuali, ma anche solo direttive generali e programmatiche e l'inserimento nell'organizzazione aziendale¹⁵.

Quanto infine al *luogo di lavoro*, le prestazioni di lavoro al di fuori dei locali aziendali (pensiamo al viaggiatore-piazzista) rientrano nella subordinazione in presenza *dell'esercizio di penetranti poteri di direzione e controllo da parte del datore di lavoro* (alla luce di

¹¹ Cass., ord., 3 ottobre 2017, n. 23056.

¹² Cass., 11 ottobre 2017, n. 23846.

¹³ Cass., 8 gennaio 2015, n. 66.

¹⁴ Cass., 21 ottobre 2014, n. 22289.

¹⁵ Cass., 16 novembre 2018, n. 29640; Cass., 14 giugno 2018, n. 15631; Cass., ord., 3 ottobre 2017, n. 23056.

elementi quali l'individuazione dei clienti cui consegnare la merce, la definizione dell'itinerario da seguire, l'automezzo fornito dal datore di lavoro, etc.)¹⁶.

4. I modelli rivisitati con una digressione

4.1. La subordinazione.

Facendo tesoro delle scarse indicazioni precedenti possiamo procedere a rivisitare i modelli contrattuali, a partire, come è ovvio, dalla *subordinazione*.

Come abbiamo visto il quadro complessivo non è privo di contraddizioni e soprattutto ci offre un'immagine in cui i requisiti essenziali che appartengono ad un patrimonio culturale acquisito vengono piegati flessibilmente alle necessità del momento.

Vi sono però delle costanti nella riflessione.

E la prima è che la subordinazione si caratterizza sempre (fatte salve le note eccezioni del lavoro a domicilio e del portierato, ampiamente giustificate dalla natura intrinseca della prestazione per le specifiche modalità di esecuzione) per il carattere *esclusivamente personale della prestazione*. Il lavoratore subordinato non può in alcun modo avvalersi di sostituti.

La seconda, collegata alla prima, è che il lavoratore subordinato *non ha mezzi di produzione propri*, ma utilizza mezzi di produzione altrui. In sostanza il lavoratore subordinato non ha una propria auto-organizzazione, in ciò riducendosi la mancanza di mezzi materiali ed umani per dar corso alla propria prestazione.

Per altro verso pare definitivamente tramontata l'idea che l'indicazione secondo cui il prestatore di lavoro opera "alle dipendenze e sotto la direzione" dell'imprenditore costituisca un'endiadi sinteticamente allusiva alla subordinazione tecnico-funzionale e all'esercizio del potere direttivo. In realtà il richiamo del concetto di "dipendenza" costituisce solo il riferimento ad una situazione che *normalmente* si accompagna al potere di direzione¹⁷. In questa logica può avere la funzione di distinguere le indicazioni e direttive che l'appaltante o il cliente del lavoratore autonomo fornisce per conformare l'opera da eseguire alle proprie necessità. E dunque lì dove la "dipendenza" si accompagna alla "direzione" deve presumersi il ricorrere della subordinazione.

Il problema è che se vogliamo trarre dall'art. 2094 c.c., nella parte in cui allude alla "dipendenza", delle indicazioni utili per discernere subordinazione da autonomia dobbiamo assumere per certo che nel lavoro subordinato *c'è sempre una diseguale distribuzione dei poteri*: vi è un soggetto che indirizza e dirige la prestazione ed un soggetto che indefetti-

¹⁶ Cass., 12 luglio 2017, n. 17160.

¹⁷ Così MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *RIDL*, 1986, 17, il cui pensiero è giustamente richiamato da BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, cit., 15.

bilmente è sottoposto a tali poteri di indirizzo e coordinamento, senza spazi di interlocuzione.

Per quanto si vogliono differenziare i poteri datoriali (di organizzazione, di conformazione, di direzione) è la *unilateralità* che ne costituisce il fulcro della caratterizzazione fondamentale.

In questo si risolve la “dipendenza” evocata dall’art. 2094 c.c. Ed è a questo che allude l’idea risalente della doppia alienità¹⁸. Essa ha in sé un’idea di unilateralità insieme ad un’idea di estraniamento (*id est*: alienazione) del lavoratore rispetto al risultato ultimo dell’organizzazione produttiva, il risultato in senso pregnante di manciniana memoria¹⁹.

Altra e diversa questione è quella della fonte del rapporto di lavoro: su questo tema teoricamente intrigante tornerò fra poco.

Al momento è essenziale – anche, ma non solo, per provare a decifrare quanto di nuovo ci propone la realtà produttiva – affrontare correttamente il tema dei rapporti fra eterodirezione ed etero-organizzazione.

Anche su questo aspetto cruciale della vicenda la nebbia si sta diradando. Credo che sia ormai indiscutibile che il *potere di comando implichi quello di organizzazione*, nel senso che l’uno è la conseguenza dell’altro. In sostanza l’esercizio del potere direttivo è funzionale al controllo sull’organizzazione produttiva.

Ciò significa che il potere di organizzazione è più ampio ed onnicomprensivo rispetto a quello di mera direzione della prestazione: c’è quand’anche manchi o sia ridotto ai minimi termini il potere di direzione.

Il che è dimostrato proprio dal fatto che, in talune situazioni, a seconda della specifica natura della prestazione dedotta il *coté* organizzativo può assorbire o prevalere su quello direttivo. A questo proposito l’errore di Barassi, che ha voluto risolvere il problema della collocazione di prestazioni di lavoro di alto profilo (come quella del dirigente) entro la subordinazione, è stato quello di utilizzare il contenitore del potere direttivo (nel quale B. fa consistere il *proprium* della subordinazione) dilatandolo a dismisura, fino a far convivere sotto lo stesso tetto prestazioni lavorative distanti fra loro anni-luce.

Molto più semplice è invece assumere che il collante fra le due diverse posizioni (quella del manovale e quella del direttore generale) sia non un potere direttivo così flessibile e cedevole da perdere ogni propensione ricognitiva, bensì il potere di organizzazione che precede quello di direzione. Il che vale quanto dire che l’*etero-organizzazione* è il fulcro minimo intorno al quale si coagula l’idea di lavoro subordinato.

Le conferme normative della correttezza di tale assunto non mancano. La prima è la scelta del legislatore del ’42 – conforme ad una prassi sociale che già lavorava in quella direzione²⁰ – di collocare anche il dirigente (in particolare quello “tecnico”) fra i lavoratori subordinati, «lasciando perfettamente intendere che in tal caso il solo potere direttivo

¹⁸ Cfr. BARBIERI, *op. cit.*, 12-13, che giustamente richiama la notissima sentenza n. 30 del 1996 della Corte costituzionale (estensore Mengoni), che delinea, in modo si direbbe doppiamente autorevole, l’idea della “doppia alienità”.

¹⁹ V.: MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1956.

²⁰ V. recentemente: GALARDI, *Il dirigente d’azienda. Figure e disciplina*, Giappichelli, 2018, 5 ss.; e già: SANDULLI, *Prestazione di lavoro subordinato e attività di rappresentanza*, Giuffrè, 1974.

esercitabile non poteva che essere quello attinente all'inserimento della prestazione resa, nell'ambito della più ampia organizzazione dell'impresa, governata dall'impulso gerarchico dell'imprenditore (art. 2086 c.c.)²¹.

Del resto al potere organizzativo – *id est*: all'etero-organizzazione – sono da ricondurre gli indici di origine giurisprudenziale che alludono al controllo del tempo e del luogo di lavoro. In tale ambito il controllo sul tempo allude non tanto (o non solo) all'osservanza da parte del prestatore di un orario di lavoro, quanto alla privazione di libertà che comporta l'inserimento in un'organizzazione etero-diretta. Abbiamo ricordato, a tal proposito, la giurisprudenza sui medici di case di cura private rispetto ai quali il discrimine fra autonomia ed organizzazione non può passare certo attraverso un potere datoriale di dare indicazioni “tecniche” al medico, ma, per l'appunto, per il tramite dell'inserimento all'interno di un contesto organizzativo governato da altri.

E la medesima tecnica ricognitiva ed euristica vale, paradossalmente (ma non tanto) per i lavori posti agli estremi opposti della scala: anche per la donna delle pulizie il profilo etero-organizzativo è preminente nella caratterizzazione della posizione datoriale, nel caso data la pochezza di apporto qualitativo del lavoratore.

Ma non è tutto. Che il controllo sull'organizzazione costituisca l'elemento fondante per caratterizzare la subordinazione è dimostrato dalla vicenda storica del divieto di interposizione. Chi fra i primi ha cercato di elaborare una strategia giuridica di repressione del fenomeno ha, come è ben noto, valorizzato la clausola generale della frode alla legge, cercando di dimostrare che l'abbattimento del ‘velo’ costituito dal soggetto fraudolentemente interposto sarebbe stato sufficiente a ricondurre i rapporti di lavoro dei lavoratori assunti e formalmente utilizzati da quest'ultimo in capo al committente²².

La scelta operata dal legislatore con la storica legge del '60 è stata invece quella di puntare sulla *simulazione* più che sulla frode. L'interposizione altro non sarebbe che un contratto d'appalto simulato, dietro il quale si celerebbe la realtà di uno o di una serie di rapporti di lavoro subordinato. In sostanza il legislatore, riconducendo il rapporto di lavoro in capo all'*effettivo utilizzatore* delle prestazioni (e non, asetticamente, in capo al committente), ha voluto farci comprendere che fra i due protagonisti della relazione giuridica (i dipendenti dell'interposto ed il committente) *sussistesse già nella realtà* un rapporto di lavoro con i tratti della subordinazione.

Interposizione e subordinazione sono dunque perfettamente sovrapponibili, come ci dimostrano concordemente sia la storia che il diritto vivente giurisprudenziale²³.

²¹ Così giustamente FERRANTE, in *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, a cura di Vallebona, 2015, 37; nello stesso senso v. anche CESTER, *ivi*, 29.

²² È la nota posizione di CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1959.

²³ È l'idea che percorre la mia monografia (MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, 1979), cui ha aderito gran parte della dottrina successiva; v. fra gli altri: ZANELLI, *Decentramento produttivo*, in *GI*, 1988, IV, 402 ss.; SCARPELLI, *Interposizione e appalto nel settore dei servizi informatici*, in *Nuova tecnologie e rapporti fra imprese*, a cura di MAZZOTTA, Giuffrè, 1990, 67 ss.; DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Angeli, 1995, 64 ss.; CHIECO, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Giappichelli, 1996, 335; BONARDI, *L'utilizzazione indiretta del lavoratore. Divieto di interposizione e lavoro interinale*, Angeli, 2001; BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, in *ADL*, 2001, 163 ss.; e più di recente: LOFFREDO, *Di cosa parliamo quando parliamo di lavoro digitale*, in *Labor*, 2019, 265.

L'impiego dei lavoratori per il tramite di un soggetto interposto altro non è che una variante moderna del lavoro per squadre che in alcuni settori (cantieristica navale, edilizia, etc.) non ha modificato le proprie caratteristiche. La problematica giuridica conseguente nel diritto moderno è stata affrontata, con strumenti e tecniche simili alle metodologie attuali, ancora una volta da Lodovico Barassi (e chi sennò?) nell'ampia trattazione del cottimo collettivo autonomo²⁴. E la discussione barassiana ruotava intorno all'alternativa autonomia-subordinazione dell'intero gruppo organizzato alle dipendenze del capo-cottimista, che, a sua volta, operava sotto la direzione dell'imprenditore committente.

Non a caso il divieto di interposizione, codificato dalla legge del '60, altro non è che una versione più ampia ed onnicomprensiva del divieto di cottimo collettivo autonomo, fotografato dall'art. 2127 c.c.

Ora tutti sanno che il divieto di interposizione esiste tuttora, ad onta dell'abrogazione della legge 1369/1960, e si presenta – così come per il passato – sotto le spoglie di un appalto simulato (o di una somministrazione simulata o, ancora, di un comando simulato). E, analogamente, al passato, in caso di simulazione di contratto d'appalto, l'art. 29, comma 3-bis del d.lgs. 276/2003 dà ai lavoratori dipendenti dal finto appaltatore il diritto ad agire nei confronti dell'effettivo utilizzatore, *con un lessico mutuato alla lettera da quello dell'art. 1, u. c. della legge del 1369/60*.

Ma non è ancora tutto. L'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, allo scopo di estendere lo spazio di liceità dei contratti di appalto in cui l'impiego della manodopera fa ampiamente aggio sull'uso di mezzi strumentali (pensiamo all'appalto dei servizi di pulizia), ci segnala che, in tali situazioni, l'organizzazione dei mezzi dell'impresa appaltatrice può anche risultare «dall'esercizio del *potere organizzativo* e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto».

La funzione di tale disposizione è chiarissima. Essa – per allargare al massimo le maglie degli appalti leciti – ci spiega che l'appaltatore può anche solo limitarsi, nella veste di datore dei propri dipendenti, anche solo ad *organizzare* la loro prestazione.

Il che significa ulteriormente che il *minimum* della subordinazione sta proprio nel potere di organizzare la prestazione altrui, in una condizione di squilibrio di poteri fra le parti, e pur in assenza di ulteriori mezzi strumentali (o in presenza dell'impiego di scarsissimi mezzi strumentali).

*

E qui credo che sia importante una digressione sulla *fonte* di questo rapporto squilibrato.

Ancora di recente Pietro Ichino²⁵, nel rieditare la disputa fra contrattualisti ed a-contrattualisti, ha ritenuto di collocarmi in quest'ultima categoria. La posizione ora ribadita è

²⁴ BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2a edizione, SEI, 1915, I vol., 749 ss., su cui v.: MAZZOTTA, *Rapporti interpositori*, etc., cit., 33 ss.

²⁵ V. ICHINO, *Un libro sui maggiori giuristi italiani del lavoro del Novecento*, in *LDE*, n. 3/2019, in cui recensisce il volume di Umberto Romagnoli, *Giuristi del lavoro del Novecento italiano – Profili*, Ediesse, 2018.

stata più ampiamente sviluppata dal medesimo autore nella relazione svolta al Convegno Aidlass di Trento del 1999, dedicato proprio ai nuovi confini dell'impresa ed in cui un ruolo centrale ha la discussione sui rapporti interpositori²⁶.

L'idea è che nella prospettiva della c.d. "doppia alienazione", che nella sua più compiuta realizzazione è da far risalire alla monografia di Umberto Romagnoli sul contratto di società²⁷, «la costruzione della subordinazione» costituirebbe l'«effetto di un *dato di fatto*». E tale prospettiva interpretativa si contrapporrebbe «alla tesi secondo cui la qualificazione del rapporto va operata sulla base della struttura della prestazione *effettivamente voluta* dalle parti del contratto» [i corsivi sono miei]²⁸.

Non intendo qui confutare analiticamente l'una o l'altra tesi, ma solo cogliere l'occasione per chiarire il mio pensiero ed auspicarne la giusta collocazione nella disputa fra contrattualismo ed a-contrattualismo.

Molto (di male) si potrà dire sulla mia fatica monografica della fine degli anni settanta del secolo scorso, ma non certo che non abbia dedicato attenzione al tema della fonte del rapporto di lavoro in caso di interposizione: la relativa trattazione copre ben due capitoli, per oltre duecento pagine²⁹.

Nella precedente citazione del pensiero di Ichino vi è al solito l'equivoca contrapposizione, nella dinamica del contratto, fra volontà e rappresentazione/dichiarazione. Quando Ichino parla di assetto di interessi "voluto" dalle parti non credo intenda che la volontà rilevante debba essere quella consacrata in un documento negoziale. È quasi inutile rilevare, in contrario, che nel rapporto di lavoro il "voluto" è quello riflesso dalla effettiva articolazione del rapporto così come si presenta nella realtà effettuale (a prescindere dalla sua rappresentazione cartacea)³⁰.

E dunque l'interprete deve indagare sull'articolazione concreta del rapporto e ricavare da questa «la prestazione effettivamente voluta dalle parti nel contratto», per usare il lessico ichiniano.

Ciò posto, ricordo, come già fatto in precedenza, che storia e diritto vivente giurisprudenziale concorrono a fornire un avallo sistematico all'idea della perfetta sovrapposibilità delle tematiche della subordinazione e dell'interposizione, con il corollario della intercambiabilità dei criteri utilizzati per fotografare l'una e l'altra.

Alla luce di queste premesse lo sforzo che a suo tempo ho compiuto era diretto a dimostrare che la riconduzione del rapporto di lavoro in capo all'"effettivo utilizzatore" prefigurata dal quinto comma dell'art. 1 della legge del '60, non operasse quale sanzione che ricollegava un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto ad esso estraneo, ma fotografasse la realtà di un rapporto di lavoro che *già nei fatti* aveva le caratteristiche del lavoro subordinato fra pseudo-committente e lavoratori assunti dall'interposto (ed operanti formalmente alle dipendenze di quest'ultimo).

²⁶ V. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *DLRI*, 1999, 203 ss., qui 233 ss.

²⁷ V. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, 1967.

²⁸ ICHINO, *Un libro sui maggiori giuristi*, cit., 5.

²⁹ Precisamente i capitoli III e IV, da pagina 167 a pagina 367.

³⁰ V. se vuoi MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1991, 489 ss.

La riprova di questa affermazione la ritraevo dall'analisi della giurisprudenza formatasi sul fenomeno, giurisprudenza che per sceverare l'interposizione illecita dall'appalto lecito metteva a frutto le medesime categorie concettuali impiegate per riconoscere la sussistenza della subordinazione.

I termini della questione non sono cambiati. Infatti, esemplificando e anche banalizzando, ancora oggi i giudici per stabilire se si trovano di fronte ad un appalto lecito o ad una forma di interposizione vietata, oltre ad indagare sulla struttura imprenditoriale dell'appaltatore (proprietà/disponibilità di mezzi di produzione, rischio d'impresa, etc.), verificano se il committente, nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore, esercita tutti i poteri tipici del datore di lavoro (direttivo, organizzativo, disciplinare, controllo su tempo e luogo, etc.). Risulta chiaro allora come e perché la disciplina giuridica del divieto di interposizione può fornirci utili contributi per la soluzione dei problemi della subordinazione.

Ciò posto l'ulteriore quesito da porsi è legato alla natura del rapporto che si costituiva per effetto dell'art. 1, 5° comma della legge del '60 ed oggi in conseguenza degli artt. 38 del d.lgs. 81/2015 (somministrazione irregolare), nonché 29, comma 3-*bis* (appalto illecito) e 30 comma 4-*bis* (distacco illecito) del d.lgs. 276/2003. Si tratta di un rapporto imposto *ex lege*? Si tratta di un rapporto che trova la sua fonte nel *fatto* dell'occupazione? Si tratta di un rapporto che, nonostante tutto, affonda in un contratto?

Nel corso degli anni sessanta e settanta la dottrina giuslavoristica ha speso fior di energie per argomentare – talvolta in modo molto dotto – ciascuna delle opzioni appena ricordate, che rappresentano solo delle semplificazioni di prospettive assai complesse e ramificate.

Il mio contributo al dibattito se posso ricordarlo – e lo faccio solo per la (piccola) storia delle mie personalissime e controvertibili idee – è consistito nel dimostrare che, ad onta delle apparenze, il rapporto di lavoro che si crea all'esito di una interposizione vietata *ha origine inequivocabilmente contrattuale*.

Quindi non è affatto vero che abbia inteso valorizzare un comportamento “socialmente” valutabile come contratto di lavoro, secondo gli stilemi dei sostenitori dei cc.dd. “rapporti contrattuali di fatto”³¹. Anzi è vero esattamente il contrario.

Tutto il mio sforzo ricostruttivo è teso invece a dimostrare l'esistenza di una *struttura programmatica*, idonea a reggere il peso di una relazione contrattuale, criticando, ed anche aspramente, l'idea che il rapporto di lavoro potesse nascere dal mero “fatto” dell'occupazione. Il che significa *negare* ogni rilevanza alla teorica dei rapporti contrattuali di fatto, in adesione alla autorevole prospettiva secondo cui quasi sempre, nelle situazioni ricondotte a tale categoria generale, si deve «ammettere che lo schema di quest'atto realiz-

³¹ Scrive PIETRO ICHINO (*Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., 234, nota 65) che, alla nota 107 di pagina 337 del mio *Rapporti interpositori*, cit., avrei dichiarato di ispirarmi al *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato* di G. STELLA RICHTER. VERO è invece che il saggio di Stella Richter viene richiamato per sottoporlo a critica. Si legge infatti nel testo che rinvia alla nota: «a non dissimili obiezioni si opporrebbe la prospettiva che volesse giudicare la relazione instauratasi fra committente e lavoratori alla stregua di un comportamento “socialmente” valutabile quale contratto di lavoro» e la nota richiama appunto l'opera di STELLA RICHTER.

za la struttura propria del contratto, sia pure per il tramite di una tecnica procedimentale diversa dalle consuetudini³².

Il punto è che, per verificare se la fonte del rapporto di lavoro in caso di interposizione vietata sia un fatto o un contratto non si può e non si deve interpellare il diritto del lavoro, ma il diritto privato per chiedersi quale sia la nozione di contratto che l'ordinamento accoglie in un determinato momento storico.

È questa la difficile disciplina cui, in quegli anni giovanili, mi sono sottoposto.

L'esito dell'indagine è consistito nell'acquisire che la struttura minima di una relazione contrattuale è rinvenibile laddove sia enucleabile una *fase programmatica* ed una *fase esecutiva* e nell'applicare tale presupposto teorico alla fattispecie interpositoria³³.

Ora potrà essere – e sicuramente lo sarà – che il mio contributo da privatista dilettante non abbia colto il senso del vivacissimo dibattito che ha attraversato la cultura civilistica negli anni sessanta e settanta³⁴, provvedendo a svecchiare categorie che si ritenevano al di fuori della storia. Ma se così è mi piacerebbe che la discussione sulla contrattualità o a-contrattualità della fonte si svolgesse su questo piano, che è il piano che le è proprio, e non su aprioristiche etichette, tanto approssimative quanto poco probanti.

Attendo quindi a piè fermo il confronto, pronto a ribaltare il mio punto di vista, in presenza di argomenti davvero persuasivi.

4.2. La para-subordinazione.

Il rapporto di lavoro para-subordinato si caratterizza per un elemento sicuramente comune alla subordinazione che è la *continuità*, cioè la reiterazione delle prestazioni entro un determinato spazio temporale, mentre gli altri dati rilevanti per l'individuazione della fattispecie si allontanano dalla definizione di lavoro subordinato.

Ciò è da dire anzitutto per il carattere *prevalentemente* personale della prestazione. Esso, nel risaltare per contrasto con l'*esclusiva* personalità caratteristica della dipendenza giuridica, costituisce una variante semantica della *autonomia organizzativa*. In sostanza al lavoratore autonomo para-subordinato deve far capo una struttura organizzativa, sia pure embrionale, così che questi realizza la prestazione attesa dal creditore non da solo, ma avvalendosi o di collaboratori o di mezzi strumentali di cui abbia la proprietà o la disponibilità.

Ma è soprattutto l'elemento della *coordinazione* che costituisce la scriminante di maggior rilievo nella definizione di cui all'art. 409 c.p.c.

³² LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in RTDPC, 1968, 434, nota (50).

³³ È la ricostruzione che nella sua più compiuta elaborazione deve farsi risalire a BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, 1969.

³⁴ Per merito soprattutto della Scuola romana, che operava sotto l'ala di Rosario Nicolò e Francesco Santoro Passarelli, nel cui ambito ricordo, fra gli altri, Adolfo Di Majo Giaquinto, Stefano Rodotà, Antonino Cataudella, Giuseppe Benedetti, e, fra i giuslavoristi, per tutti, Matteo Dell'Olio. Un contributo importante fra i giuslavoristi viene anche da GIUSEPPE PERA (*Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Giuffrè, 1970, ristampa, con appendice, 271 ss.) che salva la fonte contrattuale del rapporto financo rispetto al problema, all'epoca molto discusso, delle cc.dd. assunzioni obbligatorie.

Sappiamo quale sia stata l'evoluzione legislativa: si è passati da una definizione originaria che affidava il discrimine all'asciutto dato della coordinazione ad una previsione, contenuta nella novella del 2017 che pone al centro – e correttamente – il *carattere consensuale* delle modalità di adempimento della prestazione.

In effetti il mero richiamo alla coordinazione poteva apparire, di per sé, sfocato e lasciare margini di incertezza, se ed in quanto i criteri ed i modi della coordinazione fossero fissati unilateralmente dal committente.

La novella del 2017 ha quindi ampliato lo spettro segnato dalla disposizione originaria ed ha meglio marcato la regolamentazione di confini rispetto alla subordinazione.

Come abbiamo visto la subordinazione si caratterizza per l'*unilateralità* (per parte datoriale) dei poteri di orientamento della prestazione altrui.

Per converso l'espressione "coordinazione" allude fundamentalmente alla necessità che riprenda campo la libertà negoziale nel definire le reciproche posizioni delle parti. Deve essere in sostanza l'autonomia privata a dettare le regole del coordinamento dell'attività di lavoro con la struttura organizzativa dell'impresa³⁵.

Il che implica ulteriormente che non possa esservi controllo unilaterale né sul tempo né sul luogo né che la prestazione possa essere etero-diretta. È in sostanza il programma negoziale definito di comune accordo che detta le regole (ovviamente purché tali regole siano compatibili con l'autonomia del prestatore) ed è con tale programma negoziale che va confrontato il modo di articolarsi concreto dell'attività, per verificare sviamenti o vere e proprie elusioni.

4.3. Il paradigma dell'art. 2 del d.lgs. 81/2015 (vecchio testo).

Ed è a questo punto che si inserisce la parentesi della versione originaria dell'art. 2 del d.lgs. 81/2015, che ha aperto uno scenario inedito, sul quale si è scatenato un dibattito senza precedenti³⁶. Secondo tale disposizione – è ben noto – ai rapporti di lavoro concretatisi in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione fossero organizzate dal committente anche con riferimento *ai tempi e al luogo di lavoro* avrebbe dovuto applicarsi «la disciplina del rapporto di lavoro subordinato».

All'apparenza la norma evocava una sorta di nuovo sottotipo della para-subordinazione, caratterizzato da modalità di controllo dell'attività particolarmente invasive (etero-organizzazione, controllo su tempo e luogo).

In realtà essa celava – è questo il mio avviso³⁷ – una realtà ben diversa e cioè un surrettizio contributo del legislatore alla definizione del concetto di subordinazione.

Se ben si riflette la disposizione non metteva affatto in campo un nuovo *tipo o sottotipo contrattuale*, cui applicare una disciplina ad esso estranea (quella del lavoro subordinato),

³⁵ Questo dato è correttamente rilevato anche da Cass., n. 1663/2020, su cui *infra*.

³⁶ V.lo di recente riepilogato da D'ASCOLA, *La collaborazione organizzata cinque anni dopo*, in corso di pubblicazione in *LD*, 2020, n. 1.

³⁷ V. se vuoi: MAZZOTTA, *Lo strano caso delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Labor*, 2016, 7 ss.; per una valutazione non dissimile v. anche: G. SANTORO PASSARELLI, in *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, cit., 127.

ma evocava puramente e semplicemente gli elementi essenziali per connotare la fattispecie di cui all'art. 2094 c.c.

Il legislatore non ha quindi creato un nuovo modello contrattuale e il motivo è presto detto. Per poter avallare la creazione di un nuovo sottotipo riconducibile alla para-subordinazione, occorrerebbe fornire la dimostrazione che tale sottotipo ha dei tratti propri che lo distinguono sia dal tipo "maggiore" (la para-subordinazione) sia soprattutto dal prototipo della subordinazione.

Ma così non è.

Ciò è da dire anzitutto per il dato del carattere «esclusivamente» personale della prestazione, che, affiancato a quello della «continuità», allontana definitivamente lo schema dal modello di cui all'art. 409, n. 3 c.p.c., in cui la personalità della prestazione è evocata in termini di «prevalenza» e non di «esclusività». Se tutto si riducesse però a tali riferimenti sarebbe ragionevole dedurne che il legislatore avrebbe inteso proteggere, con l'estensione della disciplina del diritto del lavoro, quelle, fra le prestazioni di lavoro parasubordinato, il cui fulcro è la dedizione personale del lavoratore, in un conteso di continuità di impiego, escludendo da tale beneficio i lavoratori para-subordinati organizzati con una, sia pure embrionale, struttura micro-imprenditoriale. Sarebbe come dire che sarebbero restaste assoggettate alla disciplina del lavoro autonomo le collaborazioni non esclusivamente personali, continuative e coordinate (senza però controllo su tempi e luogo di lavoro).

Ma così non è. Accanto ai rilevanti dati della esclusiva personalità della prestazione e della continuità si collocano ulteriori requisiti che fanno parte dell'armamentario classico della definizione di subordinazione: a) il controllo sui tempi di lavoro (*id est*: l'osservanza di un orario di lavoro), b) la disponibilità datoriale del luogo ove si svolge la prestazione, c) l'etero-organizzazione.

Ed allora è ragionevolmente sostenibile che un lavoratore che dedichi la propria opera *esclusiva e continuativa* a favore di un committente che ne organizza la prestazione, imponendogli di prestare l'attività *presso la sede dell'impresa e con l'osservanza di un orario di lavoro*, non sia un lavoratore subordinato?

E si badi: è del tutto irrilevante che tali elementi siano stati *programmati* in un documento o risaltino alla stregua del *profilo esecutivo* della prestazione dedotta o, come ci dice ora la Cassazione, nella sentenza di cui diremo fra poco e che ha messo un punto fermo sulla questione dei riders (almeno alla stregua del diritto vigente all'epoca dei fatti), che attengano al momento genetico o a quello funzionale del rapporto.

Ciò che conta è l'assetto di interessi che risulta dai modi di esecuzione della prestazione, che, nel rapporto di lavoro, fanno ampiamente aggio sulla mera programmazione dell'attività, consacrata in un documento scritto. Come è ben noto ed abbiamo ricordato in precedenza nel rapporto di lavoro è quasi sempre *l'esecuzione* che getta luce sul profilo programmatico, fino ad identificarsi con esso in determinate situazioni³⁸.

³⁸ V. per tutti il classico riferimento all'opera di SALVATORE ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato. Appunti*, Giuffrè, 1958, 9, secondo cui «il privato "agisce" molto più che non "regoli"».

La conclusione è dunque che la norma in questione, lungi dall'introdurre un nuovo tipo o sottotipo contrattuale, ha per così dire giuridificato gli indici utilizzati dalla giurisprudenza per connotare la subordinazione.

5. La Cassazione ed i ciclo-fattorini.

Ed è a questo punto della discussione che si inserisce il diritto vivente giurisprudenziale rappresentato dalla sentenza n. 1663/2020 della Corte di Cassazione³⁹, che si è pronunciata sulla sentenza della Corte d'appello di Torino sul c.d. caso Foodora.

Diciamo subito che si tratta di un contributo importante, ancorché provvisorio.

La Cassazione in primo luogo avalla la lettura della fattispecie proposta dalla corte torinese inquadrandola all'interno dello schema di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, nella versione originaria applicabile *ratione temporis* ed escludendone (se pure con qualche passaggio poco chiaro) la riconduzione al paradigma dell'art. 2094 c.c. Fornisce quindi un autorevole contributo alla lettura della disposizione, un contributo fortemente impregnato di pragmatismo, come si addice ad un organo di giustizia.

La Corte sintetizza il dibattito sull'art. 2 richiamando le quattro opzioni interpretative principali: a) quella che vi ravvede una versione "ammodernata ed evoluta" della subordinazione; b) quella che la inquadra come una figura intermedia fra subordinazione e para-subordinazione (lavoro etero-organizzato); c) quella che la colloca entro «una nozione ampia di para-subordinazione»; d) quella, infine, che, ignorando i problemi definitivi, fa capo ad un «approccio [esclusivamente] rimediabile».

Entrando più specificamente nel merito confuta anzitutto la tesi radicale della difesa datoriale, secondo cui la disposizione evocherebbe una norma "apparente", inutilizzabile a fini pratici.

Per la Corte essa va piuttosto contestualizzata all'interno della manovra complessiva del legislatore, che, avendo aumentato le flessibilità per l'impresa, è stato costretto ad inserire una disposizione che evitasse gli abusi della para-subordinazione (liberata dal progetto).

Così «il legislatore» pensa e dice la Corte «d'un canto consapevole della complessità e varietà delle nuove forme di lavoro e della difficoltà di ricondurle ad unità tipologica, e, d'altro canto, conscio degli esiti talvolta incerti e variabili delle controversie qualificatorie ai sensi dell'art. 2094 c.c., si è limitato a valorizzare taluni indici fattuali significativi (personalità, continuità, etero-organizzazione) e sufficienti a giustificare l'applicazione della disciplina dettata per il rapporto di lavoro subordinato, esonerando da ogni ulteriore indagine il giudice che ravvisi la concorrenza di tali elementi nella fattispecie concreta e senza che questi possa trarre, nell'apprezzamento di essi, un diverso convincimento nel giudizio qualificatorio di sintesi».

³⁹ V. in <http://www.rivistalabor.it/finalmente-la-cassazione-sui-cicofattorini-confermata-la-collaborazione-ex-art-2-senza-applicazione-selettiva-delle-tutele/>.

A differenza della corte torinese però esclude che, in presenza dei requisiti individuati dalla legge, il giudice possa selezionarne gli effetti applicando solo una parte dell'universo giuslavoristico (nella specie erano state ritenute estensibili solo norme su igiene e sicurezza, retribuzione, orario, ferie e previdenza, ma non la tutela contro i licenziamenti).

Infatti per la Cassazione non ha senso interrogarsi se siano autonome o subordinate, conta che «per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato, disegnando una norma di disciplina».

Nel successivo passaggio è ancora più esplicita: «quando l'etero-organizzazione, accompagnata dalla personalità e dalla continuità della prestazione, è marcata al punto da rendere il collaboratore *comparabile* ad un lavoratore dipendente, si impone una protezione equivalente e, quindi, il rimedio dell'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato».

Il che costituisce il massimo del pragmatismo: la Corte sospende il giudizio sulla riconducibilità ad un modello degli elementi evocati dalla norma, isolandoli ed entificandoli come tali, quali presupposti per l'applicazione del diritto del lavoro.

Temo però che sul piano giuridico non si possa eludere il problema dell'inquadramento di una disposizione entro un modello e che non sia sufficiente a sorreggere tale conclusione l'apparente giustificazione secondo cui si tratterebbe di una norma di disciplina e non di fattispecie.

Credo sia venuto il momento di fare i conti con la diffusa idea secondo cui l'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 evochi una norma "di disciplina" e non "di fattispecie".

Si licet l'alternativa a me pare apparente ed artificiosa.

Una norma privatistica delinea, per definizione, una fattispecie, cui ricollega determinati effetti in termini di disciplina applicabile.

Nel nostro caso semmai quello che deve dirsi è che la disposizione, come abbiamo visto, non costruisce né un nuovo modello o tipo contrattuale né un sottotipo ma evoca una serie di elementi, caratteristici del lavoro subordinato, alla stregua di una tradizione interpretativa più che risalente.

Sotto questo profilo ha ragione la Cassazione quando ricorda che «non ha decisivo senso interrogarsi sul se tali forme di collaborazione ... siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia», essendo sufficiente l'espressa applicazione del diritto del lavoro, pur «in una terra di mezzo dai confini labili».

Tale rilievo, pur fondato, trascura però l'importante *rilevanza sistematica* della disposizione di cui all'art. 2 (vecchio testo), che ne costituisce il profilo di maggiore interesse e che ne proietta la valenza anche sul nuovo testo, come modificato nel 2019.

Con l'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 nella precedente versione, applicabile *ratione temporis* al caso risolto dalla Cassazione, il legislatore, come abbiamo detto, forniva un avallo sistematico alla correttezza del procedimento giudiziale di interpretazione dell'art. 2094 c.c. e faceva emergere sul piano della ricognizione della fattispecie della subordinazione i criteri individuati dalla giurisprudenza, criteri che dunque assurgevano ad elementi di ricostruzione dei modi di essere del lavoro subordinato, in quanto tali *validati dal legislatore*.

E dunque l'art. 2 era una norma che non delineava un nuovo tipo (o sottotipo) contrattuale, riconducibile all'area della para-subordinazione, ma restava piuttosto una norma

che, nell'individuare gli elementi rilevanti (se pure irrelati, secondo la Cassazione), *costruiva una fattispecie*, cui collegava determinati effetti (l'applicazione, senza esclusioni, della disciplina del diritto del lavoro). Dopo di che sarà questione di gusto costruttivo assumere – come vuole la Cassazione – che si tratti di elementi scomposti riferiti ad un ibrido che sta «in una terra di mezzo dai confini labili» ovvero che si tratti né più né meno che dell'emersione a livello normativo degli elementi caratteristici della subordinazione.

Del resto tutti gli esempi forniti della Corte per confermare l'idea che si tratti di una norma di sola “disciplina”, avallano più che smentire quanto vado sostenendo. Ciò è da dire per l'estensione di alcuni istituti lavoristici ai soci di cooperativa o alle lavoratrici autonome, tutte situazioni nelle quali porzioni della disciplina del diritto del lavoro si applicano a *tipi contrattuali definiti* (appunto il rapporto del socio di cooperativa ed il lavoro autonomo), estranei all'area coperta dall'art. 2094 c.c. È questa la tecnica da tempo etichettata come “tendenza espansiva del diritto del lavoro”, che significa, per l'appunto, che porzioni della disciplina del diritto del lavoro si applicano a rapporti-altri.

La consapevolezza che così stiano le cose è leggibile in filigrana nella stessa sentenza della Cassazione. La Corte infatti ritiene di non potere escludere che, a fronte di una domanda del lavoratore che rivendichi la riconducibilità del rapporto al prototipo di cui all'art. 2094 c.c., il giudice non possa che riconoscerla in concreto alla stregua delle «modalità effettive di svolgimento del rapporto». Essa lascia così intendere che la mancata presa di posizione sul punto è da far risalire più all'omessa impugnazione da parte dei lavoratori della decisione in punto di qualificazione d'appello ex art. 2094, che ad argomenti strutturali.

Ma allora – se così è – vi è da chiedersi quale posizione avrebbe assunto la Corte nel caso in cui i lavoratori avessero coltivato l'opzione a favore della subordinazione. Sulla base di quali argomenti avrebbe potuto negare che rapporti di lavoro caratterizzati da continuità, personalità, etero-organizzazione e controllo su tempo e luogo della prestazione fossero da annoverare entro lo schema della subordinazione?

E soprattutto cosa dirà domani la giurisprudenza, alla luce del nuovo testo dell'art. 2, di fronte a rapporti di lavoro caratterizzati da personalità, continuità ed etero-controllo di tempo e luogo di lavoro? Potrà ancora eluderne la collocazione entro lo schema di cui all'art. 2094?

6. Le novità delle recenti riforme.

Una risposta ai precedenti interrogativi (più retorici che reali) è rinvenibile nelle riforme sui tipi contrattuali che si sono succedute dal 2017 ad oggi.

Come è noto l'art. 2 del d.lgs. n. 81/205 è stato rimodellato per effetto della legge n. 128 del 2019.

Dalla precedente versione spariscono anzitutto gli elementi relevantissimi che più avvicnavano la fattispecie al lavoro subordinato e cioè *l'etero-controllo su tempi e luogo di lavoro*, diluito in etero-controllo senza ulteriori specificazioni. Inoltre le prestazioni di lavoro entrano nel cono d'ombra della nuova previsione solo se “*prevalentemente* personali e continuative”. In queste condizioni si applica la disciplina del diritto del lavoro.

La disposizione conferma anzitutto l'idea di fondo della distinzione fra subordinazione e para-subordinazione con riferimento ai poteri reciproci delle parti sul governo della prestazione di lavoro.

Lo abbiamo già detto: la subordinazione è *unilateralità* (per parte datoriale) dei poteri di orientamento della prestazione altrui.

Viceversa, secondo la novella del 2017, il *proprium* della para-subordinazione sta nella "coordinazione", che significa che è l'autonomia negoziale (bilaterale) che deve definire le reciproche posizioni delle parti, dettando le regole del coordinamento del lavoro con l'impresa.

La conseguenza è che non può esservi controllo unilaterale né sul tempo né sul luogo né è ammissibile che la prestazione possa essere etero-diretta.

Di tali caratteristiche generali è perfettamente consapevole la Cassazione che correttamente sposa l'idea della contrapposizione fra unilateralità e bilateralità della coordinazione e conferma che è la bilateralità del programma organizzativo il vero fulcro della para-subordinazione.

Se tutto si fermasse a tali caratteri potremmo però dire che l'allargamento dell'area "sostanziale" (anche se non formale) della subordinazione non sarebbe particolarmente dirompente, limitandosi la riforma a ricomprendere in tale area le prestazioni di lavoro organizzate dal committente, *anche a prescindere* da un controllo su tempo e luogo della prestazione.

Ciò che vi è di davvero dirompente è la previsione secondo cui l'apporto del lavoratore può essere, oltre che, come è ovvio, continuativo, *anche solo prevalentemente* personale.

Il che significa che può, in astratto, fruire di tutte le tutele approntate dal diritto del lavoro anche un prestatore di lavoro che si avvalga di sostituti o che apporti anche una parte dei mezzi di produzione. Il che non è poco, mi pare.

Non vi è dubbio che il legislatore avesse in mente la posizione dei ciclo-fattorini, non a caso evocati nel periodo finale del primo comma, che estende le relative previsioni alla situazione in cui «le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali». E si sa che negli standard operativi di tali lavoratori (secondo quanto risulta anche dalla fattispecie decisa dalla Cassazione) questi ultimi sono onerati di fornire il mezzo di locomozione, utilizzando in comodato gratuito i relativi accessori.

Sennonché è evidente che la ragione occasionale che ha mosso il legislatore ad intervenire non è sufficiente a circoscrivere la rilevanza della previsione.

È più che ovvio che essa travalichi i confini del lavoro dei *riders* per attingere a principio generale, con la conseguenza che diventa compatibile con un'area vasta ed allargata di subordinazione anche un'attività in cui il prestatore operi con l'ausilio di altri e disponga anche di mezzi di produzione, verrebbe da dire secondo gli stilemi social-tipici dell'antico lavoro a domicilio.

Sul piano strutturale poi è difficile negare che la nuova previsione (a differenza della precedente) costituisca questa sì un nuovo sottotipo della para-subordinazione, più vicino alla subordinazione rispetto al modello generale descritto dall'art. 409 n. 3 c.p.c.

A questo punto ed alla luce della riforma dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/205 resta solo da chiedersi se possa esservi ancora spazio per qualificare i ciclo-fattorini come lavoratori autonomi.

Una qualche risposta al quesito il legislatore cerca di fornirla con il Capo V-*bis* introdotto all'interno del decreto legislativo del 2015, che è esplicitamente riferito alla «tutela del lavoro tramite piattaforme digitali».

Qui l'intento è quello di garantire ai lavoratori la cui prestazione sia organizzata tramite piattaforma una tutela minima e selettiva nel caso in cui la loro prestazione sia qualificabile giuridicamente come autonoma.

Non conta tanto in questa sede interrogarsi sul pacchetto di guarentigie che viene assicurato ai lavoratori, quanto sulla coerenza della previsione rispetto all'impianto sistematico complessivo.

Sappiamo bene anzitutto che il paradigma dell'autonomia si caratterizza per un lavoro «prevalentemente personale senza vincolo di subordinazione» (art. 2222 c.c.). Sennonché, alquanto contraddittoriamente, oggi l'art. 47-*bis* della l. n. 128/2019 definisce le piattaforme digitali come «i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e *determinando le modalità di esecuzione della prestazione*».

Il legislatore quindi non si avvede che la condizione richiesta per caratterizzare la parasubordinazione protetta (art. 2) e l'autonomia (art. 47-*bis*) è la medesima: l'etero-determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione per il tramite della piattaforma, in presenza di una prestazione «prevalentemente personale» (come vuole anche l'art. 2222 c.c.) e, per la sola fattispecie di cui all'art. 2, «continuativa».

Ne dobbiamo dedurre che il discrimine ai fini dell'applicazione dell'intero diritto del lavoro (art. 2) o di una tutela selettiva (Capo V-*bis*) passa solo attraverso il dato della «continuità». Con la conseguenza che il Capo V-*bis* si applica solo ai fattorini «occasionalisti».

