



La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 267/2015

© Luca Nogler 2015
Università di Trento
luca.nogler@unitn.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



**La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015:
alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»^α**

**Luca Nogler
Università di Trento**

1. L'«autorità del punto di vista giuridico»: un <i>brand</i> in cui pulsa l'ermeneutica pre-gadameriana di Emilio Betti.....	2
2. Riscoprire la relazione e il datore di lavoro con una trama integralmente contrattuale e.....	7
3. Segue. ...che sappia integrare con coerenza l'organizzazione nel discorso giuslavoristico.	13
4. L'art. 2, c. 1 del d. lgs. n. 81 del 2015: una nuova presunzione assoluta. Collaborazioni che si concretino in prestazioni di lavoro esclusivamente personali,....	16
5. <i>Segue</i>continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e luogo di lavoro. L'art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 81 del 2015: nessun problema d'indisponibilità del tipo contrattuale.	17
6. Recuperare il <i>facere</i> del lavoratore: subordinazione e non alienazione (con cenni all'oggetto del contratto di lavoro).	25
7. Il processo circolare d'interpretazione/qualificazione del contratto di lavoro. Andare oltre Barassi.	28

^α Lo scritto, che è in corso di pubblicazione in ADL 2016-1, riproduce la relazione tenuta al convegno per il ventennale della rivista *Argomenti diritto del lavoro* che si è svolto nell'aula magna della Suprema Corte di Cassazione il giorno 11 giugno 2015.

1. L'«autorità del punto di vista giuridico»: un *brand* in cui pulsa l'ermeneutica pre-gadameriana di Emilio Betti.

È impossibile, e sarebbe anzi segno evidente di presunzione, riassumere i primi vent'anni di *Argomenti di diritto del lavoro* (d'ora in poi semplicemente: ADL) con una sola immagine, sintetica e definitiva, con un giudizio netto che semplifichi la complessità di apporti che la rivista ha ospitato in questo ormai lungo lasso di tempo. Lo storico del diritto che si caricherà del compito di rovistare in questi vent'anni, per distinguere i saggi che restano da quelli che passano, non potrà, tuttavia, non constatare che una considerevole parte della rapidità con la quale ADL raggiunse quella che, nell'odierno linguaggio burocratico, si chiama la "fascia" dell'eccellenza, promanò dalla spinta iniziale profusa dalla sua pietra di fondazione: un vibrato *acte d'accusation* della dottrina giuslavoristica italiana. Il saggio d'apertura accostò, infatti, criticamente l'essere del diritto del lavoro al dover essere «razionale» del discorso giuridico stesso². Parametro che, una volta che furono raggiunte le prime posizioni del *seeding* giuslavoristico, fu più provocatoriamente riformulato come «autorità del punto di vista giuridico»³. ADL nacque, dunque e questo è rimasto a lungo il suo nucleo più incandescente e vivo, da un esplicito – e come vedremo, salutare - invito all'auto-analisi rivolto al "pensiero giuslavoristico" italiano nei cui discorsi la pur necessaria razionalità topica prendeva troppo spesso, e su svariati profili critici, il sopravvento su quella sistematica che dovrebbe innervare la «razionalità» giuridica. Di qui l'esplicito invito a verificare, evidentemente sulla nuova rivista, i risultati ipotizzati dalla prima «con la disciplina che (...) è stata dettata» per la singola fattispecie astratta⁴.

Ora, questa diagnosi sullo stato di salute del pensiero giuslavoristico conferma appieno l'opinione di Bernd Rùthers secondo il quale i giuslavoristi sono «dei vagabondi i quali attraversano i confini [disciplinari] senza permesso di soggiorno»⁵. Infatti, nonostante molti concetti e, soprattutto, richiami all'opera di Luigi Mengoni, il manifesto d'apertura della rivista si fece sostanzialmente paladino della ricerca della

² In *Arg. dir. lav.*, 1995, pagg. 1 segg.

³ In *Arg. dir. lav.*, 2000, pagg. 1 segg.

⁴ M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., pag. 7.

⁵ B. RÜTHERS, *35 Jahre Arbeitsrecht in Deutschland*, in *Recht der Arbeit*, 1995, pag. 326; riprendo la citazione da J. GOMES, *Direito do trabalho*, Coimbra, 2007, pag. 11 nt. 3.

«vera» soluzione regolativa⁶ che l'interprete avrebbe dovuto cogliere praticando scrupolosamente, e cioè senza ghiribizzi, la «fedeltà alla legge»⁷. Questa impostazione metodologica segnò, senza ombra di dubbio, il ritorno all'ermeneutica giuridica pre-gadameriana di Emilio Betti. Ermeneutica che è, infatti, incentrata proprio sulla distinzione tra la fase iniziale del processo di focalizzazione della regola giuridica, nella quale prevalgono gli argomenti pratici (*inventio*) e che è aperta a tutte le soluzioni⁸ e quella, successiva, degli argomenti sistematici (*demonstratio*) che «seleziona» le ipotesi decisionali scartando quelle che non rispettano l'ordinamento giuridico preconstituito.

Sennonché, distinguendo le due fasi, dei pensieri problematico e sistematico, l'una governata (anche) da argomenti pratici e l'altra (solo) da argomenti di congruenza concettuale, Betti universalizzò la nozione pandettistica della dogmatica giuridica chiusa⁹ ed attribuì così alla scienza giuridica un compito essenzialmente *ricognitivo* del significato obiettivo del diritto positivo. I fautori di tale impostazione designano, inoltre, frequentemente l'attività giuridica come una *tecnica*¹⁰. Ma si tratta di una rappresentazione che falsa in parte la pratica giuridica perché eleva l'uomo-giurista «al di sopra del suo ambiente»¹¹, aprendo la strada al rischio di incorrere nel tecnicismo formalista. Proprio per sfuggire a quest'ultimo, Mengoni sposò, invece, il diverso orientamento

⁶ Così F. CARINCI, *Un giurista doc: Mattia Persiani*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, pag. 118 che non nasconde il suo scetticismo sul punto.

⁷ M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., pag. 7; allineato: P. TOSI, *Il metodo nel diritto del lavoro: la lezione di Luigi Mengoni*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, pagg. 874 segg.

⁸ Fermo restando che anche «il nuovo è tale rispetto ad un determinato sistema di significati» (G. PRETI, *Praxis e empirismo*, Torino, 1957 rist. Milano, 2007 dalla quale cito e, quindi, pag. 12).

⁹ L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, pubblicato in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, pag. 19.

¹⁰ Dissente U. ROMAGNOLI, *La costituzione delegittimata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pag. 837 nt. 14 il quale ribatte secco che il giurista non è un idraulico non riuscendo, tuttavia, a disarmare l'avversario perché cade nell'eccesso opposto d'identificare il diritto con la mera affabulazione. La mente va all'eleganza con la quale C. A. Jemolo si vantava di essere un «artigiano del diritto» (*Allargamento di responsabilità per colpa aquiliana*, in *Foro it*, 1971, I, c. 1284). In *Rilettura giuslavoristica di «problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico»*, in *JUS*, 2012, pagg. 59 segg. sostengo che R. travisi in un sol colpo sia il pensiero di Mengoni che quello di Sinzheimer.

¹¹ Così C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, Milano, 2012, pag. 13 in generale in relazione al rapporto tra l'uomo, che è posseduto dalla tecnica, e la natura. Il tecnicismo può sfociare in un atteggiamento di auto-referenzialità (formalismo) da parte del giurista che deve, al contrario, radicare convincentemente le sue scelte regolative nel contesto inter-relazionale.

metodologico post-gadameriano secondo il quale il passaggio dall'enunciato legislativo all'individuazione della regola (di giudizio) sconta addizioni dell'interprete che sono sollecitate dal modo, non considerato dal legislatore, in cui gli interessi si combinano tra di loro nel caso concreto.

Il giurista trentino, che una parte della dottrina giuslavoristica subiva come «precettore»¹² e che fece parte del primo comitato scientifico di ADL, condivideva senz'altro la profonda convinzione che l'argomentazione sistematica è decisiva per arginare lo spostamento del dibattito giuridico, là dove tutto si può dire e il contrario di tutto¹³. Quest'ultimo rappresenta un pericolo reale, ed attualissimo, in questa interminabile stagione in cui la politica subisce la dittatura del riformismo dei mercati e, quindi, delle forze che spingono per l'integrazione negativa degli stessi. Viviamo una congiuntura in cui dominano su tutte le riviste gli *sprint* neo-esegetici¹⁴ che sono quasi sempre costruiti sull'illusione della verità cognitiva derivante dalla *ratio legis* che spesso viene per di più confusa con l'*intentio* del legislatore. Niente di nuovo ovviamente: parcellizzazione del disposto normativo¹⁵, frutto dell'illusione prospettica di una ritrovata forza regolativa delle prescrizioni legislative, e rimozione della faticosa ricostruzione di un sistema, che consenta, in quanto tale, di tenere insieme l'intero *output* regolativo ascritto al testo legislativo, sono da sempre presenze costanti nel dibattito giuslavoristico.

Ma di qua, una volta individuata la meta comune, le strade si dividono a raggiera. Mentre il Persiani degli inizi della rivista abbinava il metodo topico e quello sistematico in un *ordo successivus* (cd. teoria della secondarietà), Mengoni, ponendosi nella scia del movimento che ha

¹² L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro e il suo ambiente*, in *Scritti in onore di G. F. Mancini*, I, Milano, 1998, pag. 350; U. ROMAGNOLI, *Luigi Mengoni, precettore dialogante*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pagg. 397 segg.

¹³ M. PERSIANI, *Osservazioni sulla dottrina giuslavoristica nel trentennio dopo la Costituzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2010/2, pag. 329 dove il fondatore di ADL censura, ancora una volta il fatto che nel discorso giuslavoristico «l'aspetto politico finisce per avere il sopravvento su quello tecnico».

¹⁴ I «problemi immediatamente esegetici» inducono a trascurare quelli «di sistemazione dogmatica» così M. G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979, pag. 10 con giudizio generalizzabile.

¹⁵ Quale esempio eloquente v. la considerazione isolata del «fatto materiale» evocato dall'art. 3, comma 2, del d. lgs. n. 53 del 2015: cade in tale tranello anche V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, WP C.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 259/2015, pag. 29 che ovviamente si richiama alla presunta *ratio* della legge.

preso il nome della rivalutazione della filosofia pratica¹⁶, sostenne, invece sempre, che la dogmatica giuridica – che rappresenta *uno* dei vincoli del discorso giuridico - deve far ricorso, contemporaneamente, ad argomenti sia giuridici che pratici¹⁷. Come pose in risalto Mario Grandi su ADL del 2006¹⁸ il giurista trentino optò per una teoria, non della secondarietà, bensì dell'*integrazione* tra i due tipi di argomentazione. La grande novità teoretica, sulla quale Mengoni stesso insistette, con un'enfasi che i suoi lettori non sempre colgono, consiste nel superamento, di contro a Betti, della «separazione tra teoria e prassi postulata dalla dottrina pandettistica sotto l'influsso della filosofia kantiana»¹⁹. Esse devono combinarsi tra di loro in un processo di andirivieni circolare dall'una all'altra. L'applicazione non coincide perciò con la semplice appropriazione di significati regolativi precostituiti²⁰.

L'impostazione bettiana non tiene conto che, siccome «gran parte della vita sociale e dei processi cognitivi non passa (...) dal linguaggio», e risulta anzi «perfino difficile» da esprimere verbalmente²¹, qualsiasi disposizione legislativa è costitutivamente incapace di prescrivere con precisione le regole di condotta che vengono poi tratte dalla stessa. D'altronde, ogni uomo, proprio grazie all'oggetto del diritto, e cioè le relazioni inter-personali che egli instaura, sviluppa un suo essere sociale che quando diventa riconoscibile può imprimere al caso concreto rilevanti specificità innovative rispetto a quelle che sono state prese in considerazione dal legislatore²². Insomma, la vita, la quale contiene possibilità praticamente illimitate di simmetrie ma anche di nuove combinazioni, scorre come un fiume e l'interprete deve evitare che il «già noto» soffochi «il non-ancora-noto»²³.

¹⁶ «La filosofia della *praxis* respinge» la dicotomia «"speculativo" e "pratico", per affermare un unico valore, l'"umano"» (G. PRETI, *Praxis e empirismo*, cit., pag. 12).

¹⁷ L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., pagg. 55-56; ID., *Presentazione*, in R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, pag. X

¹⁸ M. GRANDI, *Lavoro e valori: note sulla prospettiva assiologica di Luigi Mengoni*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, pag. 701.

¹⁹ L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., pagg. 34-35.

²⁰ Cfr. da ultimo G. MELIADÒ, *La riforma della Cassazione e la giustizia del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, pag. 12.

²¹ M. AUGÉ, J.-P. COLLEYN, *L'antropologia del mondo contemporaneo*, Milano, 2006, pag. 57 i quali soggiungono che «gran parte dei nostri comportamenti sfuggono alla rappresentazione cosciente, sebbene obbediscano comunque a regole». D'altronde, l'essere umano sa molto di più di quello che può dire: M. POLANYI, *The Tacit Dimension*, Chicago, 2009, pag. 4.

²² L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, pag. 83.

²³ G. PRETI, *Praxis e empirismo*, cit., pag. 203.

In positivo tutto ciò significa che il discorso metodologico deve, ormai, assegnare alla fase applicativa di una disposizione legislativa una funzione costitutiva delle regole giuridiche che vengono applicate al caso²⁴. Ma se è innegabile che l'individuazione delle regole decisionali richiede sempre, se non creatività, sicuramente una fortissima apertura mentale (*in primis*, al diritto comparato²⁵) rispetto alla chiusura imposta dalla staticità dell'ordine sistematico preconstituito²⁶, occorre anche sottolineare che il giurista può e, anzi, deve attrezzarsi nel suo difficile compito di essere al passo con la realtà. Se sul piano teoretico si tratta di prendere definitivamente atto che il testo di legge è «di regola suscettibile di varianti interpretative tutte compatibili con il suo tenore letterale»²⁷, sicché esso è in grado di fungere "solo" da argine rispetto all'arbitrio manifesto²⁸, dal punto di vista pratico occorre esercitarsi nel captare gli interrogativi regolativi che vengono posti al testo stesso dal basso. Dopo Gadamer, e poi grazie alle scienze cognitive, siamo entrati in una temperie di pensiero in cui l'interprete deve auto-controllare la propria prefigurazione (scelta di valore) delle conseguenze pratiche della regola che egli ipotizza istintivamente di collegare all'enunciato legislativo (cd. precomprensione).

Sorge di qui l'urgenza di estendere il vincolo della legge all'argomentazione del giudizio retrostante alla decisione regolativa. A tal fine non è più sufficiente che il giudice rispetti la sola forma sillogistica²⁹, né che si limiti a riprodurre in motivazione il giudizio retrostante. Occorre che egli riporti la decisione sul piano dell'intersoggettività per renderla

²⁴ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962.

²⁵ «Che è meglio di qualsiasi fantasia» (così un gigante della comparazione giuslavoristica: F. GAMILLSCHEG, *Betrieb und Unternehmen. Zwei Grundbegriffe des Arbeitsrechts*, in *Arbeit und Recht*, 1989, pag. 37).

²⁶ O dell'auto-suggestione di chiarezza in cui si cade quando si partecipa alla stesura del testo legislativo. Particolarmente esposto a tale rischio appare P. ICHINO, *Appunti irriverenti sui nuovi decreti attuativi della riforma del lavoro*, in www.pietroichino.it, pag. 7 che prospetta il testo del d. lgs. n. 53 del 2015 come «esemplare per concisione, leggibilità, chiarezza e univocità del contenuto».

²⁷ L. MENGONI, *Interpretazione della legge e interpretazione del contratto collettivo*, in AA. VV., *Nuovi contributi per l'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro*, Roma, 2000, pagg. 38-39.

²⁸ G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro It*, V, 1969, col. 112 segg.

²⁹ Da ultimo, tra i tanti, F. ROSELLI, *Categorie civilistiche e giudizio di legittimità*, *Giust. civ.*, 2015 (1), pag. 53. La realtà non è mai "sì o no" ma sempre un "più o meno" e, quindi, è proprio l'elemento formale - le inferenze vere dipendono esclusivamente dalla forma - che rende certo un determinato esito del giudizio.

così controllabile³⁰. Egli deve perciò seguire una precisa struttura argomentativa che espliciti le scelte valoriali e di sistema.

Quest'ultimo può, ed anzi deve essere in movimento oltre le sue frontiere senza far venir meno però la sua funzione di griglia concettuale che tiene insieme la totalità dell'esperienza giuridica in nome del principio supremo d'uguaglianza. Si prenda, inoltre, atto che il venerato sistema ha a che fare con il tempo determinato e che esso deve arricchirsi stabilmente del diritto vivente³¹ in modo tale che il discorso giuslavoristico afferri meglio le differenze e torni a concepirsi come *opus* collettivo.

Sottolineo in finale di questa concisa premessa metodologica due importanti profili: il fatto stesso che ADL riuscì a spostare il dibattito giuslavoristico sul piano metodologico era segno evidente che esso era in crisi³²; in secondo luogo, e come era d'altronde d'attendersi, la sintesi finale segnò una convergenza pressoché totale di Persiani sulle posizioni di Mengoni³³.

2. Riscoprire la relazione e il datore di lavoro con una trama integralmente contrattuale e...

Al di là di come fu formulata *in apicibus* la sua ragion d'essere metodologica, è indubbio che ADL seppe cogliere con tempestività storica una reale esigenza regolativa la quale "trascinò appresso" alla rivista un grande consenso e molti ammiratori inizialmente nient'affatto scontati: integrare nel discorso giuslavoristico le stesse esigenze del datore di lavoro che, in quanto (altro) *soggetto* della relazione di lavoro, è anch'egli «portatore di valori»³⁴.

L'idea che il diritto del lavoro assolve alla "sola" funzione di proteggere la persona del lavoratore dall'autorità del suo datore di lavoro, ricondotta ad un piano extra-giuridico o, comunque, extra-giuslavoristico, affonda le sue radici nella culla del pensiero giuslavoristico e cioè nel

³⁰ Sull'intersoggettività poggia la scientificità delle discipline pratiche (G. PRETI, *Praxis e empirismo*, cit., pag. 105).

³¹ M. PERSIANI, *Osservazioni sulla dottrina giuslavoristica nel trentennio dopo la Costituzione*, cit., rispettivamente, pag. 350 e pagg. 338 segg.

³² K. ZWIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1996³, pag. 75. La crisi era stata preannunciata da M. D'ANTONA, in *Lav. dir.*, 1988, pag. 413.

³³ In M. PERSIANI, *Diritto privato e diritto secondo*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 4-5, pagg. 955-956, il fondatore della rivista si pronuncia, infatti, a favore del superamento della logica comune/speciale.

³⁴ M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, cit., pag. 15.

periodo della Repubblica di Weimar. Al tramonto di quest'ultima, essa si esacerbò con l'affermarsi dell'ideologia dell'*Engliederung* nella comunità di lavoro. Al datore di lavoro fu riconosciuto uno *status* simile a quello del *pater familias*³⁵, garantendogli in tal modo una supremazia incontrastabile in seno al rapporto di lavoro che era solo marginalmente regolato dalla logica del contratto che veniva riduttivamente inteso come semplice accordo. L'efficienza sovrastava la tutela del lavoratore.

Tale visione fu messa in discussione – e in ciò la dottrina italiana fu, per una volta, in anticipo sui tempi - solo con gli anni sessanta quando si affermò l'idea che libertà e uguaglianza devono camminare di pari passo e, quindi, l'individuo deve essere emancipato da una serie di legami sociali che ne avevano fino ad allora monopolizzato l'identità. Se fino agli anni cinquanta dello scorso secolo, la teoria dualista³⁶ fu sostenuta soprattutto dagli autori *pro business*, a partire dallo statuto dei lavoratori gli orientamenti si invertono. Da allora i suoi sostenitori sono, in genere, *pro labour*. Sono quest'ultimi ora ad individuare la fonte del potere del datore di lavoro di gerarchizzare le maestranze, riducendo il lavoratore ad ingranaggio della sua macchina³⁷ organizzativa, nel diritto del sistema produttivo capitalistico, e cioè quello commerciale³⁸. Proprio per questa ragione il diritto del lavoro si contrapporrebbe a quest'ultimo dando così luogo ad un dualismo – il compromesso e la coerenza sistematica

³⁵ Soluzione privilegiata dai sostenitori del cattolicesimo sociale: v. lo stesso L. BARASSI, *Riv. dir. comm.*, 1929, pag. 366.

³⁶ L'etichetta è di F. CARINCI, *Ricominciando da due: contratto e organizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, pag. 1146 che però sul piano prescrittivo equipara, incomprensibilmente, tale teoria a quella monista.

³⁷ Fondamentale al riguardo è lo studio di G. MORGAN, *Images of Organisation*, Toronto, 1986 tr. it. *Images of Organization – Le metafore dell'organizzazione*, Milano, 1990, 11^a ristampa 2012, secondo il quale il funzionamento tipico di un'organizzazione-macchina si basa su tre pilastri: logiche gerarchiche *top-down*, specializzazione dei compiti e specificazione dei piani operativi e strategici..

³⁸ F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano 1957; T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano 1974, pag. 47; U. ROMAGNOLI, *Titolo I. Della libertà e dignità del lavoratore. Art. 1*, in G. GHEZZI, F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori, Art. 1-13*, Bologna-Roma, 1979², pag. 4; M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 dello statuto dei lavoratori*, Padova. 1979. Ma l'orientamento che ascriveva il coordinamento dell'attività lavorativa ai poteri gius-commerciali dell'imprenditore era assai più diffuso: v., tra i molti altri, G. MAZZONI, *Problematica generale sull'organizzazione di lavoro nell'impresa*, in Università di Firenze - Istituto di diritto del lavoro (a cura di), *L'organizzazione di lavoro nell'impresa e le responsabilità dell'imprenditore*, cit., pag. 11.

venivano respinti a priori³⁹ - che si riteneva che fosse alimentato dalla stessa carta costituzionale. Questa prospettazione dell'organizzazione imprenditoriale (ricomprensente quella del lavoro) come «costituzionalmente pericolosa»⁴⁰ fungeva poi da premessa all'inquadramento del diritto del lavoro quale sede per l'illimitata attuazione dei diritti fondamentali del lavoratore che si consideravano tutti preesistenti al contratto. Tale modo di ragionare era aderente a quella che Bobbio chiamava criticamente l'«ideologia dei diritti»⁴¹, la quale si affermò ovunque ma che fu presente da noi in misura assai più pronunciata che altrove come dimostra, in modo emblematico, la maggior longevità della teoria della *Drittwirkung*.

Comunque sia, qui interessano soprattutto due corollari di questi postulati di base.

Primo: il diritto del lavoro italiano è stato infarcito di costrutti concettuali "antagonistici" nei confronti dell'efficiente organizzazione del lavoro che veniva prospettata, sul lato del lavoratore, come una fonte d'identità, sempre e comunque, negativa con riflessi sul tema dell'oggetto del contratto di lavoro che veicolerebbe antagonismo e non cooperazione.

Inoltre, le differenze, le coscienze ed i moti individuali erano e vengono spesso, ancora oggi, oscurati in nome dell'uniformità di *status* (classe) collegata al ruolo rivestito nel processo produttivo⁴²; ruolo che

³⁹ F. MANCINI, *Replica*, in Centro studi di diritto del lavoro (a cura di). *Il diritto al lavoro (a 25 anni dalla costituzione)*. Milano, 1976, pag. 118: «la coerenza dell'ordinamento è un idolo davanti al quale è tempo che il giurista avvertito cessi di genuflettersi».

⁴⁰ F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, II, Milano, 1965, pag. 95; M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., pag. 77. V. da ultimo A. BAYLOS, J. REREZ ROY, *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, 2009. Ancora oggi L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Bari, 2007, pag. 297 nt. 133 sostiene che la libertà d'iniziativa economica rappresenterebbe «uno degli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

⁴¹ Così criticamente N. BOBBIO, *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti*, in ID., *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, pag. 436.

⁴² Declinato, dapprima come *status* professionale o di categoria (G. MAZZONI, *Note sul concetto di categoria*, in *Arch. Studi corporativi*, 1936, pagg. 94 segg.) e poi in senso marxista rifacendosi a H. SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrecht*, Jena, 1927, pag. 118: v. U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, pag. 194; L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1979, pag. 98 con valenza generale; M. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979, pag. 6 nt. 13; H. COLLINS, *Labour Law as a Vocation*, 105 (1989) L.Q. Rev. pag. 468 dal quale Thomas KOHLER, *The Disintegration of Labor Law: Some Notes for a Comparative Study of Legal Transformation*, Boston, 1998, pag. 1331 prende

veniva concepito, a la Lukács, come un realtà meta-empirica che "cosificava" (mercificava) il lavoratore⁴³. Tale destino accomunerebbe tra loro i lavoratori etero-organizzati e genererebbe interessi professionali collettivi di segno antagonistico rispetto a quelli del datore di lavoro. In quanto tali, gli interessi possono essere portati alla luce solo da un soggetto di natura sindacale⁴⁴.

Ciò ha purtroppo finito con il dislocare le esigenze di efficienza, necessarie al conseguimento del risultato produttivo dell'organizzazione, fuori dal piano focale della stessa contrattazione collettiva che ha irrigidito sia la disciplina dell'orario di lavoro che quella delle mansioni ancora costruita intorno ai mestieri e, quindi, avulsa dagli apporti organizzativi dei dipendenti.

E' la contrattazione aziendale che non a caso tenta ora, a fatica, di recuperare spazi retributivi con sistemi di valutazione delle attitudini inter-relazionali (*leadership*, valorizzazione degli altri etc.) e che flessibilizza gli orari con il sistema della banca-ore. Ma molti altri sarebbero i profili della regolamentazione collettiva che dovrebbero essere rivisti perché si sono cristallizzati a misura di un contesto produttivo, ormai tramontato, corrispondente ad un'economia protetta dalla concorrenza internazionale (e, quindi, tra l'altro, artificiosamente immunizzata da aggiustamenti redistributivi⁴⁵).

Secondo: nell'era della produzione taylor-fordista il nostro pensiero giuslavoristico ha accolto a piene mani costrutti gius-pubblicistiche che assimilano il rapporto di lavoro alla relazione che intercorre tra lo Stato ed il cittadino ed, in particolare, al rapporto di impiego pubblico⁴⁶ che viene considerato, d'altronde, da sempre dalle

spunto per criticare l'eccessiva attenzione dei maestri del sospetto ai temi della dipendenza e del dominio. V. *contra* anche G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pagg. 174 segg.

⁴³ Ultimo e più conosciuto epigono di tale forma mentis, è A. HONNETH, *Verdinglichung*, F. a. M., 2015.

⁴⁴ Così sotto il peso della disastrosa esperienza delle commissioni interne, anche M. PERSIANI, *L'interesse dell'impresa e l'interesse dell'organizzazione di lavoro*, in Università di Firenze - Istituto di diritto del lavoro (a cura di), *L'organizzazione di lavoro nell'impresa e le responsabilità dell'imprenditore*, Milano, 1970, pagg. 50 e segg. In questo scritto riecheggia già la futura teoria della gestione accorpata dei rapporti di lavoro.

⁴⁵ Che le politiche monetarie, generatrici d'inflazione e rilevante concausa della crescita costante del debito pubblico, hanno allocato sulle spalle delle generazioni future: v. L. TEOLDOLDI, *Il conto degli errori. Stato e debito pubblico in Italia*, Roma-Bari, 2015.

⁴⁶ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2. *Teoria della democrazia*, cit., pag. 242 il quale auspica «che l'unificazione dello status giuridico di tutti i

organizzazioni sindacali come l'*optimus maximus*⁴⁷. Esattamente come avviene nel settore pubblico, dove l'interesse generale plasma la macro- e secondo alcuni anche la micro-organizzazione⁴⁸, anche nel diritto del lavoro privato si è così ritenuto che fosse possibile un controllo giudiziale per eccesso di potere o irragionevolezza del licenziamento dovuto a ragioni organizzative da condurre in base ad un presunto criterio sul «buon andamento dell'impresa»⁴⁹. In linea con tale premesse si è poi tentato a più riprese di legare l'adozione del negozio di recesso al raggiungimento di un risultato prefissato dall'ordinamento, passando di volta in volta dal comma 2 dell'art. 41 Cost. o dal dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.⁵⁰. Le già richiamate teorie della *Drittwirkung* (immediata o mediata) dei diritti fondamentali, il principio di parità di trattamento, la configurazione di un diritto alla stabilità del rapporto di lavoro di contenuto diverso, e "aggiuntivo", rispetto a quello incentrato sul rispetto dei limiti (esterni) al potere di licenziamento⁵¹, l'inquadramento delle posizioni giuridiche soggettive del lavoratore come interessi legittimi⁵²,

lavoratori» avvenga la «esplicita pubblicizzazione» dei rapporti di lavoro «indipendentemente dalla natura del datore di lavoro»..

⁴⁷ E' noto, d'altronde, che «la disciplina del pubblico impiego ha influenzato quella dell'impiego privato» e che quest'ultima originò «la spinta degli operai ad appropriarsi della disciplina generalmente più favorevole degli impiegati»: cfr. U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel periodo tra le due guerre*, in *Lav. dir.*, 1987, pagg. 350-351.

⁴⁸ Tiene instancabile la posizione M. RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. pubblico*, 2008, pagg. 64 segg. Per un recente bilancio v. P. CERBO, *L'organizzazione dei pubblici uffici "in forma privatistica" a vent'anni dalla privatizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, pagg. 337 segg.

⁴⁹ Premonitore F. GALGANO, *Autonomia privata, creazione del diritto e concetto di politica*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, pag. 335, poi con particolare convinzione: P. ICHINO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2002, pagg. 478 segg. e E. GRAGNOLI, *La riduzione di personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, Padova, 2006, pagg. 100 segg. nella variante del sindacato di lealtà.

⁵⁰ *Contra* L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, 1998, pag. 11. V. anche L. MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, pagg. 723 segg.

⁵¹ M. V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975; orientamento da non confondere con quello dell'*extrema ratio* che è interno all'interpretazione dei limiti legali: v. F. LISO, *La mobilità dei lavoratori in azienda. Il quadro legale*, Milano, 1982, pag. 94.

⁵² A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014/4, pagg. 1191 segg.

l'assimilazione del potere disciplinare al potere sanzionatorio della p.a.⁵³, rappresentano, infine, solo alcuni dei possibili ulteriori esempi della mentalità para-pubblicistica.

Non si fraintenda la critica. Oltrepassare il confine del diritto privato, e "rovistare" in quello pubblico in particolare nel diritto amministrativo, – con o senza permesso di soggiorno – ha apportato rilevanti avanzamenti al pensiero giuslavoristico che, anche per questo, ha orientato il diritto privato alla tutela degli stessi interessi non patrimoniali. Ma nel periodo storico considerato, i trapianti dal diritto pubblico a quello privato sono stati spinti troppo lontano trascurando il principio per cui essi necessitano sempre di adattamenti (di limiti, di precisazioni, di distinguo) dettati dal fatto che il secondo regola relazioni in cui sono in gioco più diritti fondamentali.

Per correggere le distorsioni indotte dalle dottrine "unilaterali" occorre ragionare secondo la logica contrattuale ed elevare, quindi, il principio di eguaglianza formale a criterio suppletivo di determinazione del regolamento contrattuale. Tale opzione chiude la porta a presunti poteri extra-giuslavoristici del datore di lavoro e gioca così, anche per il lavoratore, il ruolo di primo ed insopprimibile «porteur de valeurs liées à la liberté de l'homme»⁵⁴. L'accoglimento di tale soluzione è, tra l'altro, da sempre facilitata dal fatto che il nostro codice civile risolve espressamente (v., ad esempio, gli artt. 2120 e 2126) una serie di esigenze sostanziali che giustificarono, invece, le teorie istituzionalistiche e comunitaristiche weimariane. La seconda conseguenza di tale scelta di fondo consiste nella presa d'atto che nella porzione di realtà che è oggetto del regolamento contrattuale, sono sempre in gioco almeno due, ma in verità molti di più, diritti fondamentali⁵⁵. All'inverso di quanto è presupposto dalle teorie della *Drittwirkung*, che dominano gli impianti

⁵³ E. GRAGNOLI, *L'esercizio del potere disciplinare nei confronti del dirigente privato*, in S. MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, 2012, pag. 406 sempre lesto nell'operare trapianti "gius-amministrativistici"; R. VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, pagg. 667 segg.

⁵⁴ Così una voce non sospetta in tempi non sospetti: G. LYON-CAEN, *Défense et illustration du contract de travail*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 13 (1968), pag. 69. Difende la prospettiva contrattuale dinanzi alle critiche di Romagnoli, M. PEDRAZZOLI, *La parabola della subordinazione dal contratto allo status. Riflessioni su Barassi e il suo dopo*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, pag. 279.

⁵⁵ Si riscopre, quindi, la nozione aristotelica di giustizia: v. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, qui citato dall'edizione Milano, 1993, pag. 191.

dottrinali "unilaterali"⁵⁶, le disposizioni sui diritti fondamentali stessi devono, pertanto, essere intese come «principi» che, in quanto tali, non sono solo rivolti nei confronti del legislatore, ma condizionano anche l'interpretazione del diritto legislativo⁵⁷ che resta l'unica fonte dei diritti soggettivi delle parti. Un'integrazione che deve essere condotta nel segno del bilanciamento, della nobile arte del compromesso, della *proportio* o, come altro si vogliono designare le esigenze relazionali⁵⁸. Da queste ultime ben possiamo «trarre elementi di risposta e d'indirizzo generale»⁵⁹ giacché «le questioni sui valori (...) si possono ridurre a questioni sulle conseguenze delle scelte corrispondenti, trasferendo la discussione in un ordine di valutazioni di cui è più agevole controllare la razionalità»⁶⁰.

3. Segue. ...che sappia integrare con coerenza l'organizzazione nel discorso giuslavoristico.

L'aspirazione del datore di lavoro che ha aspirato la messa in campo di ADL ha indubbiamente scoperchiato il problema dell'efficienza dell'organizzazione del lavoro, ma occorre al contempo riconoscere che la messa a punto dell'esatta rilevanza giuslavoristica di quest'ultima rappresenta ancora un cantiere aperto. La riflessione dottrinale ha appena iniziato a liberare l'organizzazione del lavoro da costrutti che sono ormai inadeguati alla sua configurazione empirica la quale esalta ora molto spesso le doti di auto-organizzazione e di collaborazione tra le maestranze. Solo dopo quest'opera di re-sistemazione il nostro pensiero giuslavoristico potrà, infine, aspirare a giocare nuovamente un ruolo propositivo nell'ambito della tradizione di *civil law* continentale⁶¹.

⁵⁶ Cfr. per tutti M. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, cit., pag. 35.

⁵⁷ Così C.W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, in *Archiv für die civilistische praxis*, 184 (1984), 201 s. e la giurisprudenza costituzionale tedesca: M. RUFFERT, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht*, in *Juristen Zeitung*, 2008/8, pagg. 389-390.

⁵⁸ G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, in Associazione italiana dei costituzionalisti (a cura di), *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, pag. 30.

⁵⁹ G. VETTORI, *Il tempo dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, pag. 91.

⁶⁰ L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., pag. 46 nt. 100.

⁶¹ E' agevole constatare che proprio in questo cruciale momento storico in cui la spinta indiretta (economica) all'integrazione delle regole che presiedono alla disciplina dei rapporti di lavoro è molto forte, nessuno fuori dai nostri confini mostra più interesse per il pensiero giuslavoristico italiano.

Ora, il campo è attualmente dominato da due opposte visioni che si rimpallano tra loro ma sono accomunate dal rifiuto di imboccare fino in fondo la strada della coerenza con i loro, pur differenti, assunti di base. Da un lato, si collocano gli autori *pro business* i quali, sebbene prendano le mosse dalla necessità di dar rilievo anche alle esigenze di produttività dell'organizzazione del lavoro, isolano, tuttavia, il contratto di lavoro subordinato da quest'ultima quando si tratta di qualificare il rapporto di lavoro⁶². All'estremo opposto, si colloca la dottrina *pro labour* che conferisce bensì rilievo all'organizzazione quando si tratta di aprire le porte del diritto del lavoro⁶³ salvo però negare rilevanza alle sue evoluzioni "morfologiche", sulle quali tornerò tra un attimo, nella fase successiva della "costruzione" degli effetti collegati al contratto di lavoro subordinato che ha luogo «atomizzando la fattispecie» finendo così «fuori della realtà»⁶⁴.

Per svincolarsi da questa infruttuosa alternativa e recuperare la necessaria linearità del discorso giuslavoristico, occorre, anzitutto, stimolare, nel senso precisato nel § 1, l'impianto legislativo del diritto del lavoro con le sollecitazioni registrate dai testi di scienze dell'organizzazione aziendale. Questi ultimi hanno preso atto che è tramontata l'era del dominio dell'equazione base organizzazione=macchina. Nel nuovo contesto della società dei servizi e della pervasività tecnologica, le organizzazioni si incentrano sull'utente e si appiattiscono. Vengono, pertanto, esaltate le capacità di auto-organizzazione collettiva dei lavoratori: vince l'organizzazione-cervello⁶⁵ e

⁶² Mi riferisco alle teorie che identificano la subordinazione con l'etero-direzione: v. ad esempio P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989; R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989, pag. 41.

⁶³ Tipico l'insistente richiamo a Corte cost. 12 febbraio 1996, n. 30 (rel. mengoni) - v. per tutti M. ROCCELLA, *Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del sig. B.*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, II, pagg. 131 segg. - la cui prospettazione della subordinazione come doppia alienità viene però impropriamente isolata dal contesto, del lavoro nelle cooperative, in relazione al quale è stata espressa.

⁶⁴ G. GIUGNI, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, pag. 582 in relazione a come viene trattato il tema delle mansioni, ma il giudizio potrebbe essere reiterato per l'orario di lavoro e per la retribuzione di produttività.

⁶⁵ E' la nota tesi di G. MORGAN, *Images of Organisation*, cit., la quale conferma la tendenza degli studi aziendalistici di abbandonare visioni meccanicistiche, ispirate alla fisica, a favore di concezioni organiciste che riprendono concetto della biologia: cfr. F.J. GOVILLART, J.N. KELLY, *Transforming the Organisation*, McGraw-Hill, 1995 ed, in ambito continentale, H. ULRICH, *Anleitungen zum ganzheitlichen Denken und Handeln: ein Brevier für Führungskräfte*, Bern, 1988.

cioè quella fortemente interconnessa ed intercambiabile nonché incentrata su lavoratori con competenze polivalenti (gli *skills* di base devono accompagnarsi ad una forte disposizione all'apprendimento), sulla conoscenza condivisa, sul valore della pariteticità (direzione senza autorità). Si abbandona dovunque la regolazione dettagliata delle procedure organizzative e dei piani operativi. Si individuano, invece, i vincoli che non si vuole che vengano superati ovvero solo ciò che si vuole evitare, in modo tale da lasciare più spazio possibile all'auto-organizzazione. In conclusione, si focalizzano di meno gli *output* attesi e ci si prodiga, piuttosto, nel tentare di creare le giuste condizioni di partenza.

L'organizzazione "a cervello" obbliga gli autori *pro business* ad aprire all'idea che l'ambiente di lavoro possa essere *una* delle sedi in cui si attua il processo identitario dell'individuo lavoratore, il suo *life time*: tale valorizzazione dell'attività autonoma del lavoratore subordinato porta, tra l'altro, dritti a riconoscere un suo diritto a lavorare (v. *infra* § 6) e ad intravedere nell'effettività dei suoi diritti il primo propellente della sua produttività. Coloro che ragionano nei termini *pro labour*, devono, invece, riconoscere l'esistenza di una terza dimensione, distinta da quella individuale e da quella sindacale, che attiene al fatto che il lavoro subordinato viene prestato *à côte de*. Il lavoratore non può pretendere di essere racchiuso in sé stesso come una monade isolata, come se non lavorasse a fianco di altri e come se ciò non fosse previsto nel contratto. In realtà, quest'ultimo lo obbliga a rendersi organizzabile o, per dirla in altre parole, a cooperare al problema dell'"aggregazione" organizzativa dei lavoratori⁶⁶, nonché a rispettare l'esigenza del datore di lavoro di garantire anche agli altri lavoratori la possibilità d'adempiere all'obbligo di svolgere la loro prestazione lavorativa⁶⁷. Accettare questa premessa, coerente con un concezione responsabile della libertà dell'individuo lavoratore, non significa ricadere nell'«esito soffocante»⁶⁸ secondo cui il lavoratore stesso entrerebbe in *Gemeinschaft* con gli altri lavoratori⁶⁹

⁶⁶ Che non è riducibile alla somma di tanti singoli contratti di organizzazione: L. NOGLER, *Contratto di lavoro e organizzazione al tempo del post-fordismo*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 4-5, pagg. 884 segg.

⁶⁷ Tutto ciò è imputabile alla connotazione dell'attività lavorativa come "collaborazione" (art. 2094 c.c.) che ci consente di evitare di dover distinguere tra correttezza e buona fede e ascrivere a quest'ultima l'idoneità ad incidere «sul positivo adempimento» (M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, pag. 222 sulla scorta di Betti).

⁶⁸ Così ancora G. GIUGNI, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, pag. 582.

⁶⁹ Come auspica U. MATTEI, *Il beni-comunismo e i suoi nemici*, Torino, 2014 che, peraltro non si rende conto delle radici totalitarie di tale pensiero.

perché non esistono, in realtà, se si esce dall'ideologia classista, legami oggettivi che leghino a priori i lavoratori stessi tra loro e/o con il datore di lavoro. Il contratto di lavoro resta "di scambio". Vero è, piuttosto, che l'impostazione qui privilegiata consente sia di non ingabbiare l'organizzazione stessa nella dimensione contrattuale del rapporto di lavoro⁷⁰ sia di spiegare perché il singolo lavoratore subordinato sia obbligato anche a comportamenti non etero-determinati benché essi siano comunque qualificabili come etero-organizzati.

4. L'art. 2, c. 1 del d. lgs. n. 81 del 2015: una nuova presunzione assoluta. Collaborazioni che si concretino in prestazioni di lavoro esclusivamente personali,....

Il modo in cui il d. lgs. n. 81 del 2015 affronta la questione della subordinazione rafforza l'impostazione testé illustrata. Ma procediamo con ordine.

Il d. lgs. in parola prende, anzitutto, atto del fallimento della strategia adottata nel nostro paese (e solo in questo) a partire dal d. lgs. n. 276 del 2003⁷¹: l'art. 53 "supera" (?!) nel senso che vieta l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro mentre l'art. 52, comma 1, prevede che «le disposizioni di cui agli articoli da 61 a 69-*bis* del d. lgs. n. 276 del 2003 sono abrogate e continuano ad applicarsi esclusivamente per la regolazione dei contratti già in atto alla data di entrata in vigore del d. lgs. stesso. Vengono così meno sia la disciplina del lavoro a progetto che il «gioco» delle presunzioni che la circondava⁷²; gioco reso oltremodo complicato dalla l. n. 92 del 2012⁷³. Giuste scelte: la *pars destruens* – così come, d'altronde, le soluzioni implicitamente respinte (penso al criterio della dipendenza economica) – è senz'altro il lato più condivisibile del d. lgs. n. 81 del 2015.

⁷⁰ Come pretenderebbe F. SCARPELLI, *Dimensione contrattuale del rapporto di lavoro, responsabilità datoriale per la modifica delle mansioni, ruolo del giudice*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, II, pag. 721; una posizione, oltre che infondata dal punto di vista sistematico, sostanzialmente isolata.

⁷¹ Per una presa d'atto (tardiva) v. T. TREU, *In tema di jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, pagg. 155 segg. Più ambiguo un altro manovratore della macchina regolativa, P. ICHINO, *Appunti irriverenti sui nuovi decreti attuativi della riforma del lavoro*, in www.Pietroichino.it

⁷² M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinamento nel gioco delle presunzioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2013/4-5, pagg. 797 e segg.

⁷³ Per una voce fuori del coro, di accorata difesa dell'operato del legislatore del 2012, v. M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova, 2013.

Più problematico è, come sempre, normare una *pars costruens*. Il d. lgs. n. 81 tenta di farlo al comma 1 dell'art. 2, che non modifica l'art. 2094 c.c. e privilegia, invece, la tecnica della presunzione assoluta, già utilizzata in passato in relazione a più specifiche ipotesi come, ad esempio, quella degli atleti degli sport qualificati dalle rispettive federazioni come professionisti.

Il primo presupposto per l'applicazione di tale presunzione assoluta consiste nel fatto che il rapporto di lavoro, che è stato instaurato dalle parti come di co. co. co., si concreti in una prestazione di lavoro «esclusivamente personale». In effetti, la disciplina legislativa del contratto di lavoro subordinato, evocando all'art. 2094 c.c. il «proprio lavoro» e configurando il decesso del lavoratore come un evento estintivo del rapporto di lavoro, prospetta l'esecuzione (esclusivamente) personale della prestazione lavorativa come un effetto del contratto di lavoro subordinato⁷⁴. Ciò non è d'ostacolo, tuttavia, al fatto che, se ne sussistono i presupposti, possa per il datore di lavoro essere indifferente ai fini dell'etero-organizzazione consentire al lavoratore subordinato di farsi sostituire da altri lavoratori che siano anch'essi alle dipendenze del medesimo datore di lavoro.⁷⁵ Per questa stessa ragione, malgrado l'art. 55 del d. lgs. n. 81 abbia abrogato gli artt. da 33 a 45, del d. lgs. n. 276 del 2003 l'autonomia contrattuale delle parti potrà continuare a prevedere che due o più lavoratori si assumono in solido ovvero "ripartiscano" tra di loro l'adempimento di un'unica obbligazione lavorativa.

5. *Segue.* ...continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e luogo di lavoro. L'art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 81 del 2015: nessun problema d'indisponibilità del tipo contrattuale.

La parte finale del testo sulla fattispecie regolata dal comma 1 dell'art. 2 del d. lgs. n. 81 del 2015, se si prescinde dalla scontata conferma del requisito della continuatività, riduce di molto l'impatto

⁷⁴ Lo rammenta da ultimo O. RAZZOLINI, *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Torino, 2012, pag. 102 ma è una considerazione scontata che, in quanto tale, è ormai penetrata nella manualistica: v. per tutti R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2014⁷, pagg. 421-422.

⁷⁵ Cfr. sempre R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 421. In giurisprudenza v. Cass. 24 maggio 1999, n. 5045, in *Mass. giur. lav.*, 1999, pag. 875; così anche Cass. 1° giugno 1999, n. 5340, in *Mass. Foro it.*, 1999.

pratico della presunzione sia per l'uso congiunto dell'avverbio "anche" e della congiunzione "e", ma soprattutto perché il luogo e lo stesso tempo, anche se inteso come collocazione e non quale quantificazione dello stesso, sono ormai spesso individuabili nel contratto. Tuttavia, è innegabile l'impatto sistematico del richiamo all'etero-organizzazione. E' una specie di monito rivolto alla dottrina la quale tende, come noto ed in ossequio alla stretta giurisprudenziale che si affermò negli anni novanta dello scorso secolo, a privilegiare impropriamente nozioni estremamente restrittive del vincolo della subordinazione. Sul fronte giurisprudenziale la disposizione commentata potrà, invece, giocare un ruolo di consolidamento dei nuovi e più innovativi orientamenti di questi ultimi anni (delle "direttive impresse nell'organizzazione aziendale" o "programmatiche" o dei criteri sussidiari⁷⁶) ed, al contempo, esercitare un effetto di facilitazione probatoria ed argomentativa a favore di chi agisce per veder riconosciuta la subordinazione.

Ora, per spiegare in che cosa consista il contributo positivo che la disposizione in parola può apportare, dobbiamo accostare dapprima su un piano di maggiore approfondimento la questione della causa del contratto di lavoro subordinato.

E' metodologicamente scorretto individuare la causa del tipo contrattuale del lavoro subordinato prendendo in considerazione il solo enunciato dell'art. 2094 c.c. Seguendo questa errata via di tipo esegetico, il nostro maggior studioso della subordinazione fece, come noto, la fine della mosca che è intrappolata nella bottiglia. Egli giunse, infatti, alla conclusione che, in virtù dell'art. 2094 c.c., «il lavoratore subordinato è il lavoratore dipendente»⁷⁷. Conclusione palesemente tautologica che

⁷⁶ Cass. 23 aprile 2014 n. 9196 (est. D'Antonio): sono sufficienti direttive «impresse nella struttura aziendale»; Cass. 26 agosto 2013 n. 19568 (est. Maisano): bastano direttive programmatiche; Cass. 8 giugno 2015 n. 11746 (est. Marotta), 4 marzo 2015 n. 4346 (est. Buffa), 21 ottobre 2014 n. 22289 (est. Berrino): si deve far leva sui criteri sussidiari; Cass. 8 aprile 2015 n. 7024 (est. Buffa): rileva il coordinamento con l'attività degli altri lavoratori. M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, cit., pag. 36 e O. RAZZOLINI, *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, pagg. 981 segg. colgono bene la novità giurisprudenziale. Nel senso del vecchio orientamento che fa leva sulle direttive assidue: Cass. 6 maggio 2015 n. 9121 (est. Buffa) in relazione ad un'attività libero-professionale; Cass. 10 aprile 2015 n. 7296 (est. Napoletano) in relazione ad un caso di associazione in partecipazione.

⁷⁷ Così, in uno dei suoi ultimi scritti in materia, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Fra autonomia e subordinazione*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, III, Milano, 2004, pag. 2052. L'errata idea che il riferimento alla dipendenza sia tautologico trova eco anche nella manualistica: v. R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, cit., pag. 342.

indusse Spagnuolo Vigorita, dapprima, nelle pagini finali della sua nota escavazione storica del concetto di subordinazione⁷⁸, a, per così dire, rompere totalmente gli argini della valutazione giudiziale e cioè ad adottare il metodo tipologico classico per poi virare di trecentosessanta gradi ed incorrere in una vera e propria palinodia⁷⁹. Nei suoi ultimi studi, egli si fece, infatti, interprete di un inaspettato ritorno al criterio restrittivo dell'etero-direzione già teorizzato da Barassi⁸⁰. Un *revirement* ideologico, perché avulso dai dati positivi, ma che era conforme ai tempi dominati dal desiderio di aprire varchi, tramite il lavoro (presunto) autonomo, all'esigenza di flessibilità delle imprese.

In realtà, il vincolo della legge che caratterizza il discorso giuridico impone di cercare ciò che è tipico, nel senso di essenziale ad un certo tipo contrattuale piuttosto che ad un altro, tramite il confronto tra le discipline – legislative e/o di diritto vivente – dei tipi presi, di volta in volta, in considerazione: *confronto*, non solo tra le disposizioni che definiscono i tipi stessi, ma *tra la loro intera disciplina*. Solo questa comparazione reciproca consente, infatti, di chiarire quali siano i profili essenziali all'uno piuttosto che all'altro tipo contrattuale.

Orbene, alla luce di tale criterio le due categorie gemellari, all'interno dei contratti di scambio, dei contratti di lavoro subordinato ed autonomo si distinguono tra loro per il fatto che, mentre le «condizioni» per l'esecuzione dell'opera o del servizio evocate dall'art. 2222 c.c. sono «stabilite dal contratto» (art. 2224 c.c.), la collaborazione dovuta dal lavoratore subordinato deve svolgersi rispettando le disposizioni unilaterali del creditore di lavoro.

Date queste premesse non appare revocabile in dubbio che il coordinamento che connota il sotto-tipo di lavoro autonomo che più si approssima al contratto di lavoro subordinato, non si estrinseca nella «soggezione a un potere del committente»⁸¹. Il d. lgs. n. 81 imprime, in tal senso, il sigillo all'archiviazione della teoria della differenziazione "meramente" quantitativa tra direzione e coordinamento. Esso segna la sconfitta, probabilmente definitiva, della tesi del *tertium genus*⁸²

⁷⁸ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Napoli, 1967.

⁷⁹ Il giudizio tanto lapidario quanto acuto risale a G. PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 1991⁴, pag. 306.

⁸⁰ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Relazione*, in G. DEODATO, E. SINISCALCHI (a cura di), *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Milano, 1989, pagg. 95 e segg.

⁸¹ M. DELL'OLIO, *La subordinazione nell'esperienza italiana*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, pag. 705.

⁸² R. DE LUCA TAMAJO, R. FLAMMIA, M. PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici*, in *Lav. inf.*, 1996/15-16, pag. 75 segg.; R.

riproposta fuori tempo massimo e con un'inutile eccedenza motivazionale anche da Corte cost. n. 76 del 2015. In sostanza, al posto di sottolineare che le prescrizioni generali che può adottare il direttore del carcere attengono, e devono anzi riguardare solo le imperative ragioni di sicurezza (art. 53 della l. n. 740 del 1970), la Corte costituzionale intarsia nella motivazione della sua decisione la considerazione che «il direttore del carcere, invero, non è chiamato a ingerirsi in aspetti di dettaglio della prestazione svolta dagli infermieri, né tanto meno a esercitare un controllo sull'adempimento della prestazione professionale. (...) Tali elementi caratteristici del potere direttivo, *che non può sbiadire in mero coordinamento della prestazione*, esulano dalla fattispecie del lavoro degli infermieri incaricati» (il corsivo è mio). Vale sul punto l'ammonimento di Karl Popper di «non puntare mai ad una precisione maggiore di quanta non ne richiede il problema in esame»⁸³.

Con l'abrogazione della disciplina del contratto di lavoro a progetto è stato bensì re-ampliato il raggio d'azione dell'autonomia delle parti contrattanti nell'ambito dei rapporti di lavoro di scambio a carattere autonomo (art. 2222 c.c.). Ma, come visto, si deve ormai prendere definitivamente atto che l'autonomia privata non può invadere il campo del tipo "imposto" che è definito dall'art. 2094 c.c.⁸⁴ ovvero che il "coordinamento" non può essere inteso come esercizio di un potere unilaterale del creditore. Le "condizioni" evocate dal comma 1 dell'art. 2224 c.c. per l'"esecuzione dell'opera" (qui utilizzato come una sineddoche che ricomprende anche i "servizi") devono essere specificate nel contratto⁸⁵. Disposizioni speciali, quali ad esempio l'art. 1661 c.c., le

DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del «lavoro coordinato»*, in *Arg. dir. lav.*, 1997/5, pagg. 41 e segg.; con tono (troppo) militante G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, pag. 104 che ha peraltro sostanzialmente ripudiato la teoria in ID., *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, *Arg. dir. lav.*, 2004/1, pagg. 655 e segg.; v. infine anche D. DE FEO, *Potere direttivo e coordinamento: la (spesso sottile) linea di demarcazione tra subordinazione, autonomia ed i nuovi modelli contrattuali*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, pagg. 647 segg. Per una contestualizzazione critica della proposta cfr. M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 65/2008., pag. 81.

⁸³ *La non esistenza del metodo scientifico – Postfazione 1956*, in ID., *Poscritto alla Logica della scoperta scientifica*, I, *Il realismo e lo scopo della scienza*, Milano, 1984, pag. 45.

⁸⁴ L. NOGLER, *Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Arg. dir. lav.*, 2002/1, pag. 128.

⁸⁵ Ciò vale, a differenza di quanto ritiene R. DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, pag. 477, anche per la fascia oraria di adempimento della prestazione.

quali consentono variazioni ordinate dal committente rappresentano deroghe tassativamente previste all'art. 1372 c.c., comma 1 che si giustificano per il fatto che l'opera «è destinata ad essere del committente»⁸⁶. D'altronde, è «pur sempre l'appaltatore, non il committente, che organizza i mezzi necessari per il compimento dell'opera o del servizio, anche quando il contratto di appalto prevede una intromissione del committente nella scelta dei procedimenti tecnici di esecuzione»⁸⁷.

Ora, si può sostenere che l'art. 2, comma 1 d. lgs. n. 81 del 2015 sostituisce il criterio della etero-direzione con quello dell'"etero-organizzazione"⁸⁸ ovvero che esso contempla «una nuova fattispecie additiva di subordinazione (il lavoro "organizzato")»⁸⁹? Oppure dobbiamo, al contrario, concludere che siamo in presenza di una nuova fattispecie di collaborazione coordinata e continuativa?

Prima di rispondere, facciamo un passo indietro e mettiamo a fuoco due precisazioni.

La prima riguarda il fatto che per la dottrina giuslavoristica – e l'ammissione è di tutti coloro i quali si professano dei contrattualisti integrali in aderenza all'impostazione suaccennata alla fine del § 2 - non c'è spazio per un potere unilaterale del datore di lavoro (lo si chiami potere direttivo o organizzativo⁹⁰: è una questione meramente nominalistica) distinto da quello regolato dall'art. 2104 c.c. E quest'ultimo è indipendente dal potere gestionale dell'impresa nel senso che la sua *unica* fonte regolativa⁹¹ è rappresentata dal contratto-regolamento individuale di lavoro.

⁸⁶ S. RUBINO, *L'appalto*, Torino, 1958³, pagg. 316 e segg.

⁸⁷ L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano, in Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della Ceca*, Milano, 1968, pagg. 436-437.

⁸⁸ T. TREU, *In tema di jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, pag. 164.

⁸⁹ A. PERULLI, *Il "falso" superamento dei co. co. co. nel Jobs Act*, in *Nel Merito* del 9 marzo 2015, pag. 2.

⁹⁰ P. ICHINO, *Appunti irriverenti sui nuovi decreti attuativi della riforma del lavoro*, cit., confonde l'etero-organizzazione con l'inserimento organizzativo, dimenticando in tal modo la lezione di L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Impresa, rapporto di lavoro, continuità (Riflessioni sulla giurisprudenza)*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, pag. 562.

⁹¹ Non è possibile quindi – come ritengono invece, da ultimo, ancora una volta, A. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore. Le evoluzioni legislative e il diritto vivente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, pag. 84 e con lui dalla fondamentale prospettiva del diritto della sicurezza sul lavoro, C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Milano, 2015, pagg. 44 segg. – riconoscere una radice organizzativa diretta (costitutiva) del potere direttivo. La somministrazione non prova nulla perché rappresenta una fattispecie-

La seconda delle precisazioni preannunciate non riguarda, invece, più il piano sistematico ma quello letterale: il termine «disposizione» utilizzato dall'art. 2104 c.c. si presta ad essere inteso anche come "regola"⁹². Una regola che, in quanto tale, non assegna posizioni soggettive ma assolve, *uno actu*, alla funzione di prescriverle e di indicare il criterio per giudicare i comportamenti che ricadono nel suo ambito di applicazione. Orbene, anche in questa ipotesi, e cioè quando il potere direttivo si estrinseca in regole di condotta generali, la sua fonte, anche se l'esercizio è «aggregato»⁹³, risiede unicamente nell'art. 2104 c.c. Poco importa al giuslavorista⁹⁴ capire se tale manifestazione del potere stesso faccia parte del *set* di poteri che connotano quella particolare attività che, se esercitata professionalmente ed orientata alla produzione per il mercato, è di tipo imprenditoriale con tutte le conseguenze, di diritto commerciale, che ciò comporta.

Indipendentemente dalla qualificazione della sua attività come imprenditoriale o no, il datore di lavoro ha – non solo l'onere – ma l'obbligo (v. *infra* § 6) di predisporre il sostrato organizzativo e può farlo con regole (prescrizioni generali) oppure con indicazioni, per così dire, *ad hoc* rivolte al solo singolo lavoratore. Identificare la subordinazione "solo" con la soggezione a queste ultime direttive, la cui necessità è peraltro spesso superata dall'evoluzione tecnologica che esalta la professionalità del lavoratore⁹⁵, significa obliterare, nell'interpretazione dell'art. 2104

eccezione in cui un rapporto trilaterale sostituisce la regola inderogabile del rapporto bilaterale. Il legislatore contempla una soluzione derogatoria che, in quanto tale, non infirma il valore della regola: il contratto si dissocia dal rapporto di lavoro. L'utilizzatore non diviene titolare del potere direttivo in forza del suo potere gestionale dell'impresa ma del contratto di somministrazione al quale la legge collega la suddetta dissociazione: preziose puntualizzazioni dogmatiche sono svolte da R. KRAUSE, *Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge zwischen Markt und Regulierung*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2014, pagg. 349 segg.

⁹² M. GRANDI, *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2004/3, pag. 729 nt. 13.

⁹³ L'espressione è di L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Riflessioni in tema di potere disciplinare*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, pag. 818.

⁹⁴ Al contrario M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, pag. 607 sentiva il bisogno di specificare che i poteri del datore di lavoro altro non sono che quelli dell'imprenditore fondati e delimitati dal contratto di lavoro.

⁹⁵ Vero è che «l'esecuzione della prestazione lavorativa si svolge in «un contesto di maggiore discrezionalità e autonomia del lavoratore» (L. MENGONI, *Commento alla "Critique du droit du travail" di Supiot*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, pag. 474 segg.); R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989, pag. 41: la

c.c., la *literal rule*. Non solo. In tal modo ci si chiude nell'impostazione cognitivista anacronistica criticata in apertura di questo scritto. Il giurista deve chiudere gli occhi dinnanzi alla realtà che lo circonda e murare le finestre della sua costruzione concettuale? *Fiat ius, pereat mundus?*

Dovunque nell'odierna società dei servizi – ecco, per tornare alle questioni metodologiche accennate nel § 1, un esempio eloquente di come il caso può interrogare la disposizione (art. 2104 c.c.) - è possibile verificare che il lavoratore (subordinato) quando esegue la prestazione lavorativa sempre più frequentemente, è a diretto contatto con il cliente o, per lo meno, con le sue esigenze, le quali si riverberano direttamente sulle caratteristiche del prodotto-servizio che esige accresciute capacità di *problem-solving* e di specializzazione. La progettazione termina solo con la produzione e, in questo nuovo contesto, anche il diritto del lavoro può, ad esempio, giocare nuovi e aggiuntivi ruoli, quale quello di "facilitatore d'innovazioni"⁹⁶. In sintesi: i lavoratori subordinati sono sempre di più «attori e non solo esecutori delle direttive e degli obiettivi dell'impresa»⁹⁷. Almeno così pare con sempre maggior evidenza.

Per interiorizzare queste novità è sufficiente che la dottrina inizi a prendere sul serio la forza esemplificatrice delle sentenze nelle quali, dopo la lunga attesa di Godot⁹⁸, iniziano a venire al pettine i nodi sociali di una nuova realtà produttiva che si definisce in modo un po' debole come post-qualcosa (il fordismo) favorendo sue definizioni che contengono pre-comprensioni giuridiche nel senso del lavoro autonomo e delle esternalizzazioni. Il post-fordismo non è la fine dell'organizzazione interna, anche se sono accresciute indubbiamente le possibilità di strutturarsi a rete, e l'imprenditore non si è trasformato in un semplice *general contractor*.

Ad onta del complesso groppo di decisioni, nelle quali, in ragione del loro troppo elevato numero, è sempre possibile trovare tutto e il contrario di tutto, sembra si stia precisando una nuova svolta favorita dello stesso d. lgs. n. 81 del 2015, questa volta, nella direzione di

prestazione «tende sempre più a colorarsi di autonomia»; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in *Lav. dir.*, 1997, pagg. 182 segg.

⁹⁶ Così il titolo di un interessante saggio di W. DAUBLER, *Erleichterung von Innovationen – eine Aufgabe des Arbeitsrechts?*, in *Betriebs-Berater*, 2004, pagg. 2521 segg.

⁹⁷ C. ASSANTI, *Il lavoro e le sue regole tra passato e prospettive*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, IV, 3, Milano, 1998, pag. 12.

⁹⁸ Per riprendere il titolo ironico sul *deficit* di aderenza alla realtà alla quale è esposta la dottrina, M. DE LUCA, in *Foro it.*, 1989, I, coll. 2909 segg.

“situare” la subordinazione all’interno del complessivo contesto “organizzativo” in cui opera il lavoratore⁹⁹. L’infruttuosa dialettica sulla quale ho posto l’accento all’inizio del terzo paragrafo potrebbe dissolversi a favore di un concetto funzionale di subordinazione che consenta di porre maggior attenzione al farsi dell’organizzazione, sia per quanto attiene ai profili d’efficienza che delle ripercussioni della stessa sull’«integrità fisica e morale dei lavoratori»¹⁰⁰.

Ma restiamo concentrati sul tema della subordinazione e ricorriamo ad un esempio che attiene direttamente all’utilizzo delle tecnologie informatiche e telematiche: una lavoratrice di un *call center* svolge la sua attività osservando un orario di lavoro fisso di quattro ore al giorno per cinque giorni alla settimana e riceve il corrispettivo con cadenza mensile. Orbene, la Cassazione censura l’operato del giudice di merito che aveva considerato tali circostanze come irrilevanti «perché non riproducono testualmente i noti caratteri della subordinazione quali la sottoposizione al potere gerarchico e disciplinare». Pur potendolo fare sulla base degli elementi disponibili, il giudice di merito non si era, inoltre, calato nella concretezza organizzativa nella quale si era svolta la prestazione lavorativa¹⁰¹. D’altronde, senza tale sforzo di applicazione funzionale della subordinazione, come ha osservato un giuslavorista-filosofo d’oltralpe, la categoria «contratto di lavoro subordinato» sarebbe già estinta¹⁰².

Se - come ipotizzo in questo scritto - inquadriamo il comma 1 dell’art. 2 del d. lgs. n. 81 del 2015 come una presunzione assoluta si dissolve, infine, il rischio che le tre eccezioni previste nel comma 2 dello stesso art. 2 ricadano nel cono d’ombra del principio dell’indisponibilità del tipo contrattuale affermato dalle note sentenze n. 121 del 1993 e n. 115 del 1994 della Corte costituzionale che è recentemente tornata sul punto con la suaccennata sentenza n. 76 del 2015. E’ opportuno a tal proposito specificare che non esiste un «tipo sociale – giuridicamente

⁹⁹ Condivisibile la critica di M. PERSIANI, *Osservazioni sulla dottrina giuslavoristica nel trentennio dopo la Costituzione*, cit., pag. 339 alla dottrina giuslavoristica che sottostima sistematicamente l’apporto giurisprudenziale.

¹⁰⁰ Cass. 8 maggio 2014 n. 9945 (rel. Roselli), in *Riv. Corte dei Conti*, 2014, pag. 510.

¹⁰¹ Cass. 8 gennaio 2015 n. 66 (est. Manna), in *Not. giur. lav.*, 2015, pag. 137; in tema anche Cass. 14 aprile 2008 n. 9812 (est. D’Agostino), in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, pag. 547

¹⁰² A. JEAMMAUD, *L’avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l’arrêt Labbane*, in *Droit social* 2001, pagg. 227 segg. il quale parla di forte riduzione della categoria. Lo scritto è di commento alla sentenza della Corte della cassazione del 19 dicembre 2000 che cassa una sentenza della Corte d’appello di Parigi la quale non aveva colto che, sotto l’apparenza di un contratto d’affitto di un «veicolo taxi», era dissimulata l’esistenza di un contratto di lavoro subordinato.

indisponibile – del lavoro obiettivamente subordinato»¹⁰³. Il diritto positivo prevede, invece, il parametro supremo dell'art. 3 Cost. che vincola il legislatore nel senso di impedirgli di tutelare in modo diverso tra loro rapporti di lavoro che sono, invece, *in base ai criteri prescelti dal legislatore stesso*, equivalenti tra loro.

La mancata adozione della presunzione assoluta in relazione alle ipotesi contemplate dal comma 2 si giustifica con il fatto che in quei settori non sussiste una situazione patologica di lavoro subordinato mascherato. E per questa stessa ragione il rinvio che la disposizione opera agli accordi collettivi deve essere inteso nel senso di includere anche quelli conclusi prima del 25 giugno 2015.

6. Recuperare il *facere* del lavoratore: subordinazione e non alienazione (con cenni all'oggetto del contratto di lavoro).

Come noto, il contratto di lavoro non ha ad oggetto l'alienazione del corpo (e/o della mente) del lavoratore ma un suo *facere*. Il lavoratore resta il soggetto delle sue azioni esecutive che sono il frutto di una sua auto-determinazione e, quindi in tal senso, esse sono rappresentabili come una forma di partecipazione attiva all'organizzazione, di *driving force* della stessa. Con tale moto positivo il lavoratore si "instrumentalizza" e coinvolge la propria persona fisica e psicofisica nell'adempimento della prestazione lavorativa. Tale premessa alimenta, tra l'altro e come suaccennato, le teorie che intravedono nel riconoscimento effettivo di diritti del lavoratore l'incentivo che più efficientemente genera un aumento della sua produttività.

Il vero problema è fissare gli opportuni limiti di chi prescrive i termini di tale coinvolgimento rendendolo, in tale limitato senso, *etero-determinato* di contro alla regola per cui il debitore auto-organizza la propria prestazione. Su tale fondamentale profilo, il diritto del lavoro ha innovato profondamente il diritto privato perché ha elevato il lavoratore concreto dotato di vitalità, nella sua esistenza empirica, a struttura (categoria) di valore che deve essere rispettata lungo tutto il corso del rapporto obbligatorio instaurato dal contratto¹⁰⁴. Ad esempio,

¹⁰³ Come ritiene, invece, M. DE LUCA, *Rapporto di lavoro subordinato: tra "indisponibilità del tipo contrattuale", problemi di qualificazione e nuove sfide della economia postindustriale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, pag. 398; non è, insomma, fondata l'interpretazione paralizzante di De Luca secondo la quale un rapporto di lavoro «obiettivamente subordinato» che funge da «parametro per la definizione legislativa del tipo contrattuale».

¹⁰⁴ H. SINZHEIMER, *Das Problem des Menschen im Recht*, Groningen, 1933.

nell'esistenza concreta di ciascun individuo possono emergere stati fisici o psichici così come circostanze relazionali dei quali occorre tener conto nel valutare l'*an* e il *quomodo* dell'esigibilità della prestazione lavorativa¹⁰⁵. Tuttavia, tutto ciò avviene all'interno della logica del temperamento (v. *retro* § 2) giacché è in gioco almeno anche un altro diritto fondamentale e ciò inibisce le impostazioni unilaterali (v. sempre *retro* § 2), secondo cui «nel nostro ordinamento la persona del lavoratore e la sua tutela» sono estranei all'art. 41, comma 2 Cost.¹⁰⁶. Una soluzione siffatta equivarrebbe a negare la possibilità stessa del contratto di lavoro quale negozio concluso tra soggetti dotati di pari dignità. Il criterio di temperamento, contemplato da questa fondamentale disposizione costituzionale, va, invece, inteso quale recepimento della nota massima kantiana secondo cui la persona deve essere sempre considerata un fine e mai *solo*¹⁰⁷ come un mezzo. Tutto ciò che va oltre tale *starting point*, deve essere oggetto dell'argomentazione dell'interprete (v. *retro* § 1).

Ma c'è di più. Si prenda finalmente atto che la – nel senso suaccennato – partecipazione del lavoratore può avere per lui anche il risvolto positivo di contribuire al suo ininterrotto processo identitario. E' opportuno a tal proposito chiarire che, lasciando il d. lgs. n. 81 inalterato l'*incipit* dell'art. 2103 c.c. («Il lavoratore deve essere adibito») resta configurabile un vero e proprio obbligo (e non semplice onere) di mettere a disposizione del lavoratore l'organizzazione entro cui svolge la sua attività lavorativa che si dispiega poi con un *mix* di prestazioni autonome ed etero-determinate.

D'altronde, perché mai un essere umano che si guadagna da vivere con il lavoro dipendente dovrebbe essere giuridicamente degradato

¹⁰⁵ In modo meno timoroso ma con maggior precisione sistematica (esigibilità) si può dunque sostenere la tesi di A. ALLAMPRESE, *Tempo della prestazione e poteri del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, pag. 351; il limite è quello degli eventi tipizzabili e cioè riconoscibili inter-soggettivamente.

¹⁰⁶ G. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia privata individuale e collettiva e norme inderogabili*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, pag. 65.

¹⁰⁷ G. PRAUSS, *Moral und Recht im Staat nach Kant und Hegel*, Freiberg i. Br., 2008 chiarisce che per il filosofo di Königsberg i due modi di trattare l'umanità non si escludono a vicenda. Ciò non significa che il potere sia «in sé buono» (C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, cit., pag. 33 che considera, invece, «la volontà di potere è cattiva») perché esso deve sempre soggiacere ai limiti imposti dalla relazione inter-personale. D'altronde lo stesso S. ammette che la «vera difficoltà», partendo dal suo (errato) presupposto, è capire chi decide che cosa è bene e che cosa è male (pagg. 37-38). Il giurista "non schmittiano" risponderebbe agevolmente che deve trattarsi di un soggetto terzo.

a mera forza lavoro¹⁰⁸? Per quale ragione in questo tratto della sua vita gli dovrebbe essere impedito a priori, e cioè per il modo in cui viene "imprigionato" nella categorie giuridiche, di aspirare a realizzare i suoi talenti? Nulla di più pernicioso e di contrario all'intelligenza umana. Niente di più "capitalistico" nel significato deteriore del termine e cioè del dominio della logica dei costi/benefici patrimoniali.

Il punto di diritto positivo più rilevante consiste nel riconoscimento che l'eliminazione, nel testo del nuovo art. 2103 c.c., del criterio limitativo dell'equivalenza non incide sulla perdurante validità della re-concettualizzazione dell'oggetto del contratto operata da Mario Napoli che fece, d'altronde, leva sul 2° comma dell'art. 1176 c.c. e sul 1° comma dell'art. 2104 c.c.¹⁰⁹ oltre che sul richiamo, da parte dell'art. 2094 c.c., della "collaborazione". Identificare l'oggetto stesso con la prestazione conforme alla professionalità promessa nel contratto stesso¹¹⁰, presenta il vantaggio d'esprimere con un unico termine sia l'attività tecnica che la capacità di svolgerla interagendo con altri lavoratori. E tale spostamento d'accento nella direzione della professionalità può anzi dirsi ora rafforzato dal riconoscimento, da parte del d. lgs. n. 81 del 2015, dell'obbligo, da parte del datore di lavoro, di formare il lavoratore in caso di mutamento – sia orizzontale che *in peius* – delle sue mansioni (art. 3, comma 3). Una novità della quale si dovrà in futuro necessariamente tener conto anche nel focalizzare la nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento sul quale non ha influito, invece, il d. lgs. n. 53 del 2015.

Tale conclusione convive ora con il fatto che il comma 2 del nuovo art. 2103 c.c. attribuisce al datore di lavoro la possibilità di assegnare il lavoratore in via definitiva¹¹¹ «a mansioni appartenenti al livello d'inquadramento inferiore» ma solo in presenza di una «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incida sulla posizione del lavoratore». Viene sostanzialmente recepita, nell'ambito della disciplina specifica delle

¹⁰⁸ M. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, cit., pag. 35.

¹⁰⁹ M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in Id., *Questioni di diritto del lavoro (1992 – 1996)*, Torino, 1996, pagg. 47 segg.

¹¹⁰ Superando l'accezione solo negativa della subordinazione che torna, invece, in una parte della dottrina francese: A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, 2007; M. FABRE-MAGNAN, *Le contrat de travail define par son objet*, in A. SUPIOT (dir.), *Le travail en perspectives*, Paris, 1998, pag. 119; e da noi in M.V. BALLESTRERO, *Le "energie da lavoro" tra soggetto e oggetto*, WP "Massimo D'Antona", 99/2010 e V. BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Bari, 2008, spec. pagg. 168 segg.

¹¹¹ Lo spostamento in via provvisoria può essere giustificata in casi particolari dall'art. 1227 c.c.

mansioni, la logica che in altri ordinamenti ispira il riconoscimento del recesso parziale¹¹² o modificativo, troppo frettolosamente scartata negli anni sessanta. Proprio la vita che scorre, che ho invocato in apertura dello scritto, ci dirà, infine, se anche da noi questo strumento di adeguamento del contenuto contrattuale, che altrove è stato efficacemente definito come un «licenziamento più»¹¹³, si rivelerà o no un'arma spuntata.

7. II processo circolare d'interpretazione/qualificazione del contratto di lavoro. Andare oltre Barassi.

A differenza del filosofo "continentale", il giurista non è alla ricerca di profili che attengono «alle essenze immanenti»¹¹⁴ delle realtà regolate. Il suo compito è quello d'individuare la porzione di vita sociale (fattispecie) alla quale deve imputare gli effetti previsti dall'ordinamento. Non esistono disposizioni giuridiche che si riferiscono alla realtà se non in senso strumentale e cioè al fine di regolarla.

Ora, la novità, pur sempre concettuale, insita nell'invocare la riconduzione al tipo «al posto della vecchia ed inidonea sussunzione al concetto si dimostra illusoria ed inconsistente»¹¹⁵, se la riconduzione stessa non viene riferita al piano dell'argomentazione della motivazione del giudizio sottostante alla decisione qualificatoria. E tale direttiva va vista anche dall'angolatura dell'esigenza del controllo dell'operato del giudice.

Riportata entro tale perimetro, l'esortazione¹¹⁶ ad argomentare le regole decisionali seguendo il metodo tipologico funzionale¹¹⁷ equivale,

¹¹² F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, II, Milano, 1965, pag. 164. E' la logica che ispira Cass. 22 maggio 2015 n. 11395 (est. De Renzis), commentata da S. MAGRINI, in *Arg. dir. lav.*, 2015, pagg. 143 segg., pronuncia la quale ha anticipato la nuova disposizione legislativa.

¹¹³ Poiché devono essere sussistenti, oltre all'adibizione alle nuove mansioni, tutti i requisiti del licenziamento per ragioni oggettive al quale aggiunge poi: W. HROMADKA, *Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarungen in Moderne Arbeitswelt*, Festschrift für Rolf Wank, München, 2014, pag. 190.

¹¹⁴ B. GRASSO, *Recensione a Giorgio De Nova, Il tipo contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, pag. 1610. Per il filosofo continentale «la definizione è il discorso che dichiara l'essenza» (ARISTOTELE, *Metafisica*, 1031a).

¹¹⁵ B. GRASSO, *Recensione a Giorgio De Nova*, cit., pag. 1610.

¹¹⁶ L. NOGLER, *Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, pagg. 109 segg.

¹¹⁷ Accolto «senza esitazione» (A. NICOLUSSI, *Mengoni, Luigi*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (dir. da), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX Secolo)*,

anzitutto, a prendere atto dell'insostenibilità, oltre che dell'infruttuosità, di postulare una presunta incomunicabilità tra caso e schema giuridico (v. *retro* § 1). In realtà, nell'individuazione di quella che viene presentata come la cosiddetta «premessa maggiore», il caso rileva per individuare le cosiddette «varianti di senso» della funzione del tipo. Se la fissazione di tali varianti viene governata, non dalla logica dell'identità, ma da quella dell'equivalenza, benché il tipo sia regolato da disposizione inderogabili, si rispetta, tra l'altro, più intensamente, l'autonomia delle parti¹¹⁸ che, all'interno del perimetro tracciato dalla tipicità prescritta dal legislatore, è libera anche di strutturare il substrato organizzativo della prestazione lavorativa in consonanza alle esigenze del mondo produttivo che come abbiamo visto in precedenza sono ormai profondamente mutate. La subordinazione va sentita e vissuta in riferimento ai problemi ed alle possibilità, anche tecnologiche, del tempo presente. Resta azzeccata la metafora dell'elefante di Lord Wedderburn: la subordinazione è difficile da definire ma facile da riconoscere quando la vedi¹¹⁹.

Il giudice deve calarsi nel singolo contesto organizzativo anche perché quello di lavoro subordinato è un tipo contrattuale, oltre che nominato, – come spiegò D'Antona sul primo numero di ADL – imposto¹²⁰.

Fintantoché le prescrizioni legislative di diritto del lavoro saranno in massima parte inderogabili, il processo circolare di interpretazione-qualificazione¹²¹ dovrà essere incentrato sulla causa tipica imposta

Bologna, 2013, pag. 1326) dallo stesso Mengoni e da molti altri autori (rimando a L. NOGLER, *Contratto di lavoro e organizzazione al tempo del post-fordismo*, cit., pag. 898 nt. 63; v. da ultimo anche O. RAZZOLINI, *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, cit., pag. 996).

¹¹⁸ L'argomento risale a A. SÖLLNER, »From status to contract« *Wandlungen in der Sinndeutung des Arbeitsrechts*, in *Festschrift für Wolfgang Zöllner*, II, Köln, 1998, pag. 958. Contrario a soluzioni funzionali si professa R. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2012, p. 464 in uno scritto di battaglia e, forse proprio per questo, di minor spessore teorico.

¹¹⁹ Lord Wedderburn, *The Worker and the Law*, London, 1986, pag. 116.

¹²⁰ M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 1, pag. 79 segg. ma la fortunata espressione "tipo imposto" risale a E. GHERA, *La subordinazione tra tradizione e nuove proposte*, in *Giorn. Dir. lav. rel. ind.*, 1988, pag. 632). D'Antona prendeva peraltro le mosse dall'erronea premessa che fosse possibile distinguere tra loro, anche in relazione ai contratti di lavoro subordinato, l'"interpretazione" dalla "qualificazione" del contratto.

¹²¹ Corte cost. 7 maggio 2015, n. 76 (rel. Sciarra) non a caso usa come sinonimi i termini "interpretazione" e "qualificazione" e ritiene che quest'ultima sia regolata dall'art. 1362, comma 2, c.c.

dall'ordinamento positivo¹²². Nella fase della qualificazione deve essere, infatti, interiorizzata una funzione, oltre che di accertamento, di controllo del comportamento delle parti. La fattispecie di riferimento fondamentale della disciplina giuslavoristica¹²³ deve perciò essere prescritta con un termine elastico quale la «dipendenza» o la «subordinazione». Poggiare il giudizio qualificatorio su elementi analiticamente indicati a priori, quali la cd. etero-direzione, per così dire, *ad personam* del lavoratore potrebbe avere come conseguenza quella privare di tutela situazioni rese equivalenti dal progresso tecnologico o della stessa teoria dell'organizzazione che non deve necessariamente essere di tipo gerarchico.

È comunque – ripeto - sulla causa tipica che il giudice deve incentrare la motivazione della sua decisione “qualificatoria”. E deve farlo in modo convincente perché nelle società contemporanee, come detto nel paragrafo iniziale di questo scritto, non è più sufficiente invocare la *sententia animi* o affidarsi al fatto che la coscienza del giudice inclini la sua ragione: il modo in cui ha luogo la focalizzazione della regola adeguata al caso deve in uno stato di diritto essere argomentato e cioè motivato in modo inter-soggettivamente convincente.

Infine, chi non ama quest'ultimo tipo di spiegazioni, diciamo così, metodologiche e preferisce invocare i grandi protagonisti della nostra storia del pensiero giuslavoristico dovrebbe, però, prendere atto che è giunto il momento di andare finalmente oltre il “rieccolo” di tale storia: alludo al Barassi dei due tomi del 1915-17. E' sorprendente il fatto che il modo in cui tale opera configura la fattispecie fondamentale del diritto del lavoro sia tornato nuovamente in auge proprio in coincidenza dell'avvento della società dei servizi. Da allora il nostro discorso giuslavoristico da europeo che era si è fatto vieppiù municipale restringendo il concetto di subordinazione e sposando teorie, quali quella del lavoro *sans phrase*, che non a caso sono rimaste prive di eco fuori dai nostri confini.

Vero è che la santificazione della tradizione ne inaridisce la ricchezza di contraddizioni che vanno «invece scandagliate» perché anche per il ragionamento sistematico esse nascondono «la possibilità del

¹²² E per questo nel diritto del lavoro non si può affermare che «l'interpretazione si traduce quindi in un'operazione circolare nella quale le dichiarazioni e il comportamento delle parti concorrono ad individuare la causa del contratto e questa, a sua volta, concorre a chiarirne il significato» (M. C. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984, pagg. 404-405).

¹²³ Proprio per questo – ma v. anche Corte di giustizia 4 dicembre 2014, C-413/13, punti 31-37 - è superfluo chiamare in causa gli istituti della simulazione, non a caso inesistente in giurisprudenza, o della frode alla legge, alla quale ricorre impropriamente Cass. 23 aprile 2014 n. 9196, cit..

nuovo»¹²⁴. E' un'indicazione preziosa che ho tentato di mettere a frutto in questo scritto che ha "rovistato" nei primi venti tomi di ADL nei quali non fanno difetto gli antecedenti che possono consentirci di tenere il passo con le sfide regolative del tempo presente. Tempo in cui l'autorità del punto di vista giuslavoristico è direttamente proporzionale alla sua capacità di aprirsi al nuovo dei contesti produttivi¹²⁵.

¹²⁴ G. PRETI, *Praxis e empirismo*, cit., pag. 191.

¹²⁵ *Impresa e lavoro condividono, inoltre, sempre di più il senso di precarietà. Fin dal 2007 A. ACCORNERO, La precarietà del lavoro: argini, alternative, rimedi in A. PERULLI (a cura di), Le riforme del lavoro. Dalla legge finanziaria 2007 al fardello del welfare*, Matelica, 2007, pag. 37 segnalava che "non supera l'anno oltre il 40% dei contratti a tempo indeterminato".