

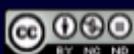


La modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 318/2017

© Roberto Voza 2017
Università degli Studi di Bari
r.voza@libero.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 modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo^α

Roberto Voza
Università di Bari

1. Le collaborazioni al bivio tra subordinazione e autonomia.	2
2. La riforma dell'art. 409, n. 3, c.p.c.: il requisito dell'autonomia organizzativa.	5
3. <i>Segue</i> : la definizione consensuale delle modalità di coordinamento.	9
4. L'incerta sorte dei contratti di collaborazione nella pubblica amministrazione.	11
Riferimenti bibliografici	16

^α Il contributo sarà pubblicato in *Tutela del lavoro autonomo e lavoro agile*, a cura di D. Garofalo, Giappichelli, Torino, 2017.

1. Le collaborazioni al bivio tra subordinazione e autonomia.

Da ormai trenta anni la fuga dal lavoro subordinato è un tema classico nel dibattito sulla evoluzione del diritto del lavoro. Non di rado, essa viene agitata come uno spauracchio, utile a suscitare un ripensamento del tradizionale assetto della nostra materia, con particolare riferimento ai confini della sua fattispecie fondamentale, il contratto di lavoro subordinato.

Non poteva bastare ad impedire tale fuga l'estensione di una parte (per la verità, molto contenuta) dello stesso diritto del lavoro in favore di alcune categorie di lavoratori non subordinati, contemplate dall'art. 409, n. 3, c.p.c., come novellato dalla l. 11 agosto 1973, n. 533: si pensi, ad esempio, al regime di invalidità delle rinunzie e transazioni ex art. 2113 c.c.

Neppure la successiva estensione della tutela previdenziale obbligatoria ai "titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa" (art. 2, c. 26, l. 8 agosto 1995, n. 335) e la progressiva elevazione della relativa aliquota contributiva, destinata a concludersi – per il momento – nel 2018 (art. 2, c. 57, l. 28 giugno 2012, n. 92), determina una parificazione del costo complessivo: per i committenti viene ridotto, ma non eliminato, il margine di vantaggio 'competitivo' rispetto ai datori di lavoro subordinato.

Dopo aver giocato la partita sul versante delle tutele senza grandi risultati, ad un certo punto il legislatore ha provato ad agire sul versante della fattispecie, rendendo il contratto a progetto lo «schema negoziale *tendenzialmente* esclusivo»¹ a disposizione dei committenti interessati a fare ricorso ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276).

Nella legge Fornero l'azione di contrasto all'abuso nel ricorso al lavoro parasubordinato si è mossa, poi, sia attraverso la specificazione ed il restringimento della nozione di progetto sia attraverso l'introduzione di criteri di commisurazione del compenso ispirati alla logica della giusta retribuzione, almeno sul fronte della proporzionalità alla quantità e qualità del lavoro eseguito.

Con l'avvento del *Jobs Act* l'approccio legislativo alla materia del lavoro non subordinato cambia verso (per riprendere un noto slogan di Matteo Renzi) o, quantomeno, assume un'altra piega, prendendo atto del «fallimento» della strategia sin qui adottata².

¹ Pinto, 2013a, 199.

² Nogler, 2015, 16.

Infatti, nelle maglie di un criterio direttivo complessivamente vago e incerto e, addirittura, pressoché muto in materia di collaborazioni coordinate e continuative³, se si esclude un'allusione ad un loro ipotetico "superamento", operata in occasione del duplice riferimento alla universalizzazione del campo di applicazione dell'ASpI e alla introduzione *ex lege* di un compenso orario minimo⁴, il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 pone le collaborazioni autonome di fronte ad un bivio: la prima strada conduce alcune di esse alla corte della subordinazione (art. 2. c. 1), la seconda riporta tutte le altre al punto di partenza rappresentato dall'art. 409 c.p.c., fatto "salvo" dall'art. 52, c. 2, dello stesso decreto. *Tertium non datur*: in mezzo non c'è più la via del contratto a progetto, del quale viene sancito (e non solo promesso) il «superamento», attraverso l'abrogazione degli articoli da 61 a 69-*bis*, d.lgs. n. 276/2003 (disposta dall'art. 52, c. 1, d.lgs. n. 276/2003).

Come è stato osservato, «la classica diade oppositiva autonomia/subordinazione viene in tal modo riscoperta e addirittura accentuata, una logica polarizzante nella quale – in conseguenza dell'abrogazione della disciplina del lavoro a progetto – non si danno [...] graduazioni intermedie di tutela»⁵.

Il legislatore sottopone alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato non tutti i rapporti di collaborazione, ma solo quelli che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

Le cosiddette collaborazioni etero-organizzate, pur arricchendo il lessico della nostra materia, sembrano configurare soltanto una *species* del *genus* del lavoro autonomo, senza alcun impatto sulla tradizionale nozione di lavoro subordinato. Nel già corposo dibattito sulla nuova norma l'argomento decisivo per escludere che l'etero-organizzazione del lavoro (letta congiuntamente con la personalità dell'apporto lavorativo e la continuità della prestazione) sia un nuovo indicatore legale della natura subordinata del rapporto di lavoro è quello che fa leva sulla presenza di collaborazioni sottratte alla disciplina del lavoro subordinato, benché organizzate del committente. Non si spiegherebbe, infatti, come

³ Infatti, secondo la legge delega il Governo è chiamato a «individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali» (art. 1, c. 7, lett. a), l. 10 dicembre 2014, n. 183).

⁴ Cfr. art. 1, rispettivamente, c. 2, lett. b), n. 3 e c. 7, lett. g), l. n. 183/2014.

⁵ Giubboni, 2016, 245. Secondo Nogler, 2015, 19, il d.lgs. n. 81/2015 segna la «sconfitta, probabilmente definitiva, della tesi del *tertium genus*».

l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato possa essere disattivata dalla contrattazione collettiva ex art. 2, c. 2, lett. a), d.lgs. n. 81/2015 e sia direttamente esclusa *ex lege* nelle ipotesi contemplate dalle lettere successive del medesimo comma, senza con ciò violare il noto principio di indisponibilità del tipo⁶.

Dunque, pur non varcando i confini della fattispecie ex art. 2094 c.c., le nuove collaborazioni accedono agli effetti ad essa collegati, con gli innumerevoli problemi interpretativi che tale riconduzione determina. Infatti, il mero richiamo alla «disciplina del rapporto di lavoro subordinato» fa ipotizzare – sul piano letterale – una estensione *tout court* di tale disciplina, «disposta in modo universalistico e non selettivo»⁷, e – anzi – neppure circoscritta al solo regime favorevole al lavoratore, anche in considerazione della circostanza che «il nuovo legislatore non ha ritenuto di specificare che la disciplina del lavoro subordinato si applica a tali rapporti in quanto compatibile, come per esempio ha previsto l'art. 2239 c.c.»⁸.

Come è evidente, tuttavia, vi sono profili del diritto del rapporto di lavoro subordinato logicamente non esportabili oltre la frontiera dell'art. 2094 c.c.: basti pensare – sul piano delle posizioni giuridiche passive del prestatore – alla sottoposizione allo *ius variandi* e al potere disciplinare (entrambi inammissibili in assenza del vincolo di subordinazione)⁹.

Sul versante delle tutele previdenziali, poi, l'approdo dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa al regime dei lavoratori dipendenti – da alcuni negato in radice¹⁰ – pone non pochi problemi di *ambientamento* soprattutto in riferimento alle conseguenze legate alla questione pensionistica. Resta vero – però – che se «la valutazione del legislatore è quella di meritevolezza sociale del collaboratore etero-organizzato in ragione del suo stato di dipendenza» (e per tale motivo il legislatore accorda in suo favore l'estensione della normativa giuslavoristica propria dei lavoratori subordinati), «non si vede perché tale giudizio di meritevolezza debba venir meno quanto a tutela previdenziale, laddove proprio le condizioni di necessitato non lavoro e di assenza di reddito meriterebbero una identica (se non maggiore) copertura data l'urgenza e

⁶ Perulli, 2016, 25, nonché Carabelli, 2016, 19; Tosi, 2015, 1128; Filí, 2015, 1098; Giubboni, 2016, 247. Per differenti ricostruzioni, v. Razzolini, 2015; Greco, 2016; Santoro-Passarelli, 2016; Mazzotta, 2016.

⁷ Perulli, 2015a, 273.

⁸ Santoro-Passarelli, 2016, 95.

⁹ Sul punto, v. Persiani, 2015, 1264; Carabelli, 2016, 8; Ferraresi, 2016, 302; Ciucciuvino, 2016, 338.

¹⁰ Filí, 2015, 1096; Ciucciuvino, 2016, 341.

la gravidanza del bisogno da tutelare»¹¹. Peraltro, ad una estensione 'universalistica' delle tutele del lavoro subordinato accede pure il Ministero del lavoro nella circolare n. 3/2016, secondo la quale «la formulazione utilizzata dal Legislatore, di per sé generica, lascia intendere l'applicazione di qualsivoglia istituto, legale o contrattuale (ad. es. trattamento retributivo, orario di lavoro, inquadramento previdenziale, tutele avverso i licenziamenti illegittimi ecc.), normalmente applicabile in forza di un rapporto di lavoro subordinato».

Pertanto, lo scenario più probabile è quello che vedrà i committenti impegnatissimi ad escludere qualsiasi traccia di etero-organizzazione all'interno dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa, al fine di evitare di cadere in una simile rete.

Inoltre, permane la tentazione, già innescatasi per effetto dell'introduzione del contratto a progetto, di «abusare del contratto d'opera per dissimulare sotto la forma di incarichi di lavoro autonomo "puro", oltre che veri e propri rapporti di lavoro subordinato, anche collaborazioni coordinate e continuative genuine»¹².

Infatti, la soppressione del regime delle presunzioni posto dall'art. 69-bis, c. 1, d.lgs. n. 276/2003 (operata dall'art. 52, c. 1, d.lgs. n. 81/2015) sottrae all'interprete la possibilità di avvalersi degli indicatori oggettivi ivi indicati: la durata complessiva della collaborazione, la sostanziale monocommittenza, la presenza di una postazione fissa del collaboratore presso una delle sedi del committente. Pur considerando le perplessità che essi suscitavano, soprattutto se incrociati con le circostanze che, ai sensi del c. 2 del medesimo art. 69-bis, rendevano inoperante la presunzione in discorso, detti indicatori avevano comunque il merito di semplificare la distinzione tra contratto d'opera e collaborazione coordinata e continuativa. Semmai, il vero problema era legato all'effetto potenziale indotto da tale regime, il quale apriva le porte all'eventualità di una doppia riqualficazione: qualora l'incarico di lavoro autonomo, considerabile come collaborazione coordinata e continuativa, non avesse l'ulteriore requisito del progetto, saltava direttamente nella 'brace' della subordinazione.

2. La riforma dell'art. 409, n. 3, c.p.c.: il requisito dell'autonomia organizzativa.

Il movimento delle riforme non si è arrestato neppure dopo l'approvazione del cosiddetto Codice dei contratti di lavoro (ossia il d.lgs. n. 81/2015), che ha spostato sulle collaborazioni organizzate dal

¹¹ Andreoni, 2015, 740. Sull'applicabilità alle collaborazioni etero-organizzate della disciplina previdenziale del lavoro subordinato, v., pure, Sgroi, 2016, 104.

¹² Pinto, 2013a, 211.

committente la «storica funzione espansiva» fino ad allora assegnata all'art. 409, n. 3, c.p.c.¹³

Infatti, si è subito aperto il cantiere di una regolamentazione del lavoro autonomo non imprenditoriale (d.d.l. A.S. n. 2233), nel quale ci si preoccupa sia di ridurre il differenziale di tutele fra lavoro subordinato e lavoro autonomo, impennatosi a seguito dell'abrogazione delle norme sul lavoro a progetto, sia di contribuire all'*actio finium regundorum* tra collaborazioni coordinate e continuative *pure* e collaborazioni etero-organizzate, resasi indispensabile alla luce dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, posto che «da tale necessario distinguo derivano effetti decisivi in punto di disciplina applicabile»¹⁴.

Il primo profilo – quello delle tutele riconosciute ai lavoratori autonomi – non è oggetto del presente contributo.

Piuttosto, in una disamina dedicata alla sola nozione di collaborazione coordinata e continuativa occorre interrogarsi sul significato dell'inciso aggiunto dall'art. 12 del d.d.l. al testo dell'art. 409, n. 3, c.p.c., vale a dire la previsione secondo cui «la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa».

In tal modo, la collaborazione coordinata e continuativa si carica esplicitamente di un requisito costitutivo quale quello dell'autonomia organizzativa, finora solo deduttivamente ricavabile dalla previsione dell'assenza del vincolo di subordinazione inserita nella disposizione del codice di rito.

In verità, con riferimento al contratto a progetto vi era un precedente legislativo in tal senso, sia pure 'nascosto' nella disposizione dedicata alla *forma* di tale contratto: l'art. 62, lett. d), d.lgs. n. 276/2003 indicava tra gli elementi del contratto a progetto le "forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente sulla esecuzione, anche temporale, della prestazione lavorativa, che in ogni caso non possono essere tali da pregiudicarne l'autonomia nella esecuzione della prestazione lavorativa".

Oggi, anche per le collaborazioni coordinate e continuative risulta confermata la compatibilità tra l'autonomia organizzativa e il coordinamento, nel senso che l'attività lavorativa può essere organizzata autonomamente dal prestatore, *benché* sia coordinata dal committente.

Pertanto, la nozione di coordinamento (non a caso assente nel testo dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015¹⁵) deve 'imparare' a distinguersi anche dal

¹³ Perulli, 2016, 34.

¹⁴ Perulli, 2015b, 30.

¹⁵ Come molti Autori hanno prontamente osservato: v. Nuzzo, 2015, 7; Tria, 2016, 58; Ciucciuvino, 2016, 332.

potere di organizzare (e non solo da quello di dirigere) il lavoro altrui. Sinteticamente, incrociando l'art. 2094 c.c. con il nuovo testo dell'art. 409, n. 3, c.p.c. e con l'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 si può dedurre che: a) la definizione di lavoro subordinato prevede che l'attività lavorativa sia diretta dal datore di lavoro, mentre la definizione di collaborazione coordinata e continuativa prevede che l'attività lavorativa sia solo coordinata dal committente; b) nel rapporto di collaborazione ex art. 409, n. 3, c.p.c. il collaboratore organizza autonomamente la propria attività, mentre le prestazioni del collaboratore ex art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 si svolgono secondo modalità di esecuzione «organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

Molto è stato già detto sulla distinzione tra il lavoro coordinato e il lavoro organizzato, oggi essenziale ai fini della individuazione della disciplina applicabile: mi pare corretto provare a rintracciarla «nella diversa presenza e nel diverso atteggiarsi, nella struttura del rapporto obbligatorio, della dimensione del *potere giuridico*»¹⁶.

In questo senso, si può individuare nell'intensità dei rispettivi poteri, intesa – però – sul piano qualitativo e non quantitativo, il vero elemento di fattispecie in grado di distinguere le due figure negoziali, nel senso che «il lavoratore coordinato è un lavoratore munito di una micro-organizzazione di risorse, soggetto ad un potere altrui funzionale a garantire l'utilità della sua prestazione nell'incontro dinamico tra due organizzazioni» (quella 'macro' del committente e quella 'micro' del prestatore), mentre «il lavoratore organizzato è sprovvisto di risorse proprie e promette l'adempimento sotto un potere funzionale all'innesto utile della sua attività in una organizzazione che gli è e gli resterà estranea»¹⁷.

In altri termini, se si vuole rafforzare «il debole significato definitorio del coordinamento»¹⁸ e differenziare tale nozione da quella di etero-organizzazione (come impone l'inequivocabile disposto normativo), si deve – a maggior ragione – allontanarla completamente da quella di etero-direzione, collocandola con decisione nel territorio dell'autonomia, dell'auto-organizzazione e nella conseguente assunzione di rischio in proprio da parte del prestatore. Insomma, la nozione di coordinamento deve essere fermamente ricondotta nel regno dei contratti d'opera, ovvero quelli con cui «una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente» (art. 2222 c.c.).

¹⁶ Perulli, 2015b, 42.

¹⁷ Occhino, 2016, 236-237.

¹⁸ Treu, 2015, 172.

In questo ambito, l'ordinamento prevede che il prestatore sia obbligato a procedere all'esecuzione dell'opera «secondo le condizioni stabilite dal contratto», alle quali «deve conformarsi» (art. 2224, c. 1, c.c.).

Tale obbligo di conformazione, a differenza di quello derivante dall'art. 2094 c.c., assume «il significato di una definizione bilaterale del *facere* in vista del risultato secondo uno schema programmaticamente stabilito dalle parti già al momento della stipulazione del contratto»¹⁹. Il coordinamento esprime solo una forma più intensa e qualificata del vincolo cooperativo e collaborativo generalmente sussistente tra i contraenti secondo le regole comuni: esso costituisce «un veicolo per internalizzare nella struttura del contratto (*rectius*, nel suo contenuto) le condizioni programmatiche secondo le quali la prestazione soddisfa l'interesse complessivo e globale del committente»²⁰.

Complessivamente, ne deriva una delimitazione, ma – contemporaneamente – un pieno rilancio delle collaborazioni *ex art.* 409, n. 3, c.p.c., che si vanno a collocare su un canale parallelo rispetto alle collaborazioni etero-organizzate: entrambe costituiscono *species* di un genere unico, per quanto molto frastagliato, ossia il lavoro autonomo, ma si contraddistinguono – all'interno della generica categoria dei contratti d'opera – per aggiunta di un elemento ulteriore, posto che, in entrambe le fattispecie, «l'oggetto è una *prestazione* durevole e ripetuta nel tempo del collaboratore a favore del committente»²¹.

Mentre l'autonomia organizzativa del collaboratore – nella fattispecie di cui all'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 – risulta fortemente compressa dal potere di organizzazione in capo al committente, nella fattispecie di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. essa non risulta scalfita dal requisito del coordinamento, il quale si limita ad orientare l'esecuzione della prestazione alle condizioni definite nel programma negoziale in vista del soddisfacimento dell'interesse creditorio.

Mi pare certo che tra le due fattispecie non si instauri un rapporto di continenza, nel senso che le collaborazioni etero-organizzate non possono considerarsi una sottospecie delle collaborazioni *ex art.* 409, n. 3, c.p.c., nonostante l'assonanza lessicale tra le due figure. Non a caso, l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 non richiama la norma del codice di rito, che già ora – ma a maggior ragione ove fosse riformulata come voluto dal provvedimento *in itinere* – appare del tutto incompatibile con il requisito

¹⁹ Perulli, 2016, 34, il quale menziona, oltre all'art. 2222, anche gli artt. 1662, c. 2, 1685, c. 1, 1771, c. 1, 1739, c. 1, c.c. Per un tentativo di distinguere tra il «coordinamento come attività consensuale» ed il potere del creditore della prestazione d'opera di verificare che l'esecuzione avvenga secondo le condizioni stabilite dal contratto, v. Razzolini, 2015, 20.

²⁰ Perulli, 2016, 33.

²¹ Ciucciovino, 2016, 331.

della etero-organizzazione, di cui l'autonomia organizzativa rappresenta l'esatto contrario.

In definitiva, non si può affermare, soprattutto alla luce della imminente modifica del testo della norma, che «tutti i lavori eteroorganizzati» sono «ric conducibili alla fattispecie di cui all'art. 409 c.p.c.»²², per la evidente ragione che il nuovo testo non si limita ad escludere il «carattere subordinato» della prestazione, ma prescrive il requisito dell'autonomia organizzativa, il quale risulta – come detto – antitetico a quello della etero-organizzazione.

All'esito del moto tellurico delle riforme, esauritasi l'ultima, imminente, scossa di assestamento rappresentata dalla riformulazione dell'art. 409, n. 3, c.p.c., il procedimento di qualificazione del rapporto di lavoro apparirà poggiato su quattro, differenti, nozioni: l'autonomia 'pura' ex art. 2222 c.c., la coordinazione secondo il novellando art. 409, n. 3, c.p.c., l'etero-organizzazione ex art. 2, d.lgs. n. 81/2015 e la subordinazione ex art. 2094 c.c.²³

3. Segue: la definizione consensuale delle modalità di coordinamento.

L'art. 12 del d.d.l. completa la messa a punto della nozione di collaborazione coordinata e continuativa, prescrivendo il «rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti».

Se il requisito dell'autonomia organizzativa può considerarsi in continuità con gli orientamenti interpretativi sinora emersi in materia di collaborazioni coordinate e continuative, il *quid novi* di tale nozione – o, se si preferisce, la legificazione di un orientamento interpretativo già emerso in dottrina²⁴ – sembra essere costituito dalla necessità, ai fini della sussistenza della fattispecie, che il collaboratore e il committente definiscano consensualmente le modalità con cui si esplica il coordinamento della prestazione lavorativa.

Tale previsione pare consacrare l'impostazione tracciata *supra*, § 2, che vede nel carattere necessariamente bilaterale del coordinamento il fondamentale elemento identificativo della collaborazione ex art. 409, n. 3, c.p.c.

²² Pallini, 2016, 67. Anche secondo Stolfa, 2015, 406, le collaborazioni organizzate dal committente ex art. 2, d.lgs. n. 81/2015 si collocano «all'interno del tradizionale contratto di collaborazione parasubordinata, così come diviso dall'art. 409, n. 3, c.p.c.».

²³ Teorizza tale quadripartizione Vidiri, 2015, 1231.

²⁴ Come fa notare Giubboni, 2016, 249. Sulla progressiva erosione dell'opinione dottrinale volta a distinguere in termini meramente quantitativi (e non qualitativi) il potere di coordinamento spettante al committente ex art. 409, n. 3, c.p.c. dal potere direttivo del datore di lavoro ex art. 2094 c.c., v. Martelloni, 2012, 161 ss.

In altri termini, la norma di legge presuppone l'*an* ma non anche il *quomodo* del coordinamento, affidandone la regolamentazione alla volontà dei contraenti. Conseguentemente, la definizione consensuale delle modalità del coordinamento sarà oggetto di apposita clausola negoziale, da ritenersi essenziale ai fini della sussistenza della fattispecie in esame.

Si tratta, a mio avviso, del coronamento di un percorso, avviato dal d.lgs. n. 81/2015, volto a restituire alla collaborazione coordinata e continuativa l'essenza 'originaria' di (specie del) contratto di lavoro autonomo.

Si può immaginare, a questo punto, il riacutizzarsi di un fenomeno antico – la fuga dal lavoro subordinato (v. *supra*, § 1), realizzata, però, saltando a piè pari il lavoro etero-organizzato, perché gravato dal pesante fardello della estensione della disciplina del lavoro subordinato.

In sé, la fuga non è un fenomeno da reprimere, quando corrisponde ad una genuina ed effettiva scelta delle parti. Il problema è sempre stato quello di contrastare l'abuso del ricorso ai contratti di lavoro autonomo, funzionale unicamente ad eludere l'applicazione dei vincoli propri del lavoro subordinato.

Si tratta, cioè, dell'elusione realizzata attraverso il ricorso fittizio al *nomen juris* del lavoro autonomo (ed, essenzialmente, della collaborazione ex art. 409, n. 3, c.p.c.), teso a mascherare il ben diverso atteggiarsi del rapporto di lavoro.

Orbene, nella riformulazione della norma operata dal d.d.l. in esame vi è chi rintraccia «un grave elemento di contraddizione rispetto a un sistema ragionevolmente differenziato di protezioni legali in ragione del grado di dipendenza organizzativa del lavoro autonomo».²⁵

Il rischio paventato è quello che la novella legislativa finisca per vanificare l'operazione compiuta attraverso l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, posto che «indurrebbe a ravvisare la distinzione del lavoro eteroorganizzato dal lavoro coordinato non già nel dato oggettivo/fattuale dei vincoli spazio-temporali dati dall'organizzazione del committente cui il lavoratore (eteroorganizzato) è tenuto necessariamente ad adeguarsi nell'adempimento utile della sua prestazione, bensì nel dato formale della codeterminazione di tali vincoli da parte del collaboratore coordinato». Insomma, «la predeterminazione consensuale di tali vincoli, prescindendo da qualsiasi rilevanza dell'ampiezza (data e concretamente praticata) degli stessi, costituirebbe la condizione sufficiente per qualificare il rapporto in termini di collaborazione coordinata e continuativa: una manifestazione di

²⁵ Pallini, 2016, 83.

volontà negoziale potrebbe così precludere l'applicabilità del disposto dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015»²⁶.

A mio avviso, che la norma possa invogliare a far sottoscrivere ai collaboratori (fittizi) clausola di co-determinazione delle modalità di coordinamento (allo scopo di evitare l'applicazione della disciplina della subordinazione) è senz'altro verosimile, ma che questo basti ad impedire la corretta qualificazione giudiziale del singolo rapporto in caso di contenzioso mi sentirei di escluderlo.

Infatti, l'indicazione bilaterale della modalità di coordinamento attiene alla fase genetica del negozio, ossia alla manifestazione della cosiddetta volontà cartolare, la quale non dovrà essere contraddetta dal concreto svolgimento del rapporto, proprio in nome della logica protettiva insita nell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 che, certamente, «impone la prevalenza della dimensione fattuale rispetto alla volontà originariamente dichiarata»²⁷.

Pertanto, se le parti hanno concordato le modalità del mero coordinamento tra di esse, ma poi emerge la sottoposizione della prestazione lavorativa ad un potere unilaterale di organizzazione (o, addirittura, di direzione) della stessa da parte del committente/datore di lavoro, la presunzione alimentata dal *nomen juris* cadrà di fronte al dato fattuale, nei soliti termini (problematici) a cui il contenzioso sulla qualificazione del rapporto di lavoro ci ha abituati²⁸.

4. L'incerta sorte dei contratti di collaborazione nella pubblica amministrazione.

Secondo l'art. 2, c. 4, d.lgs. n. 81/2015, a decorrere dal 1° gennaio 2017 «è comunque fatto divieto» alle pubbliche amministrazioni di stipulare i contratti di collaborazione aventi le caratteristiche di cui al c. 1 dello stesso art. 2, ossia «i rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

Solo una lettura del tutto frettolosa (forse alimentata dal senso di colpa per i comportamenti assunti in passato) può aver indotto qualcuno – tra i dirigenti e i funzionari pubblici – a teorizzare l'esistenza di un divieto

²⁶ Pallini, 2016, 84.

²⁷ Zoppoli A., 2016, 20.

²⁸ Come ha recentemente ricordato Tosi, 2015, 1130, pur giungendo a conclusioni differenti da quelle riportate nel testo, «lo snodo problematico delle operazioni di qualificazione notoriamente è sempre costituito dall'accertamento della corrispondenza tra dato cartaceo e dato reale».

assoluto per le pubbliche amministrazioni di stipulare *qualsiasi* contratto di collaborazione, a partire da tale data.

L'affermazione è destituita di fondamento, in quanto non si può dubitare – stante l'inequivocabile dato letterale – che il ricorso alle 'tradizionali' co.co.co. non sia stato affatto precluso dal *Jobs Act*, in ragione della perdurante vigenza dell'art. 7, c. 6, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, il quale ha un ambito di applicazione differente e per questo sopravvive certamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015²⁹.

Infatti, la norma del cosiddetto Testo unico del lavoro pubblico riconosce alle pubbliche amministrazioni la facoltà – in presenza di determinati presupposti – di conferire «incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa». A questi ultimi non sono riconducibili le collaborazioni etero-organizzate, le quali non sono assoggettate al vincolo negoziale del coordinamento, bensì al potere unilaterale di organizzazione da parte del committente (v. *supra*, § 1).

Alla tesi 'massimalista' del blocco totale di tutti gli incarichi di collaborazione coordinata e continuativa, evidentemente fondata su un'asserita (e indimostrata) abrogazione implicita dell'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001 e dell'art. 409, n. 3, c.p.c. (quest'ultimo esplicitamente fatto salvo dallo stesso d.lgs. n. 81/2015), si è contrapposta una visione minimalista, secondo cui nulla sarebbe cambiato: l'art. 2, c. 4, d.lgs. n. 81/2015 servirebbe ad impedire l'ingresso di contratti collaborazione finora impediti dall'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001, perché con esso incompatibili.

Prima di affrontare il merito di tale, presunta, incompatibilità, occorre verificare la coerenza di tale affermazione con la ricostruzione compiuta nei precedenti paragrafi.

Effettivamente, se si condivide l'assunto secondo cui le collaborazioni etero-organizzate non sarebbero una *species* non delle collaborazioni coordinate e continuative (stante l'alternatività tra mero coordinamento ed etero-organizzazione della prestazione), il ragionamento avrebbe una sua logica (se non fosse per un dato che lo inceppa completamente: v. *infra*). Posto che l'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001 ammetteva il conferimento di incarichi di collaborazione o di natura occasionale oppure di natura coordinata e continuativa, non contemplando (e, quindi) non consentendo la collaborazione etero-organizzata, l'ingresso di quest'ultima nella famiglia

²⁹ Come è stato detto, l'art. 2, c. 4, d.lgs. n. 81/2015 «non stabilisce in futuro che le pubbliche amministrazioni non possano ricorrere a contratti di collaborazione coordinata e continuativa, ma piuttosto si limita a impedire la stipulazione di contratti di collaborazione coordinata e continuativa etero-organizzati, vale a dire organizzati dalla pubblica amministrazione, anche con riferimento a luogo e tempi della prestazione del collaboratore» (Bubola, Venturi, 2015, 14).

dei contratti di lavoro *nominati* dall'ordinamento sarebbe stato circoscritto al settore privato.

Dunque, il legislatore del 2015, nell'estendere la disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni organizzate dal committente, avrebbe colto l'occasione per precisare l'inammissibilità di tale figura negoziale per la pubblica amministrazione, al fine di prevenire l'aggravarsi di pericolosi nodi interpretativi.

Una simile impostazione, tuttavia, scivola su una piccola, ma insidiosissima, buccia di banana, rappresentata da quattro parole: «dal 1° gennaio 2017».

Infatti, se le collaborazioni etero-organizzate fossero incompatibili con l'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001 o, comunque, altrimenti vietate nel settore pubblico, diventerebbe inspiegabile la scelta di posticipare la decorrenza degli effetti di una norma meramente ricognitiva di un divieto preesistente. Per di più, il legislatore avrebbe poi perseverato nella sua bizzarria nel momento in cui ha prorogato tale termine al 1° gennaio 2018, attraverso una disposizione contenuta nel decreto milleproroghe 2017 (art. 1, c. 8, d.l. 30 dicembre 2016, n. 244).

A questo punto, sorge il sospetto che l'art. 2, c. 4, d.lgs. n. 81/2015 (a prescindere dalla modifica operata dall'ultimo decreto milleproroghe) non abbia inteso imporre un divieto, bensì rilasciare un permesso. In altri termini, assumendo che le collaborazioni etero-organizzate siano incompatibili con le prescrizioni dell'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001, l'obiettivo perseguito dal *Jobs Act* sarebbe quello di consentire, ma solo fino a data certa, il ricorso a forme contrattuali altrimenti vietate.

Una simile spiegazione attribuisce alla norma un senso del tutto rovesciato rispetto a quello percepibile con riferimento al lavoro privato: «fino al completo riordino della disciplina dell'utilizzo dei contratti di lavoro flessibile da parte delle pubbliche amministrazioni» (come si legge nell'*incipit* del c. 4 dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015) e comunque fino ad una scadenza ora prolungata di un altro anno, le stesse pp.aa. sarebbero addirittura incentivate a stipulare nuove forme di collaborazione sino a quel momento vietate, alimentando così ulteriori sacche di precariato.

Non si trascuri, poi, l'effetto che ciò avrebbe sull'ipotetico contenzioso in essere da parte dei collaboratori che abbiano sin qui lavorato in una condizione di assoggettamento all'organizzazione della loro prestazione, anche nei tempi e nei luoghi, ossia la stragrande maggioranza di quelli che operano da anni nelle pubbliche amministrazioni. Tale contenzioso, per la verità, quasi inesistente, stante l'impossibilità di ottenere *ope judicis* la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, verrebbe – di fatto – sepolto sotto il peso di una sorta di condono tombale: infatti, se oggi è (ancora e fino al 31 dicembre 2017) legittimo stipulare un

contratto di collaborazione etero-organizzata, evidentemente lo era anche prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015.

Occorre, a questo punto, tornare indietro e rimettere in discussione l'assunto di partenza: siamo sicuri che le collaborazioni etero-organizzate siano in contrasto con l'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001?

Quest'ultima disposizione fissa le condizioni alle quali la pubblica amministrazione è autorizzata a conferire «incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa».

A ben guardare, il rispetto di tali condizioni non è incompatibile con l'etero-organizzazione della prestazione dei tempi e nei luoghi. Si pensi, fra gli altri, alla rispondenza dell'oggetto della prestazione ad obiettivi e progetti specifici e determinati della p.a., all'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane interne, al carattere temporaneo ed altamente qualificato della prestazione: nulla di tutto ciò è contraddetto dall'esercizio di un potere di organizzazione della prestazione da parte dell'amministrazione conferente.

In particolare, l'etero-organizzazione nei tempi e nei luoghi, di per sé, non implica e non indica l'assenza di qualificazione professionale dell'attività svolta, né la rende meramente 'esecutiva e ripetitiva' (per riprendere la formula usata in tema di contratto a progetto: cfr. art. 61, c. 1, d.lgs. n. 276/2003). Anzi, qualcuno ha osservato che è lo stesso art. 7, c. 6, lett. d), d.lgs. n. 165/2001, ad esigere che siano preventivamente determinate (e, quindi, inseriti nel bando di avvio della procedura comparativa per il conferimento di tali incarichi) «le indicazioni temporali e di luogo»³⁰.

Non è detto, a mio avviso, che la predeterminazione conferisca il potere di organizzare tempi e luoghi nel corso del rapporto di collaborazione; in ogni caso, mi pare confermato che non si possa leggere nell'art. 7, c. 6, un divieto di stipulare le collaborazioni organizzate dal committente.

Ai fini del nostro ragionamento, è sufficiente che non vi sia un divieto, in quanto la *facoltà* di stipulare tali contratti potrebbe semplicemente ricavarsi dall'art. 1322, c. 2, c.c. Anche le pubbliche amministrazioni sono tuttora libere di «concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare» e tra questi vi sono i contratti d'opera ex art. 2222 c.c.³¹, nell'ambito dei quali le collaborazioni etero-organizzate sono pur sempre riconducibili (v. *supra*, § 1).

³⁰ Fili, 2015, 1100.

³¹ Come ricordava Pinto, 2013b, 237, al fine di dimostrare l'ammissibilità dei contratti a progetto nella pubblica amministrazione.

Certo, una simile decisione non può essere sciolta dai vincoli di cui all'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001, applicabili a qualsiasi incarico di lavoro autonomo conferito dalla pubblica amministrazione, al di là della formula utilizzata («di natura occasionale o coordinata e continuativa»), che deve ritenersi non esaustiva di tutte le possibili forme giuridiche di collaborazione attivabili secondo il principio dell'autonomia privata.

Se si accede a quest'ultima ricostruzione, il ragionamento raggiunge uno sbocco finalmente accettabile e coerente.

Le collaborazioni etero-organizzate, prima ammissibili sotto forma di contratti atipici, oggi – e fino al 31 dicembre 2017 – sono ammesse sotto forma di contratti (divenuti) tipici, pur sempre nel rispetto dei vincoli di cui al d.lgs. n. 165/2001.

Mentre nel lavoro privato, la disciplina applicabile ai conseguenti rapporti di lavoro è quella del lavoro subordinato, ciò non vale nella pubblica amministrazione, a cui «non trova applicazione» la disposizione di cui al c. 1 dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 (per espressa previsione del c. 4 del medesimo articolo).

Nel corso del 2017 ci auguriamo, comunque, un *self restraint* da parte delle pubbliche amministrazioni nel ricorso a tali contratti e, soprattutto, dobbiamo sperare che non continui a prevalere la logica secondo cui «per cominciare la dieta, c'è sempre tempo»³² e che, quindi, il termine del 31 dicembre non sia ulteriormente prorogato, scongiurando la tendenza, molto 'nostrana', a mettere quanta più polvere possibile sotto il tappeto, in attesa di una salvifica opera di pulizia sempre scaricata sui posteri.

Riferimenti bibliografici

- Andreoni A. (2015), *La nuova disciplina per i collaboratori etero-organizzati: prime osservazioni*, in *RDSS*, 731 ss.
- Bubola G., Venturi D. (2015), *La parasubordinazione non etero-organizzata dopo il Jobs Act*, in *WP Adapt*, 21 dicembre 2015, n. 187.
- Carabelli U. (2016), *Introduzione*, in *RGL*, I, 3 ss.
- Ciucciovino S. (2016), *Le collaborazioni organizzate dal committente nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *RIDL*, I, 321 ss.
- Ferraresi M. (2016), *L'eredità del lavoro a progetto nel dibattito sul lavoro autonomo coordinato e continuativo*, in *VTDL*, 287 ss.
- Filí V. (2015), *Le collaborazioni organizzate dal committente nel D.Lgs. n. 81/2015*, in *LG*, 1091 ss.
- Giubboni S. (2016), *Prime osservazioni sul disegno di legge del Governo in materia di lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *MGL*, 2016, 244 ss.
- Greco R. (2016), *Le prospettive di applicazione dei criteri di distinzione fra lavoro autonomo e subordinato dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in *VTDL*, 265 ss.

³² Filí, 2015, 1100.

- Martelloni F. (2012), *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, Bononia University Press, Bologna.
- Mazzotta O. (2016), *Lo strano caso delle «collaborazioni organizzate dal committente»*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, n. 1-2, 7 ss.
- Nogler L. (2015), *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 267/2015.
- Nuzzo V. (2015), *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 280/2015.
- Occhino A. (2016), *Autonomia e subordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, in *VTDL*, 203 ss.
- Pallini M. (2016), *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *RGL*, I, 65 ss.
- Persiani M. (2015), *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *ADL*, 1257 ss.
- Perulli A. (2015a), *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, in *LD*, 259 ss.
- Perulli A. (2015b), *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in *WP CSDLE* n. 272/2015.
- Perulli A. (2016), *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in *RGL*, I, 11 ss.
- Pinto V. (2013a), *La nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, a cura di Chieco P., Cacucci, Bari, 199 ss.
- Pinto V. (2013b), *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle pubbliche amministrazioni. Politiche legislative e prassi gestionali*, Cacucci, Bari.
- Razzolini O. (2015), *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 266/2015.
- Santoro-Passarelli G. (2016), *Lavoro eterodiretto, eteroorganizzato, coordinato ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in *RGL*, I, 91 ss.
- Sgroi A. (2016), *La tutela previdenziale delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *RGL*, I, 101 ss.
- Stolfa F. (2015), *Il ritorno alla co.co.co.*, in *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, a cura di Ghera E. e Garofalo D., Cacucci, Bari, 395 ss.
- Tosi P. (2015), *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *ADL*, 1117 ss.
- Treu T. (2015), *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, 155 ss.
- Tria L. (2016), *Le «collaborazioni organizzate dal committente» tra diritto europeo e giurisprudenza di legittimità. Gli effetti del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81*, in *RGL*, I, 37 ss.
- Vidiri G. (2015), *Art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 e lavoro autonomo: verso un diritto del lavoro a formazione giurisprudenziale?*, in *ADL*, 1216 ss.
- Zoppoli A. (2016), *La collaborazione eteroorganizzata: fattispecie e disciplina*, in *WP CSDLE* n. 296/2016.