



Luogo e tempo di lavoro e redistribuzione delle garanzie giuslavoristiche (Diritto del lavoro della miseria e miseria del diritto del lavoro)

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 344/2017

© Nicola De Marinis 2017
Corte di Cassazione – Sezione Lavoro
nicolademarinis26@gmail.com

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>



**Luogo e tempo di lavoro e redistribuzione
delle garanzie giuslavoristiche
(Diritto del lavoro della miseria e miseria del diritto del lavoro)^α**

**Nicola De Marinis
Corte di Cassazione – Sezione Lavoro**

| | |
|--|----|
| 1. Il luogo e il tempo di lavoro e la "soglia" tra subordinazione e autonomia..... | 2 |
| 2. Il "mutamento di paradigma". Il diritto del lavoro della miseria. 4 | |
| 3. L'inefficienza qualificatoria del riferimento al luogo e tempo di lavoro. | 7 |
| 4. La riproposizione aggiornata del criterio della diversità dei poteri dal lato del creditore della prestazione. | 9 |
| 5. Le ragioni della storia. Il ritorno all'originario <i>discrimen</i> tra <i>locatio operis</i> e <i>locatio operarum</i> | 11 |

^α Il presente saggio è in corso di pubblicazione sulla rivista Lavoro e previdenza oggi.

1. Il luogo e il tempo di lavoro e la "soglia" tra subordinazione e autonomia.

L'ultimo capitolo del Jobs Act, trasfuso nella legge 22 maggio 2017, n. 81 e destinato a completare l'intervento riformatore sugli inediti versanti del lavoro autonomo e del c.d. lavoro agile¹, nel ribadire, appunto ai fini della costruzione della nuova fattispecie del lavoro agile il medesimo riferimento alle modalità di luogo e di tempo di esecuzione della prestazione lavorativa di cui il legislatore si era avvalso nel precedente d.lgs. n. 81/20015 ai fini dell'elaborazione dell'altrettanto inedita tipologia delle collaborazioni etero-organizzate, vale ad attestare l'elezione di quel riferimento a criterio chiave del riassetto delle regole del lavoro attuato con il Jobs Act.

In effetti, la scelta, insita nel potere di organizzazione proprio del datore di lavoro e già da epoca risalente regolamentata dall'ordinamento nelle forme del lavoro a domicilio prima e del telelavoro poi, di conformare la prestazione del proprio dipendente secondo modalità che esonerino questi dall'obbligo di presenza nella sede aziendale e dall'osservanza dell'orario di lavoro ivi applicato, venendo questi a trovarsi nella possibilità di modulare, con dosi di più o meno ampia autonomia, allocazione e tempi del proprio apporto all'organizzazione produttiva del datore, si pone nel quadro della normativa ora dettata per il lavoro agile dall'art. 18 della legge n.81/2017, non solo quale presupposto identificativo di una particolare forma di adempimento della prestazione lavorativa connotata dall'essere questa resa nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato, ma altresì quale elemento strutturale tipico idoneo a legittimare un assetto regolativo differenziato rispetto alla disciplina comune del rapporto di lavoro subordinato, nel cui ambito, peraltro, come detto, secondo l'inequivoca formulazione letterale della medesima norma, l'istituto si radica e si esaurisce. Si prevede, infatti, che il ricorso a tale modalità di esecuzione

¹Con specifico riguardo alla disciplina di tutela del lavoro autonomo vedi M. Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione*, in M. Magnani, A. Pandolfo, P.A. Varesi (a cura di), *I contratti di lavoro*, Giappichelli, 2016, p. 8 ss. e con attenzione alla tematica del lavoro autonomo economicamente dipendente A. Perulli, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica*, e con riguardo al lavoro agile, tra i primi commenti si veda M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", IT, 335/ 2017, G. Proia, in L. Fiorillo, A. Perulli, (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, in Giappichelli, Torino, 2017. Affronta entrambi gli istituti G. Santoro Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, *ibidem*, 327/2017 Spunti di riflessione su entrambi gli istituti si rinvengono anche in T. Treu, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT, 136/2017

della prestazione lavorativa per la parte destinata a svolgersi all'esterno dei locali aziendali sia ammesso subordinatamente alla stipula in forma scritta tra datore di lavoro e lavoratore di un accordo individuale, non importa se a termine o a tempo indeterminato, nel qual caso il datore di lavoro potrà recedere *ad nutum*, con l'osservanza di un preavviso pari a trenta giorni o a novanta ove si tratti di un lavoratore disabile, cui è rimessa la regolamentazione delle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, come anche del modo di utilizzo degli strumenti di lavoro, dei tempi di riposo, con peculiare riferimento alle misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro, delle condotte suscettibili di dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari.

Dal canto suo, in precedenza, l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015 faceva assurgere il medesimo riferimento alle modalità di luogo e di tempo di esecuzione della prestazione lavorativa a presupposto legittimante l'applicazione della disciplina propria del rapporto di lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione, per essere tale applicabilità ammessa con riferimento a quelli tra i rapporti di collaborazione, implicanti lo svolgimento di una prestazione di lavoro esclusivamente personale, continuativa e che risulti organizzata dal committente anche con riguardo alle predette modalità².

È dunque intorno a quel riferimento che il legislatore si volge a selezionare differenti regimi regolativi, dapprima nell'ambito del lavoro autonomo e successivamente nell'ambito del lavoro subordinato, in particolare, da un lato, attraendo nell'ambito di operatività della disciplina propria della subordinazione quella quota, individuata sotto la denominazione di etero-organizzata, delle collaborazioni coordinate e continuative, risorte dalle ceneri del lavoro a progetto, che sul versante del luogo e tempo di esecuzione della prestazione lavorativa disvelano la più evidente assonanza con il lavoro subordinato, di cui, non a caso quelle modalità sono state elette da una costante giurisprudenza quale indice sintomatico, dall'altro, escludendo, almeno parzialmente, dal medesimo ambito prestazioni autenticamente subordinate che, tuttavia, relativamente al medesimo versante, si discostano dal modello nel tempo consolidatosi come social-tipico³.

Ne emerge una caratterizzazione intrinsecamente ambivalente del criterio, disinvoltamente evocato dal legislatore a giustificazione tanto dell'ingresso quanto dell'uscita dall'area della subordinazione, a

²Per un'ampia disamina della vasta letteratura e delle diverse opzioni interpretative vedi A. Zoppoli, *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, 296/ 2016

³In tal senso si vedano le considerazioni di t. Treu, *Rimedi e fattispecie...*, cit., p. 21

prescindere da qualsiasi collegamento con la qualificazione da attribuirsi alle relazioni di lavoro coinvolte, che si tiene esclusivamente sull'immediata ed agevole percepibilità di quelle modalità come terreno ideale di intreccio tra subordinazione e autonomia, soglia estrema di contiguità tra tali categorie, in cui si stempera qualsiasi differenziazione tipologica.

2. Il "mutamento di paradigma". Il diritto del lavoro della miseria.

Non è casuale che su questa ipostasi concettuale della soglia Adalberto Perulli fondi la sua lettura della complessiva azione riformatrice espressa dal Jobs Act⁴, legittimandone le scelte e facendole coincidere con la sua personale, anche se non isolata ed anzi condivisa da più parti, di qua e si là delle Alpi, idea, da tempo coltivata e rilanciata sull'onda dell'affermato sostanziale recepimento da parte del legislatore, di una rimodulazione del diritto del lavoro e delle tutele dallo stesso apprestate in relazione ad un "continuum" tra subordinazione e autonomia, che, se si discosta dalla tradizione, sottraendosi al condizionamento del problema qualificatorio, cui si correla l'ineguale distribuzione delle tutele, sovrabbondanti al di qua e carenti o addirittura nulle al di là dei confini della subordinazione, ne recupera l'originaria valenza valoriale ed assiologica nel trasporre un nucleo essenziale di quelle tutele in una dimensione universalistica coerente con le istanze di protezione che oltre quei confini salgono pressanti da un mondo del lavoro attraversato dalle trasformazioni indotte dalla quarta rivoluzione industriale⁵.

Ma si tratta di una lettura delle novità legislative condizionata da un atteggiamento largamente autoreferenziale, come attesta, nell'ultimo saggio che la esprime, l'insistita citazione di se stesso, non scevra di una qualche forzatura quale deve ritenersi il ricondurre la normativa dettata di recente ancora dalla legge n. 81/2017, nei suoi primi 17 articoli, a tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale alla logica del "continuum" tra subordinazione e autonomia - salvo riconoscere, sia pur implicitamente, come l'intervento legislativo, nel riferirsi indifferentemente a tutti i rapporti di lavoro autonomo "senza distinguere, in seno ad essi, tra quelli maggiormente meritevoli di tutele laddove, viceversa, una specifica e

⁴Il riferimento è al saggio di cui il presente contributo vuole porsi come replica A. Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, 341/ 2017 ma destinato alla pubblicazione nel Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile, a cura di G. Zilio Grandi e M Biasi, Cedam-Kluwer. La teoria della "soglia" viene sviluppata dall'A. in Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia, in Lav. Dir., 2015, p. 262 ss.

⁵A riguardo vedi anche il precedente saggio di A. Perulli, *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro e ritorno*, in Lav. Dir., 2017

peculiare attenzione avrebbe dovuto riservarsi alle collaborazioni di all'art. 409, n. 3, c.p.c. o ai c.d. prestatori a partita IVA economicamente dipendenti, specie se operanti in regime di monocommittenza o di committenza ristretta"⁶, ecceda di gran lunga quella prospettiva – e considerare in termini riduttivi le nuove garanzie ivi poste, considerate limitatamente alla tutela contro l'abuso di dipendenza economica ed alla disciplina volta a contenere i ritardi nel pagamento per affermarne il gravitare nell'ambito esclusivo del diritto privato dei contratti, quando quella disciplina, da un lato, ha riferimento ad attività saldamente radicate nell'area dell'autonomia, risalendo fino al vertice delle professioni ordinistiche, così da restare abbondantemente lontana dalla soglia di contiguità con la subordinazione, dall'altro, attribuisce tutele che vanno ben oltre il rafforzamento della posizione dei lavoratori autonomi nel contratto ed anche oltre il profilo, che richiama l'idea del sostegno sul mercato, della riduzione dei costi e della deducibilità delle spese, ivi comprese quelle afferenti alla formazione, tema questo già prettamente lavoristico, per ricomprendere garanzie propriamente "giuslavoristiche", secondo la terminologia cui ricorre l'Autore, quali quelle che attengono alla malattia, all'infortunio, alla maternità, fino al sostegno del reddito.

E si tratta di tutele che – al di là della totale disattenzione ad esse riservata anche da parte di chi da tempo e diffusamente si misura con le problematiche lavoristiche connesse all'irrompere, favorito dall'incessante procedere dell'era della digitalizzazione, della *sharing economy* nei laboratori affacciati sul futuro tra Milano e Bergamo, ove l'apprezzabile ed informata osservazione del fenomeno, tuttavia non accompagnata da un'adeguata propensione ai sottili distinguo all'interno di una realtà, sì innovativa, ma così variegata da non sfuggire in toto a molte delle strumentazioni già disponibili per il giurista (basti considerare l'irriducibilità del complessivo fenomeno alla c.d. uberizzazione) genera allarme sull'idoneità delle tradizionali categorie giuslavoristiche ad inquadrarla e sottoporla a regole note⁷, allarme del resto già opportunamente e condivisibilmente contrastato nel recente contributo di Marco Biasi⁸ - ben si attagliano alla nuova realtà, specie ove si tenga conto della scelta

⁶Su questa tematica più ampiamente il saggio dello stesso A., *Economically dependent/quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social ed economic aspects*, Bruxelles, 2002. Vedi anche M. Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova, 2013.

⁷Vedi A. Aloisi, *Il lavoro "a chiamata" e le piattaforme online della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, in *Lab & Law Issues*, 2016, 2, 38 ss. ed E. Dagnino, *Uber law: prospettive giuslavoristi che sulla sharing/on demand economy*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, I, 137.

⁸Il riferimento è al saggio "Dai pony express ai riders di Foodora" in WP ADAPT, 11/2017 ma vedi anche R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, 336/ 2017

operata dalla Commissione europea⁹ di restringere il campo della *sharing economy* a quelle attività in cui il ruolo della piattaforma informatica si risolve nella mera intermediazione di relazioni che, pur implicando l'esecuzione di una prestazione lavorativa, restano di natura essenzialmente commerciale, intercorrenti tra il *producer* che opera attraverso la piattaforma e lo *user* che fruisce del bene o del servizio dal primo offerti mediante la piattaforma, come attesta in modo convincente un recente studio di Laura Foglia¹⁰.

Del resto, se il problema è quello dello sfruttamento del lavoro sotto il profilo delle modalità di impiego e della congrua remunerazione, problema in relazione al quale Perulli rinviene le ragioni fondanti il superamento della dicotomia tra subordinazione ed autonomia in vista del recupero della valenza assiologica e teleologica del diritto del lavoro, non si può mancare di considerare come problematiche del tutto analoghe, quali la dilatazione dei tempi di lavoro ed i bassi salari investano anche i lavoratori subordinati coinvolti dai processi di trasformazione dell'impresa, che vanno oltre la digitalizzazione dell'organizzazione produttiva per approdare al tema più complesso della traslazione sui mercati finanziari del profitto d'impresa (basti por mente alla differenza tra la dinamica dei prezzi e dei salari in Amazon e l'entità della rendita del CEO Bezos derivante dall'andamento della quotazione del titolo in borsa).

A ben vedere, è questa nuova realtà economica e sociale squassata dall'acuirsi delle disuguaglianze e costretta, per la parte da circa un decennio battuta dal vento di una crisi finanziaria di inusitata durata e gravità, da identificarsi prevalentemente con le classi lavoratrici, livellate da un generale arretramento delle condizioni di vita, a misurarsi con un pauperismo di ritorno, a replicare nelle fasce più estreme le condizioni dei lavoratori nell'Inghilterra della prima rivoluzione industriale quali descritte da Engels nel 1848, che risiede l'autentica assonanza e continuità tra lavoro dipendente e lavoro autonomo, nell'identità di un destino di esposizione al rischio sociale, piuttosto che nell'identità della loro posizione all'interno della relazione di lavoro.

Non è un caso che la legge n. 81/2017, significativamente identificata con la denominazione di Statuto del lavoro autonomo, intervenga in questo particolare contesto socio-economico, non nella consueta prospettiva di

⁹Commissione Europea, Un'agenda europea per l'economia collaborativa, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Bruxelles, 2 giugno 2016, COM(2016) 356 Final, spec. 12-14. Per un commento a riguardo vedi G. Bronzini, *L'agenda europea sull'economia collaborativa*. Much Ado About Nothing?, in Riv. It. Dir. Lav., 2016, III, p. 267.

¹⁰Il riferimento è al saggio "*Sharing economy e lavoro: qualificazione giuridica e tecniche di regolazione*" in corso di pubblicazione nei quaderni della II Università di Napoli

definire con precisione il *discrimen* con la subordinazione e separarne i regimi regolativi ma, come detto, per la prima volta direttamente *in corpore vili* ad apprestare con riferimento ad esso e per come esso si configura di per sé, distinto dal lavoro subordinato, garanzie che da questo discendono.

Sicché è in questa deriva pauperistica, in questo scadere dalla "cittadinanza industriale"¹¹ nell'indistinto di un allineamento sulla frontiera ultima del bisogno, in questo approdo ad un universalismo che rispecchia il livellamento al ribasso di una società costretta dall'alibi di una maggiore inclusività a ripercorrere lo stretto sentiero dei diritti, in questa voluta sovrapposizione tra lavoro e povertà che verrebbe a risiedere il rinnovato paradigma del diritto del lavoro, nuovo ma antico, in grado di recuperare la sua ispirazione originaria sul piano dei valori e degli obiettivi di tutela, quando, al contrario l'essere la Repubblica "fondata sul lavoro" rifletteva nel testo costituzionale la programmatica elevazione del lavoro a muovere dalla differenza sociale legata alla condizione di subordinazione nel lavoro, l'elezione del lavoro a chiave di accesso ad un pieno diritto di cittadinanza, l'aspirazione ad una uguaglianza sociale ed economica funzionale alla partecipazione attiva alla vita del Paese, un diritto del lavoro del riscatto sociale e non un diritto del lavoro della miseria.

3. L'inefficienza qualificatoria del riferimento al luogo e tempo di lavoro.

Ma sta di fatto che, rispetto alla prospettata soluzione interpretativa, la realtà è, a ben vedere, molto più semplice.

Le opzioni selettive operate in successione dal legislatore del Jobs Act, dapprima con il d.lgs. n. 81/2015 con riguardo alle collaborazioni etero-organizzate e poi con la legge n. 81/2017 con riguardo al lavoro agile, nell'ambito rispettivamente dell'autonomia e della subordinazione, non trovano ispirazione in quella consapevolezza teorica ed in quell'afflato ideale di cui Perulli le accredita, ma sono frutto di mero pragmatismo, suggerito da contingenti esigenze politiche ed economiche, programmaticamente indifferenti alla considerazione di istanze di correttezza dogmatica e coerenza sistematica.

Da un lato, infatti, la prima operazione sorregge, conferendogli plausibilità normativa, pur a fronte di quella sorta di gioco di prestigio che all'abrogazione del contratto a progetto faceva corrispondere il risorgere, nella loro originaria versione, spoglia di quella dote di tutele pur annessa alle collaborazioni a progetto, le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., la spendita, meramente propagandistica, del

¹¹L'espressione è di U. Romagnoli, *Il diritto del secolo. E poi?*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, p. 239/240

Jobs Act quale strumento funzionale al "trasloco", veicolato dall'ambigua figura del contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti, in realtà inteso a chiudere definitivamente l'era della reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 18 dello Statuto dei lavoratori, nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato delle varie forme di lavoro atipico, allora, a valle del momento più acuto della crisi occupazionale, percepite e sofferte quale espressione della precarizzazione del lavoro.

Dal canto suo, la seconda operazione sfrutta, in realtà anche oltre il necessario, non ravvisandosi ragioni di particolare obsolescenza della disciplina in materia di telelavoro, le opportunità di rimodulazione della prestazione lavorativa, quanto al luogo ed al tempo di lavoro, offerte dal sempre più intenso incorporarsi delle tecnologie informatiche, a loro volta sempre più sofisticate e *labour saving*, nell'organizzazione produttiva, per perseguire, in piena coerenza con gli indirizzi di politica del diritto orientati alla promozione della competitività dell'impresa che informano l'intero Jobs Act, l'obiettivo di sollevare le imprese dagli oneri gestionali connessi all'applicazione dello statuto protettivo, in particolare di fonte collettiva, proprio del lavoro subordinato, in funzione appunto del dichiarato fine di un recupero di competitività, sia pur abbinato all'agevolazione a favore del lavoratore della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

Frutto di mero pragmatismo è altresì la scelta del criterio discrezionale, dato dal riferimento alle modalità di luogo e di tempo di esecuzione della prestazione, motivata dall'apparente plausibilità del ricorso al medesimo relativamente a ciascuna delle operazioni indicate, per rappresentare questo nel primo caso, come detto, il fronte estremo della contiguità tra subordinazione e autonomia e per integrare, nel secondo, la ragione stessa, il lavorare all'interno o all'esterno dei locali aziendali, della rimodulazione organizzativa della prestazione.

Ma la scarsa tenuta di quella scelta appare evidente solo che ci si volga ad un'analisi contestuale delle predette operazioni legislative.

Solo se si resta chiusi nel ristretto orizzonte di quei contesti normativi, precludendosi lo sguardo "oltre il giardino", senza aprirsi ad una analisi che tenga conto di una riflessione dottrinale sul tema dipanatasi lungo l'intero "Secolo del lavoro" fino alle soglie del "mutamento di paradigma"¹², che si pretende segnato dall'emanazione del Jobs Act, si può giungere a sostenere che il ricorso a quel criterio vale contemporaneamente ad includere l'autonomia nella subordinazione ed a sospingere la subordinazione verso l'autonomia, neutralizzando il problema qualificatorio ed aprendo la strada

¹²L'espressione è coniata dall'A. *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo, A. Perulli, (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 3

alla parificazione delle tutele, almeno nel loro nucleo essenziale, esteso, secondo quanto auspica Perulli, alla libertà di organizzazione, associazione sindacale ed astensione collettiva, alla sicurezza ed alla previdenza sociale.

Al contrario, già solo l'analisi di quelle disposizioni deve indurre la conclusione che l'organizzazione della prestazione lavorativa secondo modalità di luogo e tempo determinate da chi commette il lavoro non implica di per sé subordinazione, come, nell'ipotesi in cui quelle stesse modalità fossero assunte da datore di lavoro e lavoratore a motivo per definire, su basi consensuali, spazi di libertà da riservare al lavoratore nell'organizzazione dell'ordinaria prestazione lavorativa subordinata, ciò non determinerebbe il transito di quella prestazione nel campo dell'autonomia.

Il che ripropone il tradizionale problema della qualificazione del rapporto, in realtà ineludibile sotto il profilo applicativo, tipicamente di pertinenza della giurisprudenza, dell'individuazione del regime regolativo proprio della fattispecie concreta a fronte del moltiplicarsi e del sovrapporsi confuso di tipi e modi di rendere la prestazione lavorativa (collaborazioni coordinate e continuative sottratte all'ambito di efficacia dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, collaborazioni etero-organizzate, lavoro subordinato, lavoro a domicilio, telelavoro, lavoro agile) e dell'attribuzione dell'effettiva dote di diritti che ad essa si accompagna.

4. La riproposizione aggiornata del criterio della diversità dei poteri dal lato del creditore della prestazione.

È ancora Perulli a mostrare consapevolezza dell'insufficienza di una prospettiva che eleva le modalità di luogo e di tempo di esecuzione della prestazione lavorativa a criterio fondante la redistribuzione delle garanzie giuslavoristiche oltre il confine della tradizionale dicotomia tra subordinazione e autonomia.

L'autore si reimmette così nella tradizionale prospettiva qualificatoria centrata sulla causa del contratto e dunque sulla nozione stessa di subordinazione sostanzialmente identificata nella peculiare relazione di potere/soggezione derivante dall'eterodirezione per rilevare - facendo leva sulla novità data dall'irrompere sulla scena, in contrapposizione all'eterorganizzazione quale delineata dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, della norma definitoria della relazione tra committente e prestatore nell'ambito delle collaborazioni coordinate e continuative estranee al citato art. 2, comma 1, dettata dall'art. 15 della legge n. 81/2017, che la identifica nel coordinamento, sostanziandola nella definizione su base negoziale del collegamento con l'organizzazione

produttiva del committente/creditore e sancendo l'estraneità alla nozione del potere di interferenza sull'organizzazione dell'attività lavorativa del prestatore rimessa all'autonomia del medesimo - come l'eterodirezione e la subordinazione stessa si sottragga all'alternativa secca, sussiste/non sussiste, ma si gradui, declinandosi e così ripartendosi in quote diverse, tali da giustificare una analoga distribuzione pro quota delle tutele in una serie di rapporti compresi all'interno della soglia che la separa dall'autonomia.

Il che lo induce, una volta sbrigativamente esclusa la possibilità di richiamarsi agli elementi, definiti sfuggenti, dell'alternativa tra obbligazione di mezzi e obbligazioni di risultato, a spostare l'attenzione, ai fini della soluzione del problema qualificatorio, sul profilo della differenziazione del potere implicato dalla specifica tipologia di rapporto considerata, lavoro subordinato, etero-organizzato, coordinato e continuativo e autonomo¹³.

L'Autore rileva come, alla stregua dei relativi parametri normativi, debba ritenersi che, rispetto al potere direttivo proprio del datore di lavoro ex art. 2094 c.c., vengano necessariamente a distinguersi, diversamente modulandosi in funzione dell'intensità del collegamento tra interesse del committente/creditore e prestazione lavorativa, in primo luogo il potere di etero-organizzazione riconosciuto al committente dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015, che in base alla definizione dell'Autore stesso, si esplica in modo che il committente "incide organizzativamente sulle modalità esecutive della prestazione, nonché sui tempi e sul luogo di esercizio dell'attività prestatoria formattando il substrato materiale della prestazione, che risulta a sua volta formattata secondo le esigenze che l'organizzazione, imperativamente ed unilateralmente, pone al lavoratore"; in secondo luogo, il coordinamento richiesto nell'ambito delle collaborazioni coordinate e continuative che la norma introdotta ad hoc dall'art. 15 della legge n. 81/2017 configura come rimesso all'accordo delle parti, cui qualifica viceversa estraneo, in quanto rientrante nella sfera di autodeterminazione del prestatore, l'organizzazione della prestazione lavorativa così da far dire all'Autore come esso non potrà mai realizzarsi attraverso l'esercizio da parte del committente di prerogative organizzative, e dunque in modo "rudimentalissimo o desumibile dal comportamento" del prestatore, come sostenuto in dottrina nell'ambito dell'originario quadro normativo, ma dovrà limitarsi all'indicazione delle condizioni esterne di esecuzione dell'opera "vale a dire ad esempio la natura e la dimensione dell'*opus*, il materiale da adoperare, eventualmente il tempo e il luogo di esecuzione", approdando alla conclusione per la quale

¹³ L'impostazione ricalca quella già proposta in *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Giuffrè, Milano, 1996

il coordinamento verrebbe ad essere ridisegnato in una prospettiva del tutto opposta a quella che ravvisava in esso un elemento indifferenziabile, se non a livello meramente quantitativo, dal potere direttivo del datore, risultando riferibile unicamente all'opus o servizio dedotto in obbligazione; e, da ultimo, la facoltà di impartire istruzioni che la legge, con riferimento alle fattispecie tipiche del lavoro autonomo, attribuisce *ab origine* al creditore della prestazione e che, l'Autore omette di precisare, ha esclusivo riferimento alla realizzazione dell'*opus*, prescindendo del tutto dalla considerazione dell'attività del prestatore ad essa funzionale.

In sostanza, profittando dell'oblio caduto sull'intenso dibattito da epoca risalente svoltosi sul tema nella dottrina giuslavoristica, rispolvera proprie tesi, che già a suo tempo non persuasero la prevalente dottrina, rilanciandole sulla base del preteso riscontro in formule normative quale quella dettata dall'art. 15, l. n. 81/2017 è intervenuta a novellare l'art. 409, n. 3, c.p.c. che palesemente si rispecchiano nelle più recenti e affinate versioni di quell'originario pensiero¹⁴, del resto proposto sulla scia delle elaborazioni dei nuovi studiosi della modernità maturate nelle plaghe periferiche dell'Europa¹⁵ e riversate nelle stanze, intrise di cultura economica, della Presidenza del Consiglio di memoria renziana, ove sono state percepite, piuttosto che per convinzione, per mera comodità di approdo ad una qualunque soluzione giuridica in fondo priva di rilevanza.

Ma ancora una volta la tesi, riflessa nella recente norma di cui all'art. 15, su quella tesi costruita e di quella ritenuta confermativa e tale da superare le perplessità che la tesi oggi ribadita aveva suscitato con riferimento al precedente quadro normativo, mostra, non diversamente da quanto già era registrabile in relazione alla sua originaria versione, evidenti difficoltà di tenuta se si pone attenzione ai passi in cui la suggestiva esposizione in astratto dell'affermata differenziazione in ordine all'estensione delle possibilità di esercizio di prerogative organizzative da parte del creditore della prestazione lascia il posto all'illustrazione in concreto di quella differenza.

5. Le ragioni della storia. Il ritorno all'originario *discrimen* tra *locatio operis* e *locatio operarum*

A voler seguire il ragionamento che sostiene la lettura fatta propria da Perulli - ammettendo quindi l'inefficienza del criterio discrezionale tra subordinazione e autonomia dato dall'alternativa tra obbligazione di mezzi

¹⁴Cfr. A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, Wp C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", IT, 272/2015

¹⁵Vedi il precedente saggio di O. Razzolini, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", IT, 266/20015

e di risultato e così aderendo a quella risalente tesi parimenti intesa a negare ad essa quella valenza, sulla base della considerazione per cui il risultato atteso dal creditore dedotto in contratto può andare oltre la portata semantica del riferimento all'*opus perfectum* e venire a coincidere con la stessa attività del prestatore venendosi così ad annullare la differenza con l'altro termine dell'alternativa, che nel difetto di autosufficienza di quell'attività, ovvero nell'irrilevanza dell'essere la spendita delle energie lavorative rivolta al conseguimento di un'opera in sé compiuta, vede radicata la ragione stessa di quella differenza, sicché sarebbero effettivamente ammissibili collaborazioni autonome connotate da etero-organizzazione e, dunque, ove questa si spingesse alla determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro "anche con riferimento ai tempi ed al luogo di lavoro" risulterebbe fondata la distinzione, operata dal combinato disposto dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 e dell'art. 15 l. n. 81/2017 all'interno di quella tipologia di rapporto, per cui a quelle così atteggiate si contrapporrebbero quelle per le quali resta preclusa ogni ingerenza del creditore sulle modalità di esecuzione dell'attività da parte del prestatore che si auto-organizza, risultando vincolato solo sul versante del coordinamento con l'organizzazione del committente per effetto dell'intesa negoziale a riguardo con questi conclusa – si deve convenire con l'Autore che queste ultime, per distinguersi effettivamente dalle prime, "devono necessariamente caratterizzarsi per rigorosi requisiti di autonomia nell'esecuzione dell'opus/servizio, con connotati di responsabilità e assunzione di rischio in capo al prestatore" e, per converso, "la coordinazione della sua prestazione non deve interferire con la piena autonomia nell'organizzazione della prestazione lavorativa, atteggiandosi a mero criterio di collegamento funzionale di questa con l'attività del creditore" così da costituire semplicemente "un veicolo per internalizzare nella struttura del contratto le condizioni programmatiche secondo le quali la prestazione d'opera coordinata e continuativa soddisfa l'interesse complessivo e globale del creditore".

Sennonché, come detto, nel momento in cui l'Autore va ad esemplificare gli elementi in cui si sostanzierebbe quel coordinamento da internalizzare nel contenuto del contratto, prescindendo da ogni prerogativa organizzativa, fa riferimento al tempo e luogo di esecuzione della prestazione, e dunque a quelle stesse modalità di organizzazione dell'attività del prestatore, in cui si estrinseca il potere di etero-organizzazione che connota le prime, legittimando la loro attrazione nell'area della subordinazione, o a condizioni esterne di esecuzione dell'opera, come la natura e la dimensione della stessa o il materiale da adoperare, chiaramente riconducibili al potere di impartire istruzioni in

ordine alle caratteristiche dell'opera o del servizio commessi riconosciuto al committente nelle fattispecie tipiche del lavoro autonomo¹⁶.

La costruzione dell'Autore, apparentemente solida, rivela così la sua reale fragilità: i contenuti caratterizzanti i diversi poteri assunti come differenziati vengono a sovrapporsi e confondersi, vedendo sfumare la propria efficienza qualificatoria nella tendenziale polarizzazione dei possibili contenuti verso i due originari estremi dell'alternativa, da un lato la subordinazione, dall'altro l'autonomia, sicché l'articolazione tipologica si riduce, la soglia si assottiglia, il continuum non è più visibile.

Il che rende ragione dell'assoluta inconsistenza teorica ed inefficienza pratica delle due norme in esame, cui, viceversa, la suggestiva costruzione dell'Autore ha inteso conferire dignità: se la soluzione normativa si tiene è solo in quanto ciascuna delle due disposizioni trova senso e giustificazione nell'esistenza dell'altra, in un gioco di rispecchiamento e reciproca legittimazione, che conserva plausibilità logica e giuridica, solo se, come si sta verificando ben al di là di quanto testimoni il saggio di Perulli, l'operazione ermeneutica si risolve all'interno del contesto normativo dato, presa nella trappola del descritto circolo vizioso, trascurando il più ampio orizzonte segnato dalla raffinatezza dogmatica e dalla visione sistematica della riflessione dottrinale fin qui condotta.

Apprendosi a questa prospettiva ci si avvede che l'irrilevanza discrezionale dell'intangibilità della sfera di autodeterminazione del prestatore quanto alle modalità di esecuzione della prestazione, motivata dall'ammessa possibilità che il potere di interferenza del committente/creditore sull'attività solutoria del prestatore/debitore si estenda, non diversamente dal potere di conformazione del datore, alla definizione di quelle modalità, era dato già acquisito da quella dottrina acquetatasi sul prevalere della tesi della differenza meramente quantitativa ed anzi superato dal tentativo operato da altra autorevole dottrina¹⁷, di fondare per altra via sulla differenza qualitativa dei due poteri un utile criterio discrezionale tra subordinazione e autonomia.

E si trattava di una proposta interpretativa del tutto analoga a quella qui affacciata da Perulli.

Quella proposta veniva, infatti, a sostanzarsi nella modalità di manifestazione dei rispettivi poteri, modalità che nel caso del committente

¹⁶Non è un caso che T. Treu, *Jobs Act: il riordino dei tipi contrattuali*, in *Ricerche Giuridiche*, 3, 2014, p. 223, si preoccupi di precisare con riguardo al disposto dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 come siano riconducibili al potere di coordinamento del committente "i casi in cui i rapporti di lavoro, tra le parti e i vincoli di luogo e di tempo, in capo al collaboratore, sono solo quelli necessari al raggiungimento del risultato oggetto della collaborazione"

¹⁷Il riferimento è a M. Persiani, *Autonomia, subordinazione, coordinamento, nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. lav.*, 1998, p. 203.

si riteneva si presentasse di necessità consensuale, dovendo esplicitarsi nei limiti del programma di lavoro che il prestatore, nell'esercizio della propria autonomia contrattuale, ha concordato in vista dello specifico risultato dedotto in contratto, laddove nel caso del datore, si poneva, invece come unilaterale, in ragione del configurarsi della prestazione oggetto del contratto come comprensiva delle diverse modificazioni della realtà materiale conseguibili attraverso essa, la cui selezione è prerogativa propria del datore in funzione dell'interesse creditorio al coordinamento della prestazione con la complessiva organizzazione del lavoro.

Senonché, posta in questi termini, la distinzione tra subordinazione e autonomia sembra situarsi piuttosto a livello dell'oggetto della prestazione, inteso come contenuto dell'attività lavorativa promessa e sostanziarsi nel dato, ad esso meramente estrinseco, dell'essere stato questo considerato nel regolamento negoziale nella sua specificità o, altrimenti, come mera variabile nell'ambito dell'insieme dei risultati materiali riconducibili alla prestazione dovuta.

Tant'è che nella versione aggiornata della teoria in esame¹⁸, di recente riproposta in dottrina, la distinzione tra autonomia e subordinazione è direttamente posta a quel livello.

Ciò è quanto si desume dalla conclusione cui quella dottrina approda con l'assumere ad elemento qualificante della prestazione d'opera destinata ad inserirsi nell'organizzazione altrui e ad essere, perciò, soggetta al potere di coordinamento del committente l'aver ad oggetto un *facere* continuativo che la stessa dottrina denomina "servizio" e definisce come quel risultato dato dalla "reiterazione nel tempo di un determinato comportamento idoneo a produrre, in modo continuativo, una certa utilità economica".

Da qui si dovrebbe, in effetti, poter argomentare che il risultato indicato dovrebbe essere tipico della prestazione qualificata dal potere di coordinamento del committente.

Argomento che, di contro, trova smentita da parte della stessa dottrina, cosicché la proposta distinzione finisce per sfumare del tutto, nel momento in cui si rileva che, a fronte di un contratto che preveda quella prestazione, il potere di ingerenza del titolare dell'organizzazione cui la stessa inerisce potrebbe essere modulato nel regolamento negoziale in termini tali che in capo a questi possa essere indifferentemente riconosciuto tanto il mero potere di controllo sull'esecuzione dell'opus, quanto il potere consensualmente delimitato di intervenire sulla fase di esecuzione dell'attività necessaria all'adempimento della prestazione,

¹⁸Ci si riferisce a M. Marazza, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2002

quanto, addirittura, il potere unilaterale di specificazione delle modalità di esecuzione della prestazione.

Con ciò, infatti, si ammette in relazione all'identico rapporto di collaborazione sia la mera eventualità dell'esercizio da parte del committente di un potere di ingerenza sull'organizzazione dell'attività del prestatore, sia la massima estensione dello stesso, negandosi quindi il presupposto stesso della distinzione proposta che appunto assumeva a criterio discretivo la differente qualità del potere.

Il che impone per ciò stesso il superamento di tale versione, conservando di essa il *quid novi*, o piuttosto quel quanto di antico che la stessa induce rispetto alla versione originaria, dato dall'aver riportato la distinzione tra subordinazione e autonomia al livello dell'oggetto della prestazione, non diversamente da quanto risultava dalla tesi tradizionale che agli stessi fini si valeva delle contrapposte categorie della *locatio operis* e della *locatio operarum*.

È, in effetti, su questo terreno che può trovare fondamento la distinzione tra subordinazione e autonomia e delinearsi così una soluzione per il problema qualificatorio, nella consapevolezza, peraltro, di doversi discostare dall'impostazione che su quello stesso terreno ha prospettato del tema la medesima autorevole dottrina, divenuta poi prevalente, tesa ad incorporare nella causa del contratto di lavoro subordinato il profilo dell'organizzazione, in modo tale da identificare il risultato atteso dal datore/creditore e dunque l'oggetto dell'obbligazione, non tanto nell'attività convenuta e dunque nel risultato materiale della prestazione, quanto nella collaborazione del soggetto contraente, comprensiva di quel risultato materiale, includendo il contratto la dimensione organizzativa del coordinamento della prestazione, in funzione dell'interesse del datore al conseguimento del risultato della produzione, assunto come "termine di riferimento dell'attività dovuta".

Si deve, infatti, ammettere che tanto il contratto di lavoro subordinato quanto il contratto relativo a prestazioni d'opera destinate ad inserirsi nell'organizzazione altrui costituiscono elementi negoziali di un'organizzazione, qual è l'impresa, eccedente l'organizzazione del fattore lavoro, in sé priva nel nostro ordinamento di giuridica rilevanza, di modo che entrambe le tipologie di contratto si connotano per la loro idoneità ad incorporare una funzione organizzativa, che, dunque, non può fungere da criterio discretivo delle stesse né risulta graduabile.

L'approdo può essere rappresentato dall'adesione a quella diversa linea di pensiero che da Giorgio Federico Mancini¹⁹ discende per essere raccolta,

¹⁹Vedi dell'A. *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957

filtrata da Gino Giugni²⁰, dapprima da Franco Liso²¹ e poi da Umberto Carabelli²², in base alla quale l'oggetto della prestazione proprio del contratto di lavoro subordinato è dato dall'"apporto di utilità qualitativamente corrispondente allo svolgimento delle mansioni"²³ inteso come "frammento dell'organizzazione che vive nel comportamento del lavoratore", di modo che è tale risultato, che qualifica giuridicamente in modo costante, quali che siano i concreti compiti svolti, l'attività del lavoratore, assorbendo la variabilità del risultato materiale della stessa, a ricomprendere, incorporandolo, il coordinamento, che va a riflettersi in termini giuridicamente rilevanti sul comportamento solutorio del lavoratore esclusivamente attraverso la conformazione alle esigenze organizzative del datore che al comportamento stesso deriva dall'esercizio del suo potere direttivo.

Nell'ambito del contratto di lavoro autonomo l'apporto di utilità qualificante la prestazione lavorativa viene invece ad identificarsi nell'*opus*, ovvero nel bene o servizio oggetto della commessa, non diversamente, ricadendo esse nell'area dell'autonomia, da come si verifica per le collaborazioni coordinate e continuative, che a loro volta si distinguono dalle prestazioni tipiche di lavoro autonomo in relazione all'elemento estrinseco all'oggetto della prestazione dell'essere questa destinata ad inserirsi nell'organizzazione produttiva di altri, presupponendo, diversamente da queste ultime il necessario coordinamento con quell'organizzazione, che, tuttavia, come è emerso dall'analisi della riflessione dottrinale in ordine alla natura e contenuto di quel potere in sé e comparato con la relazione di potere che connota i rapporti contermini, può concretarsi indifferentemente tanto nel mero collegamento funzionale con quella organizzazione quanto nella definizione delle modalità di esecuzione della prestazione e, dunque, nell'esercizio di prerogative organizzative.

Ne deriva, da un lato, che la distinzione operata a livello normativo dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 e dall'art. 15, l. n. 81/2017 all'interno della tipologia dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa sul presupposto della diversità degli ambiti di ingerenza del committente rispetto all'organizzazione della attività del prestatore è priva di fondamento giuridico, dall'altro che le medesime norme, non solo sono prive di efficienza qualificatoria, problema che, del resto, attraverso

²⁰Il riferimento è a "Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro", Napoli, 1963

²¹La mobilità del lavoratore in azienda. Il quadro legale., Milano, 1982

²²Ci si riferisce alla relazione tenuta dall'A.alle Giornate di studio dell'AIDLASS, Teramo 2003, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in Giorn. Dir. lav. rel. ind., 2004, p. 1

²³La definizione è di F. Liso, *op. loc. ult. cit.*, p. 56

l'assimilazione attuata sul versante della disciplina, tendevano ad aggirare, ma, considerata l'impossibilità di attribuire valore significativo al criterio prescelto attinente all'estensione del potere, stante, per quanto detto, l'assoluta sovrapposibilità tra etero-organizzazione e coordinamento, come di queste con il potere direttivo e la facoltà di impartire istruzioni, non rivestono valenza alcuna sul piano, fondamentale, ove si riguardi la questione dal punto di vista della giurisdizione, della selezione della disciplina applicabile ai singoli rapporti, che resta pertanto ancora, al di là ed anzi contro ogni originaria intenzione, rimessa al giudice²⁴.

²⁴ Un riferimento esplicito alla "supplenza giudiziaria" lo si rinviene in Treu, *Rimedi e fattispecie...*, cit. p. 26