

LAVORO E DIRITTO

2/2015

ISSN 1120-947X

LAVORO E DIRITTO

2/2015

Ciclicità e discontinuità
nel diritto del lavoro

IL TEMA

Ciclicità e discontinuità nel diritto del lavoro

Stereotipi, circolarità e discontinuità nel diritto del lavoro, *di Luigi Mariucci*

L'irresistibile ascesa della licenza di licenziare, *di Umberto Romagnoli*

Riforme strutturali e prospettiva europea di *Flexicurity*: andata e ritorno,
di Donata Gottardi

Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia, *di Adalberto Perulli*

Lo sciopero e il diritto fra innovazione, tradizione e ragione pratica,
di Vincenzo Bararo

L'eterna ghirlanda opaca: evoluzione e contraddizione del sistema italiano
di sicurezza sociale, *di Gian Guido Balandi*

SACCI

Illegittimità del licenziamento e onere della prova nel d.lgs. n. 23/2015:
tentativi maldestri e occasioni mancate, *di Marco Peruzzi*

Il tempo parziale tra contratto e mercato del lavoro, *di Mirko Altimari*
Contrasto alla criminalità organizzata e diritto del lavoro: indifferenze,
interrelazioni e cortocircuiti, *di Maura Ranieri*

ISBN 978-88-15-25500-6



9 788815 255006

€ 32,00

 il Mulino

Poste Italiane s.p.a. - Sped. in abb. post. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, c. 1, CN/BO.

Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia

di Adalberto Perulli

Sommario: 1. Subordinazione e autonomia: dal confine alla soglia. - 2. *Di qua* dal confine: subordinazione e neo-gerarchia. - 3. *Al di là* del confine: mercato e teoria contrattualistica dell'impresa. - 4. Riscrivere confini o soglie? L'esempio del *Jobs Act*. - 5. Il distinguo tra lavoro subordinato e lavoro etero-organizzato. - 6. La distinzione tra prestazioni autonome coordinate e prestazioni etero-organizzate: un nuovo ambiguo confine. - 7. Abitare la soglia: quali diritti per il lavoro autonomo economicamente dipendente?

1. *Subordinazione e autonomia: dal confine alla soglia*

Cosa c'è di nuovo nella teoria giuridica della subordinazione e dell'autonomia? Con una metafora topologica potremmo dire che si sta organizzando il passaggio dal confine alla soglia. Il confine segue il principio secondo cui le prestazioni aventi ad oggetto un *facere* a favore di altri si distinguono in ragione della natura subordinata o autonoma del vincolo contrattuale cui ineriscono, e tale *necessario* distinguo risponde all'esigenza sistematica di individuare, nell'infinita gamma dei rapporti fondati sullo scambio tra un'attività lavorativa e un corrispettivo, un criterio discretivo affidabile in grado di ricomporre la tensione tra la necessità del tipo – nel senso di una stabile ed organizzata disciplina delle figure negoziali censite nell'esperienza pratica – e l'insufficienza dei tipi legali ad esaurire, includendole, le mutevoli articolazioni della fenomenologia socio-economica relativa ai rapporti negoziali tra impresa e lavoro. La soglia indica invece uno spazio che supera la scansione *tipologica* dell'aut-aut e definisce un nuovo criterio *topo-logico*, dove la determinatezza del confine lascia il passo ad uno spazio che prescinde dalla presenza di barriere tipologiche, prospettandosi, e realizzandosi in termini normativi, quella situazione combinatoria tale per cui ciascuna regola, costituente l'alfabeto normativo dei singoli modelli contrattuali, si declina in ambiti non necessariamente coincidenti con quelli designati dal tipo.

Prima di approfondire il tema della soglia, dobbiamo tuttavia porci la questione del confine, e della sua perdurante funzione regolativa. Se affrontata ad un elevato livello di astrazione, non necessariamente congruente con i processi di ridefinizione della realtà sociale, la distinzione tipologica tra subordinazione e autonomia sembra mantenere una propria logica coerenza, onde le “costanti” prevalgono senz’altro sui fattori di varianza. Prendiamo, come esempio, il ricorrente discorso sulla “crisi” della subordinazione, su cui la dottrina si è affannata negli ultimi due lustri: apparentemente questo argomento sembra essere stato assorbito da un ordinamento giuridico-politico capace di mantenere omeostaticamente in equilibrio la coppia subordinazione/autonomia. Le ragioni di tale perdurante equilibrio, e della relativa necessità istituzionale del diritto del lavoro come sistema protettivo tendenzialmente universalistico ma centrato sul primo dei due termini, restano impregiudicate nonostante le narrazioni sul post-fordismo, sull’immaterialità dell’impresa, sul capitalismo cognitivo ecc., perché rispecchiano, secondo un insegnamento di Simmel, le relazioni sociali connotate da *Sovraordinazione* e *Subordinazione*, vale a dire i due poli dell’interazione tra soggetti che, nella Modernità, coniugano i principi di eguaglianza e libertà con l’esigenza di una strutturazione gerarchica che ordina i rapporti di forza e di potere tanto nell’ambito dei gruppi sociali quanto nelle organizzazioni produttive (Simmel 1989, p. 179 s.; Bianco 2009). In questa prospettiva il diritto del lavoro continua ad essere, nella sua irriducibile ambivalenza, un diritto della produzione (o del capitalismo, secondo la lezione dei giuristi francesi), la cui necessità si incardina sia nelle esigenze dell’economia e dell’impresa (che attraverso lo schema del lavoro subordinato riduce i costi di transazione) sia nel classico paradigma protettivo che esso è capace di offrire, nonostante le reversibili sorti delle tutele affidate ad un legislatore sempre più irretito da imperativi efficientistici e da logiche di reificazione del mondo. Proprio i processi di reificazione sociale, recentemente re-indagati da studi filosofici di notevole spessore teorico, dimostrano la tensione verso forme diffuse di trattamento strumentale delle persone – *id est* di “mercificazione” – nel quadro di crescenti fenomeni di alienazione economica nella vita contemporanea (Honnet 2005; ma vedi anche Sennet 1999): da qui l’urgenza di mantenere ferma l’idea – risalente a Sinzheimer – di una “labour constitution” capace di riequilibrare le asimmetrie di potere che caratterizzano il rapporto di lavoro subordinato (Dukes 2014). Di conseguenza, ancora di recente, si è riconosciuta la perdurante attualità dello schema legale tipico di cui all’art. 2094 c.c. «così come si è venuto evolvendo alla luce del dettato costituzionale e del temperamento tra le diverse esigenze imposto dall’evolversi della società intorno a modelli prima industriali e

poi post-industriali» (Zoppoli 2015). Più in generale, e seguendo diverse matrici culturali che coltivano lo scarno linguaggio dell'empirismo tipico della *common law*, si è scritto che benché il diritto del lavoro sia soggetto al “tempo” e allo “spazio” – e, quindi, fondamentalmente reversibile –, l'idea regolativa del diritto del lavoro, fondata sul “deficit democratico” e sulla “dipendenza” che caratterizzano il rapporto di lavoro, mantiene una sua immutata valenza per il semplice motivo che «the basic problems which labour laws are designed to confront are very similar across time and place» (Davidov 2014a, p. 3).

Se la struttura del diritto del lavoro rimane quindi ancorata all'idea di subordinazione, secondo una giustificazione che risale, nella tradizione italiana, a Ludovico Barassi ed in quella di matrice anglosassone a Kahn-Freund (Davies, Freedland 1983), anche la speculare concezione dell'autonomia, quale dimensione alternativa del *facere* svincolato dal potere di indirizzo del creditore, sembra mantenere un solido ancoraggio alla realtà fenomenica e alla relativa funzione social-tipica svolta dagli schemi negoziali riconducibili all'antico ceppo della *locatio operis*. Tra la gerarchia e il mercato, insomma, residua un'opposizione di fondo che giustifica la tracciatura di un confine; ma si tratta di un confine sempre più incerto e poroso: *cum-finis* è ciò che “distingue, accomunando” (Cacciari 2000), al punto da immaginare un'area di integrazione del fattore lavoro nell'impresa in cui «entrano in comunicazione al di là della distinzione tra subordinazione e autonomia i contratti nei quali viene dedotta una prestazione di lavoro» (D'Antona 1995). È quindi opportuno ripercorrere i sentieri che attengono, *de iure condito*, alla sfasatura tra tipo contrattuale di cui all'art. 2094 c.c. e la disciplina legale della subordinazione, specie avendo riguardo ai mutamenti che la realtà economica e sociale ha prodotto in punto di riconfigurazione delle situazioni soggettive di riferimento e ai bisogni di protezione sociale che tali sommovimenti tendono a riarticolare; e, in una prospettiva *de iure condendo*, alle proposte di ri-focalizzazione normativa delle tutele sul fronte del lavoro autonomo, sempre più “dipendente”, in termini economici ma non solo, dall'organizzazione produttiva in favore della quale la prestazione viene eseguita, e quindi maggiormente vulnerabile e bisognoso di protezione sociale nonostante la formale appartenenza dei relativi contratti all'alveo della *locatio operis*. Questa prospettiva analitica sulla frontiera mobile del diritto del lavoro, che riprende *ab imis* le fondamenta della materia (la sua razionalità normativa e la sua giustificazione sociale), non può certo essere ricondotta agli “stereotipi” di cui Luigi Mariucci afferma la necessità di liberarsi, né deve collocarsi in una pura e semplice prospettiva di circolarità, ossia in una logica di “eterno ritorno” di concetti e problemi

definitori e qualificatori già posti, negli stessi termini, *in limine materiae* (cioè all'inizio del secolo scorso), e risolvendosi nell'attività di meccanica collocazione delle figure lavorative entro gli schemi giuridici alternativi (in termini tipologico-causali) della subordinazione o dell'autonomia.

Il tema sembra del resto aver acquisito una dimensione almeno parzialmente nuova rispetto al passato, sia nel panorama del diritto italiano sia nel dibattito internazionale. Il legislatore interno, con una recente disposizione del d.lgs. n. 81/2015, ha inteso adeguare i confini normativi del diritto del lavoro al mutato contesto sociale e produttivo, sia pure in una prospettiva – come meglio argomenteremo *infra* – del tutto parziale ed unilaterale: che guarda, cioè, alla sola dimensione espansiva della subordinazione/dipendenza, senza preoccuparsi di affrontare (almeno per il momento) l'altra “metà del cielo”, vale a dire la ri-articolazione delle fattispecie del lavoro autonomo attorno al concetto, ormai entrato a far parte del dibattito giuslavoristico europeo e non solo, della “dipendenza economica”. Nonostante i limiti e gli errori di prospettiva del legislatore interno, è indubbio che l'attrazione nell'alveo della subordinazione (*recitius*, della disciplina apprestata per i contratti di lavoro subordinato) di prestazioni di lavoro non eterodirette, ma “organizzate dal committente”, esprime una rinnovata tensione correttiva della sfasatura fattispecie-effetti messa in luce già a partire dagli anni settanta del secolo scorso, nella direzione di un maggiore universalismo di tutele. In una prospettiva convergente, era stato del resto coniato il termine “detipicizzazione” della subordinazione, proprio al fine di indicare una tecnica diretta a collegare la tutela del prestatore di lavoro subordinato alla prestazione in sé considerata, indipendentemente dal tipo contrattuale in cui è dedotta, in ragione della progressiva perdita di centralità della figura social-tipica di riferimento (il lavoratore salariato dell'industria) a vantaggio di figure professionali «nate dalla crescita dei nuovi tipi di lavoro ed altresì diverse per le condizioni della prestazione e per le forme d'organizzazione» (Ghera 2006, p. 121; Ghera 2014, p. 518).

Ma è nella prospettiva internazionale che la critica della dicotomia subordinazione/autonomia viene ricollegata ad altri fattori di crisi del paradigma tradizionale del diritto del lavoro – quali la proliferazione di forme di lavoro atipiche, la globalizzazione e i correlati fenomeni di *dumping sociale*, il declino del sindacato, ecc. –, e riletto nell'ambito di nuove categorizzazioni dell'esperienza sociale cui dovrebbe corrispondere una rinnovata tensione regolativa e, quindi, valoriale. È sufficiente ricordare, anzitutto, l'analisi ri-fondativa condotta da Alain Supiot, il quale, nel suo ormai classico Rapporto, dopo aver riconosciuto la «stabilità quantitativa e le trasformazioni qualitative» del lavoro indipendente individua due

diverse strategie di devalorizzazione o, al contrario di valorizzazione del lavoro post-fordista, ed infine prospetta la riscrittura dei contenuti regolativi del diritto del lavoro secondo quattro cerchi concentrici, tre dei quali calibrati sulla “labour market membership” ed uno di questi sull’“occupational activity”, tale da includere tanto i lavoratori subordinati quanto i prestatori indipendenti, a favore dei quali apprestare una soglia di tutele comuni in materie ritenute *indifferenti* alla logica binaria di qualificazione. Al paradigma dell’“impiego” viene così sostituito un paradigma dello statuto professionale delle persone, che non si definisce in ragione dell’esercizio di una professione o di un lavoro determinato, ma ingloba le diverse forme di lavoro che ogni persona è suscettibile di compiere durante la propria esistenza (Supiot 1999, p. 90).

Il ripensamento degli incerti confini della subordinazione, i suoi rapporti di ibridazione con il mondo dell’autonomia lungo il *continuum* che collega – più che separare – i due ideali baricentri del (poli-centrico) universo avente ad oggetto le prestazioni di *facere*, è stato soprattutto sospinto, nella più recente dottrina di *common law*, da una crescente sensazione di crisi della razionalità regolativa del diritto del lavoro, costruito attorno a postulati oppositivi sempre meno accettabili e razionalmente giustificabili. Il tema è stato ripreso in guise metodologicamente differenti, ma convergenti nella necessità di ripensare i confini del diritto del lavoro, la sua espansione *universalistica* ovvero, la sua capacità – solo apparentemente contraria – di penetrare *selettivamente* ambiti sociali sprovvisti di considerazione e relegati ad una regolazione puramente civilistica o commercialistica. Penso, in particolare, all’analisi di Mark Freedland e Nicola Kountouris (2011), la cui critica della divisione binaria (giudicata “falsa”) fondata sull’ineguaglianza di potere tra le parti – ritenuta insufficiente ai fini della distinzione tra subordinati e autonomi – ha condotto ad immaginare una nuova “famiglia di contratti”, con sette tipi empirici di relazioni lavorative (lavoro subordinato standard, lavoro pubblico, professioni liberali, *freelancers*, lavori atipici, *trainees* e volontariato) caratterizzate da un legame personale (*Personality of Work*), concetto più esteso del *contract of employment* e tale da giustificare una somministrazione selettiva di tutele anche agli indipendenti, estese alla libertà di organizzazione, associazione sindacale e astensione collettiva e al diritto alla sicurezza e previdenza sociale. In una prospettiva diversa si pone chi, come il sottoscritto, da tempo teorizza di affrontare il tema del lavoro “economicamente dipendente”, concetto che accomuna il lavoro subordinato e (parte di) quello autonomo qualificando un “intermediate group of dependent contractors” la cui inclusione nell’orizzonte del diritto del lavoro si giustifica sia in una logica *selettiva* (giacché si riferisce ad un particolare gruppo so-

ziale che esprime bisogni specifici) sia in una direzione *universalistica* (in quanto espande lo spettro di azione del diritto del lavoro, o di una parte di esso, a categorie addizionali di prestatori) (Davidov 2014b, p. 557 ss.).

Queste ricerche, che tendono a ridisegnare i meccanismi di selezione delle tutele, conducono inevitabilmente a ripensare criticamente il *dentro e il fuori* nel diritto del lavoro, in una logica molto diversa da quella tradizionale, in cui la semplice opposizione tipologica (dentro/fuori) appare insufficiente a dare ragione dei fenomeni che dovrebbe spiegare e normativamente strutturare. Si tratta, allora, di organizzare normativamente il passaggio dal *confine*, che esprime una tipizzazione lineare del diritto, alla *soglia* o *limen* intesa come nuova geometria dimensionale del diritto del lavoro; geometria che suggerisce, invece della tradizionale opposizione, uno spazio di attraversamento, di mobilità e cambiamento del lavoro. Ma prima di affrontare la nuova dimensione *topo-tipologica* del diritto del lavoro, è necessario ancora approfondire il tema del confine tra subordinazione e autonomia, che appare preliminare ad ogni ripensamento critico della materia.

2. Di qua *dal confine: subordinazione e neo-gerarchia*

Nonostante il parziale ridimensionamento della subordinazione nell'ambito dell'organizzazione del lavoro affermata prevalentemente in ambito sociologico, è sorprendente rilevare come proprio la "gerarchia" abbia nuovamente incontrato l'interesse degli economisti (e dei giuristi) interessati alla teoria dell'organizzazione. Tuttavia, proprio queste ricerche dimostrano che nei contesti organizzativi fondati su contrattazione "relazionale" gerarchia e mercato tendono a confondersi. In contrapposizione alle visioni contrattualistiche o di *law and economics*, alcuni autori sostengono che uno dei meccanismi più importanti realizzati dalla *corporate law* è la creazione di congegni regolativi, c.d. "mediating hierarchy", attraverso i quali il controllo su importanti *assets* e decisioni riguardanti un *team production* viene sottratto ai membri del *team* e garantito dalla gerarchia interna. In una visione esplicitamente neo-hobbesiana, sono gli stessi lavoratori membri del *team* a sottomettersi all'autorità interna, non solo per garantire gli interessi della gerarchia ma per assicurare, attraverso la mediazione della gerarchia, gli investimenti in risorse *firm-specific* dedicate al *team* (Blair, Stout, 1999, p. 247 ss.; Blair, Stout, 2005). Teorici dei giochi hanno focalizzato il ruolo della gerarchia sviluppando una distinzione tra rapporti "contrattuali" e rapporti "relazionali", i quali coinvolgono una serie di "non-contractible rights" che devono essere "coordinated

by relational managers” (Baker, Gibbons e Murphy 2002). Gli stessi autori, nella prospettiva dell’adattamento relazionale (*relational adaptation*), hanno rivisitato il classico modello di Simon, in cui le parti attribuiscono al *boss* il potere decisionale in funzione dei mutamenti di stato del mondo al fine di superare le inefficienze (ed i costi) delle decisioni *ex post* (Simon 1951). Il problema dell’allocazione ottimale del potere decisionale e di controllo chiama in causa l’inettitudine dei modelli contrattuali *spot*, fonte di inefficienza negli intervalli di esecuzione contrattuale, sottolineando l’importanza del modello *contracting for control*, in cui le parti impiegano i contratti relazionali per creare strutture di *governance* endogene capaci di allocare in modo efficiente il potere decisionale (*decision rights*).

Altri autori, concordemente con teorie dell’impresa di orientamento istituzionale, hanno ribadito che l’organizzazione imprenditoriale esiste non solo per ridurre i costi di transazione, ma anche come strumento di esercizio del potere imprenditoriale (*entrepreneurial judgment*). In questa prospettiva i mutamenti nella struttura dell’impresa e dei suoi confini possono essere letti come il risultato di un processo di “sperimentazione imprenditoriale”, mentre sul piano interno l’organizzazione viene interpretata come modello in cui l’imprenditore delega determinati diritti di decisione ai propri subordinati, i quali li esercitano come forme derivate di potere direttivo (Foss, Klain 2008). In tal prospettiva l’impresa si distingue da altre strutture di governo per l’esistenza di tre caratteristiche, centrate sulla *natura del lavoro dipendente*: *i*) il lavoratore subordinato non è proprietario dei mezzi di produzione; *ii*) il lavoratore subordinato è soggetto a schemi di incentivo “low-powered” (ad es. salario forfettizzato invece che corrispettivo orario, o corrispettivo orario invece che compenso commisurato al risultato); *iii*) il lavoratore subordinato è soggetto all’autorità del datore di lavoro (Blair, O’Hara 2008). Lo stesso Oliver Hart, uno dei fondatori della teoria dei diritti di proprietà, ha modificato l’originaria attenzione sui *property rights* e sui relativi meccanismi di controllo come essenza dell’impresa, costruendo un modello di comparazione tra “employment” *versus* “contracting” basato sull’individuazione di chi decide il metodo di produzione: mentre in un contratto commerciale è il venditore che stabilisce i metodi di produzione, nel contratto di lavoro è l’acquirente (cioè il datore di lavoro) il soggetto che decide (Hart, Moore 2008).

Nel modello relazionale, che qualifica non già una tipologia contrattuale ma un diverso approccio alla teoria del contratto, la funzione della discretezza è completamente rimossa a favore di un sistema di relazioni complesse, di lunga durata e ispirate ai canoni della collaborazione e della fiducia, disciplinate anche da regole sociali e di natura consuetudinaria, che consente l’adattamento flessibile della relazione contrattuale alle so-

pravvenienze. Queste forme contrattuali denotano, fra l'altro, il diverso livello di autonomia mantenuta dalle parti, polarizzate tra un massimo (le transazioni discrete), un minimo (le transazioni gerarchiche) e un livello intermedio (le transazioni ibride). I contratti relazionali non corrispondono quindi, necessariamente, a rapporti di natura gerarchica, anche se nella *long term transaction* tendono a strutturarsi meccanismi di quasi-gerarchia.

Come si evince da quanto sin qui descritto, non è più accettabile ravvisare una netta contrapposizione tra mercato e gerarchia come strumenti per regolare le interazioni tra i soggetti economici. La regolazione, ormai da alcuni anni, si confronta più o meno consapevolmente con questa acquisizione della teoria dell'impresa, che ha minato alle fondamenta alcuni dogmi del diritto del lavoro tradizionale. Gli studi economici, da Williamson (1987) in avanti, hanno permesso di superare queste visioni dicotomiche, considerando come la logica contrattuale, e quindi di mercato, sia presente anche all'interno dell'impresa, mentre la cooperazione relazionale tra imprese può cedere il passo a meccanismi gerarchici fondati su forme di supremazia economico-giuridica. I costi di transazione non riguardano solo gli scambi sul mercato, ma anche le relazioni interne all'impresa. L'impresa, che nasce come *anti-mercato* (in quanto comporta costi transazionali minori), deve sostenere i costi di *governance* della rete di contratti che strutturano la gerarchia interna all'impresa. I confini tra mercato e organizzazione si fanno mobili in base alle caratteristiche del contesto della transazione, secondo il criterio dell'efficienza relativa; nascono forme ibride, di quasi-mercato e di quasi gerarchia, che offrono all'impresa una sintesi tra i benefici (ed i costi) delle *open markets transactions* e l'*internal ownership* (Geis 2009). La ragion d'essere economica della gerarchia continua ad essere ricondotta ai costi di transazione, ma il rapporto di lavoro non è più meramente gerarchico quanto strutturato in base ad una continua serie di negoziazioni sui modi di svolgimento dell'attività e sul contributo di ciascuno (obiettivi, qualità, performance, ecc.). Strutture intermedie o ibride, come l'*offshore outsourcing*, le *business alliances*, o gli accordi di *franchising*, rappresentano un compromesso efficiente alla luce della teoria dei diritti di proprietà (*capital structure theory*) che suggerisce, da un lato, di ridurre i costi transattivi aggregando gli asset *intra-firm*, dall'altro di limitare le distorsioni derivanti dall'*agency cost problem*.

3. Al di là del confine: mercato e teoria contrattualistica dell'impresa

Anche l'organizzazione interna dell'impresa presenta dei limiti che ne accentuano i costi nel governo delle transazioni, al punto da

far considerare l'ipotesi di fallimento dell'organizzazione (*hierarchy failure*) ed il ritorno al mercato (che pure conosce le *market failures*) come la forma più economica di governo delle transazioni. Il ritorno al mercato assume la forma dell'acquisizione e valorizzazione di risorse umane esterne (lavoro autonomo) mediante processi di esternalizzazione, creazione di legami cooperativi e comunicativi tra prestatori ed imprese. L'ambiente transazionale diventa così il luogo in cui maturano formule organizzative ibride, di "mercato organizzato", luoghi di congiunzione tra il mercato puro dell'economia politica classica e le altre forme organizzative tipiche, quella gerarchica e quella di "clan". Affidarsi alle forme intermedie del mercato organizzato per la gestione del fattore lavoro può essere una scelta motivata non solo dalla mera riduzione di costi, ma dalla volontà di salvaguardare o accrescere doti e qualità professionali idiosincratice, altrimenti difficilmente gestibili nell'ambito di relazioni gerarchiche, quali le caratteristiche di autonomia, imprenditorialità, la capacità innovativa dei soggetti. La parasubordinazione ed i contratti di lavoro autonomo economicamente dipendente, su cui la letteratura europea da tempo riflette, rappresentano un terreno elettivo per testare i possibili innesti tra mercato e gerarchia alla luce della teoria dei contratti relazionali e dei nuovi fluttuanti confini dell'impresa.

L'esperienza del lavoro economicamente dipendente è emblematica del tentativo di ibridare in un rapporto formalmente autonomo gli elementi del mercato e della gerarchia, della transazione discreta e del contratto relazionale: viene così a definirsi una forma negoziale mista ove, da un lato, il progetto organizzativo predisposto dal committente predefinisce la sfera debitoria con un inedito effetto di "riduzione al presente" delle aspettative obbligatorie delle parti; dall'altro lato il coordinamento e la continuità del rapporto garantiscono la soddisfazione di un interesse organizzativo del committente.

Il coordinamento contrattuale tipico della struttura relazionale assicurata, dal punto di vista economico, l'omogeneità qualitativa tra i due modelli onde muta l'immagine stessa dell'impresa, che diventa nesso di una molteplicità di obblighi negoziali, non solo interni ma con tutti i suoi fornitori esterni. Il contratto commerciale costituisce il requisito fondamentale per assicurare l'integrazione fra soggetti economici e quindi la coordinazione tra i fattori produttivi, beni materiali e lavoro, necessari alla realizzazione del prodotto da immettere sul mercato, garantendo la continuità dei rapporti tra imprese per mezzo di accordi proiettati nel tempo. Riprende vigore, in sostanza, l'idea di impresa de-gerarchizzata e dematerializzata, come "rete di contratti" relazionali.

In realtà, la teoria contrattuale concettualizza l'impresa non già come soggetto o entità, ma quale semplice aggregato dei vari *inputs* che integrano assieme per la produzione di beni o servizi: i dipendenti apportano il lavoro, i creditori il *debt capital*, gli azionisti l'*equity capital*, ecc. L'impresa è semplicemente una finzione legale che rappresenta l'insieme delle relazioni contrattuali tra questi vari *inputs*. Di conseguenza, la teoria del *nexus of contracts*, pur fondata sull'intuizione coasiana dell'impresa come luogo di organizzazione dei fattori produttivi alternativo alle transazioni di mercato, introduce un elemento innovativo, volto a reintrodurre la logica del mercato dentro l'impresa, negando l'utilità euristica del concetto di autorità nella spiegazione dei fenomeni relazionali interni alla struttura gerarchica. Nell'ottica contrattualistica, infatti, il rapporto di lavoro non si basa su di un criterio gerarchico, bensì sullo uno scambio volontario tra soggetti alla ricerca di un assetto soddisfacente dei propri interessi. Alchian e Demsetz si domandano in cosa si differenzia la relazione intercorrente fra un droghiere e un suo dipendente da quella tra lo stesso droghiere e un suo cliente: qual è il contenuto del potere di dirigere e di assegnare ai lavoratori i diversi compiti? La risposta è che la diversità, che connota l'impresa rispetto ad altri meccanismi di contrattazione di mercato, si coglie solo nell'uso di squadra degli *inputs* da parte del *team production*, e nella posizione centralizzata di una qualche parte nell'assetto contrattuale di tutti gli *inputs*. È l'agente contrattuale centralizzato di un processo produttivo di squadra (*team production*), e non qualche superiore direttiva autoritaria a caratterizzare l'organizzazione, ove l'agente centrale «è chiamato proprietario dell'impresa o datore di lavoro» (Alchian, Demsetz, 1972, p. 777). Come dire che la nozione di squadra produttiva (*team production*), in cui il prodotto finale dell'attività lavorativa (*output*) è sempre maggiore della somma di *output* separabili di ognuno dei suoi membri, non elimina la figura centrale di un soggetto (l'imprenditore, *residual claimant*) che monitora l'attività di tutti i soggetti coinvolti nel *team productive process* (incentivati, in quanto dipendenti, a non sfruttare al massimo la propria *marginal productivity* nascondendosi dietro gli altri *agents*), controlla la produttività marginale dei lavoratori ed esercita nei loro confronti un potere di organizzazione. Quest'ultimo, tuttavia, non viene affatto spiegato nei termini di un'autorità gerarchica, bensì come prerogativa che in nulla differisce dal potere contrattuale di scelta esercitato dal consumatore nell'atto di acquistare un determinato prodotto. In termini giuslavoristici, il potere direttivo del datore di lavoro in nulla differisce dal potere di un qualsiasi creditore nei confronti del proprio debitore, onde non è più possibile distinguere tra le transazioni contrattuali (di mercato) e gli ordini dell'autorità che carat-

terizzano la gerarchia (l'impresa): i proprietari dei fattori di produzione che intendano far uso delle proprie risorse umane dovranno comunque dedicarsi ad un'attività di contrattazione, da svolgersi nel mercato tradizionalmente inteso oppure nell'ambito di un'impresa.

La revisione contrattualistica della teoria dell'impresa conoscerà la sua massima estrinsecazione con l'applicazione del modello *nexus of contracts* elaborato da Oliver Hart (1989) alla società per azioni, e con il superamento della nozione di impresa quale *Real Entity* trascendente l'identità dei soggetti che vi partecipano, a favore di una visione centrata sull'intreccio di relazioni contrattuali tra soggetti umani, riproducibile in tutti i settori della società: dalle relazioni che legano i vertici della società per azioni ai creditori a quelle intercorrenti tra il management ed i dipendenti. La principale conseguenza di questa visione, esplicitamente argomentata da Alchian e Demsetz, è la superficialità della distinzione, risalente a Coase, tra modelli di allocazione basati sull'autorità e modelli di allocazione basati sui prezzi. In tal prospettiva non v'è alcuna differenza tra "licenziare" il proprio droghiere e licenziare la propria segretaria, mentre quello che definiamo come contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (*open-ended employment contract*) è in realtà un continuo processo di negoziazione implicita tra datore di lavoro e lavoratore. Gli economisti, in particolare, unitamente alla dottrina giuridica ad essi ispirata, assumono che l'impresa costituisca semplicemente un meccanismo per facilitare la contrattazione tra le varie parti coinvolte nel processo produttivo, onde non vi sarebbe nessuna particolare differenza tra la *governance* nell'impresa e la *governance* contrattuale fra imprese. Peraltro, una delle principali conseguenze della teoria in esame dal punto di vista economico consiste nel ritenere dannosa ogni legislazione societaria, che dovrebbe intervenire limitatamente ai casi di *market failure*, mentre la *company law* dovrebbe essere costituita solo o principalmente dalle regole liberamente negoziate fra le parti.

4. *Riscrivere confini o soglie? L'esempio del Jobs Act*

Quali sono le ricadute normative della messa in discussione del confine tra subordinazione e autonomia sin qui discusso attraverso il prisma di (spesso trascurate o ignorate) analisi economiche? Come abbiamo ipotizzato in apertura, la corretta risposta a queste sollecitazioni dovrebbe condurre a ridimensionare l'idea di confine e coltivare quella di soglia. Tuttavia, il legislatore italiano sembra più interessato a ri-tracciare confini che a strutturare normativamente lo spazio topografico della soglia.

L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2005, prevede l'estensione della disciplina del lavoro subordinato (a far data 1° gennaio 2016) anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro. Nonostante un'assonanza con l'*incipit* dell'art. 409, n. 3, c.p.c., le "collaborazioni organizzate" previste dal disposto in esame non coincidono con le collaborazioni coordinate e continuative previste dalla norma processuale. Si tratta, infatti, di prestazioni "organizzate", non "coordinate"; "personali", non "prevalentemente personali"; si tratta, infine, di prestazioni "di lavoro" e non – come recita la norma processualistica – di "opera". Molteplici letture di questo disposto possono essere avanzate.

1. Secondo una prima ricostruzione la disposizione inciderebbe direttamente sul *tipo contrattuale* dell'art. 2094 c.c., ampliandone lo spettro di applicazione, onde la collaborazione etero-organizzata viene *sussumta* nella fattispecie di subordinazione (o ad essa ricondotta, secondo un criterio più affine al metodo tipologico di qualificazione piuttosto che a quello sussuntivo classico). Questa soluzione ricostruttiva non è sostenibile alla luce della formulazione letterale del disposto, sprovvisto di ogni elemento che possa far ritenere attuata una modifica, in senso tipologico, della norma definitoria del lavoro subordinato. Una proposta modificativa in termini tipologici era stata invece prospettata da Pietro Ichino, secondo linee di politica del diritto volte ad ampliare la fattispecie di subordinazione accogliendo, nell'alveo dell'art. 2094 c.c., il lavoro autonomo economicamente dipendente. Questa proposta, che avrebbe fatto rientrare nel nuovo concetto di "subordinazione-dipendenza" una parte del lavoro autonomo, non è stata recepita dal legislatore, il quale, lasciando del tutto impregiudicato il concetto di lavoro autonomo economicamente dipendente (mai impiegato nel *Jobs Act*), ha impiegato strumenti e tecniche affatto diverse. *De iure condito* resta quindi ferma la distinzione tra la prestazione subordinata-eterodiretta, ove l'esercizio del potere direttivo, in azione o anche solo in potenza, puntualmente individua l'oggetto dell'obbligazione secondo le esigenze dell'impresa (art. 2094 c.c.), e la prestazione di lavoro "le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente" (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015).

2. Secondo una diversa prospettazione, il disposto avrebbe introdotto *a latere* dell'art. 2094 c.c. una nuova fattispecie "additiva" di subordinazione (il lavoro "etero-organizzato"), che lascia intatta l'originale formulazione codicistica determinando la creazione di un sotto-tipo con conseguente qualificazione in termini di subordinazione di rapporti che non presentano i tratti tipologici di cui all'art. 2094 c.c. (dipendenza/

eterodirezione), bensì quelli del nuovo sotto-tipo¹. Anche questa ricostruzione della norma appare problematica: stabilendo che «*si applica la disciplina* del rapporto di lavoro subordinato anche [...]», il legislatore opera sulla *disciplina* e non sulla *fattispecie*. Questa soluzione, peraltro, decreterebbe la sussistenza, sul piano dello scacchiere tipologico, di due distinte nozioni di subordinazione, quella dell'art. 2094 c.c. e quella “addiviva” dell'art. 2, comma 1, indifferenti fra loro quanto ad effetti ma connotate da diversi elementi tipologici; prospettazione incoerente con l'impianto sistematico del diritto del lavoro, il quale, pur articolandosi in una pluralità di sub-fattispecie discrete, appare fondato su un concetto aggregante di subordinazione, che rimane ancorato sulla nozione di cui all'art. 2094 c.c.

3. La mia ipotesi ricostruttiva è invece la seguente: la disposizione in esame non interviene sull'art. 2094 c.c., né identifica una fattispecie additiva di subordinazione, perché la collaborazione etero-organizzata non rientra nello schema idealtipico della subordinazione *ex* art. 2094 c.c. (neppure in una sua versione evolutiva), ma costituisce una diversa figura, gravitante nella soglia tra subordinazione e autonomia, che viene ricondotta *per l'effetto* nell'area della subordinazione, senza che essa sia tipologicamente qualificabile come tale, ovvero che ne venga disposta una “conversione automatica”². Questa ipotesi appare, anzitutto, maggiormente aderente alla lettera dell'art. 2, comma 1, che si riferisce *all'ambito applicativo della subordinazione* più che alla *fattispecie di subordinazione* (Treu 2015); inoltre è coerente con la *ratio legis* del *Jobs Act* volta a riconsiderare il perimetro del diritto del lavoro con una tecnica che, da un lato, riduce drasticamente lo statuto protettivo a vantaggio di una tutela della persona sul mercato, dall'altro estende la tutela al di là della subordinazione tradizionale, realizzando, in tal modo, un sensibile ridimensionamento dello storico nesso tra qualificazione e dimensione assiologica della subordinazione (Ghera 2014). In tal prospettiva la norma in commento non rileva come *positio* di un neo-schema classificatorio del

¹ Di fattispecie additiva di subordinazione parla Pallini (2013), con riferimento alla legge Fornero, che, con le modifiche apportate al combinato disposto degli artt. 61 e 69 del d.lgs. n. 276/2003 in materia di lavoro a progetto, avrebbe secondo l'A. modificato per addizione la fattispecie di subordinazione attraverso l'identificazione del lavoro etero-organizzato, che si aggiunge a quello eterodiretto di cui all'art. 2094 c.c.

² Così, invece, si esprime Mariucci (2015, p. 28), che prospetta la conversione automatica in rapporti di lavoro subordinato del collaboratore in condizioni di sostanziale subordinazione e/o dipendenza. Ma questa prospettiva non è coerente con la formula impiegata dal legislatore, il quale, peraltro, quando ha inteso sanzionare fattispecie illecite (e non è questo il caso) ha usato la terminologia “si considerano” per indicare l'effetto di conversione.

lavoro subordinato, ma esprime la volontà del legislatore di estendere il campo di applicazione del diritto del lavoro, integrando nel suo perimetro categorie di lavoratori *lato sensu* “dipendenti” (etero-organizzati), ma *non* subordinati. Ed è lecito sostenere che il referente socio-economico di tale categoria di prestatori vada rintracciato nella zona grigia tra subordinazione ed autonomia, appartenendo, più specificamente, all’area della parasubordinazione, sotto la forma di collaborazioni a progetto e/o rapporti a “partita Iva”. Non si tratta, tuttavia, di rapporti qualificabili, sulla scorta della tradizionale distinzione, in termini di “falso lavoro autonomo”, *id est* volti a mascherare altrettante prestazioni di lavoro subordinato. Se così fosse, il legislatore, per ricondurre questi rapporti alla fattispecie nell’alveo della subordinazione non avrebbe avuto alcun bisogno di giuridificare elementi tipologici spuri rispetto a quelli propri della subordinazione, in quanto quei falsi rapporti di lavoro autonomo ben potevano essere ricondotti all’art. 2094 c.c. in base all’esistenza dei consueti indici di subordinazione. In realtà, riferendosi a questi rapporti di collaborazione organizzata, il legislatore ha inteso discernere, nell’ambito della parasubordinazione (e, quindi, tipologicamente parlando, nell’ambito del lavoro autonomo) rapporti che, per le peculiari caratteristiche di svolgimento della prestazione di lavoro (etero-organizzata, anche con riferimento all’elemento spazio-temporale: tempi e luogo di lavoro), di implicazione personale (prestazioni di lavoro esclusivamente personali) e di continuità temporale (continuative), esprimono una particolare condizione di bisogno di protezione sociale e quindi meritano, secondo la nuova valutazione della realtà socio-economica operata dal legislatore, di godere dell’estensione della disciplina giuslavoristica. Come dire, allora, che la fattispecie in esame non è altro che una “quota” di lavoro autonomo coordinato (ed economicamente dipendente) sin qui gravitante nell’orbita della parasubordinazione rispetto allo schema generalissimo delle collaborazioni coordinate e continuative di cui all’art. 409, n. 3, c.p.c., la quale, anche a causa dell’abrogazione del lavoro a progetto (disposta dall’art. 52 del d.lgs. n. 81), viene attratta nell’orbita della subordinazione *quoad effectum*.

Questa interpretazione è avvalorata da una serie di elementi, anche testuali: in particolare dall’uso del termine “committente” riferito alla parte negoziale che organizza la collaborazione. Il committente, nella grammatica del diritto civile, è senza dubbio la parte di un rapporto di lavoro autonomo. Altrimenti, se avesse inteso riferirsi alla parte di un contratto di lavoro subordinato, il legislatore avrebbe dovuto impiegare il termine “datore di lavoro”, o, più genericamente, “imprenditore”, per denotare il soggetto che esercita le prerogative di organizzazione

del lavoro. Se ne deve dedurre che le collaborazioni di cui all'art. 2, comma 1, non sono, in origine, altro che un segmento specifico dalle collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. (che permangono in vita), ridefinito dagli elementi indicati e proiettato nel dominio di applicazione del lavoro subordinato, pur non appartenendo *tipologicamente* al lavoro subordinato. Altri indizi semantico-concettuali depongono nel senso indicato: il riferimento ai «rapporti di collaborazione che si concretino in [...]», riproduce fedelmente l'*incipit* dell'art. 409 c.p.c.; e così dicasi del riferimento alle modalità di organizzazione «con riferimento ai tempi di lavoro», che sembra riproporre, seppure in forma più accentuata, il coordinamento temporale della prestazione continuativa tipica dei rapporti di parasubordinazione (vedi il coordinamento “anche temporale” nel lavoro a progetto). Ma l'indizio decisivo per apprezzare la correttezza della ricostruzione qui prospettata, è rappresentato dallo schema delle esclusioni contenuto nel comma 2 dell'art. 2, a mente del quale la disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione con riferimento alle «collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali [...] prevedono discipline specifiche [...] in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore», «alle collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali (lett. b)», ovvero alle «attività prestate nell'esercizio delle loro funzioni dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dei partecipanti a collegi e commissioni». Per queste fattispecie, non trova applicazione la tutela del lavoro subordinato, pur ricorrendo gli stessi tratti tipologici previsti dall'art. 2 (etero-organizzazione, personalità della prestazione, continuità); e *pour cause*, in quanto si tratta di prestazioni autonome e non subordinate, ché, altrimenti, la mancata estensione si porrebbe in flagrante violazione del principio costituzionale di tassatività (o indisponibilità) del tipo contrattuale. Come dire che la fattispecie individuata dal legislatore gravita inequivocabilmente nell'area del lavoro autonomo coordinato, e *resta tale* nonostante l'operare del congegno estensivo delineato dal legislatore. Ciò pone, peraltro, alcuni non secondari problemi di estensione, disposta in modo universalistico e non selettivo, dell'intero edificio del lavoro subordinato, con particolare riferimento alla disciplina del suo aspetto tipico, consistente nell'esercizio del potere direttivo: si pensi, ad esempio, all'applicabilità a tali rapporti, caratterizzati da etero-organizzazione ma non da eterodirezione, del criterio di diligenza previsto nel secondo comma dell'art. 2104 c.c., e cioè al dovere di obbedienza; o alle norme in materia di mansioni e *ius variandi* (art. 2013 c.c.). Si tratta di dispositivi che non dovrebbero

trovare applicazione a rapporti in cui non viene dedotta in obbligazione una prestazione di *facere* eterodiretta secondo le disposizioni impartite dal datore di lavoro, bensì una prestazione di lavoro etero-organizzata. Sotto questo profilo, quindi, il legislatore avrebbe dovuto essere più preciso e selettivo, distinguendo all'interno della disciplina complessiva le materie non estensibili.

Potrà suscitare perplessità, dal punto di vista sistemico, la scelta del legislatore consistente nell'estensione della disciplina della subordinazione a figure in senso lato autonome. Schemi normativi di questo genere sono stati sin qui sconosciuti al sistema italiano, il quale ha sempre proceduto all'identificazione tipologica della fattispecie come punto di riferimento alla stregua del quale l'ordinamento determina gli effetti ad essa ricondotti, giusta il modello fattispecie-effetto; così, per definizioni normative (o sub-definizioni) nell'ambito della fattispecie generale di cui all'art. 2094 c.c. sono state ad esempio normate fattispecie connotate da una subordinazione "speciale", come il lavoro a domicilio³. La tecnica legislativa impiegata dal legislatore italiano dev'essere invece ricondotta allo schema dell'estensione transpica delle tutele a fattispecie non identificabili con il tipo "lavoro subordinato". L'ordinamento francese conosce da tempo simili tecniche di estensione: l'art. L. 781-1 del *Code du Travail*, impiega(va) la stessa formula della norma in commento, statuendo che «Les dispositions du présent code qui visent les apprentis, ouvriers, employés, travailleurs sont applicables aux catégories de travailleurs particuliers ci-après», cui segue la descrizione di due categorie di prestatori non connotati dal *lien de subordination juridique*, ma ritenuti dal legislatore meritevoli di protezione. Lo stesso avviene con l'art. L. 7321-1 del *Code du Travail*, che si riferisce ai gerenti di succursali – «Les dispositions du présent code sont applicables aux gérants de succursales, dans la mesure de ce qui est prévu au présent titre» – e con l'art. 7322-1, relativo ai gerenti non salariati delle succursali di commercio al dettaglio alimentare. Si tratta di figure "ibride", il cui contratto di lavoro non viene qualificato come subordinato (anzi, si tratta di figure imprenditoriali) benché trovi applicazione, nei loro confronti, il *Code du Travail* senza necessità di accertare l'esistenza di un *lien de subordination juridique*.

³ Come è noto il comma 2 dell'art. 1, l. n. 877/1973 precisa che la subordinazione in "deroga" a quanto stabilito dall'art. 2094 c.c., ricorre quando il lavoratore a domicilio è tenuto ad osservare "le direttive dell'imprenditore circa le modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere nell'esecuzione parziale, nel completamento o nell'intera lavorazione di prodotti oggetto dell'imprenditore committente".

In sintesi: il legislatore dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 non si perita di modificare i tratti tipologici della norma base del diritto del lavoro, né di tracciare nuovi confini, né, tantomeno, di entrare nella logica della soglia: lo schema codicistico-binario non solo resta confermato nel suo impianto generale (le collaborazioni organizzate non costituiscono un terzo genere), ma pure nella sua dimensione strutturale-tipologica, nel senso che le collaborazioni di cui all'art. 2, comma 1, non sono prestazioni di lavoro subordinato, ma vengo a queste ultime assimilate giusta la tecnica dell'estensione.

5. *Il distinguo tra lavoro subordinato e lavoro etero-organizzato*

L'intervento legislativo in esame apre una nuova problematica interpretativa ed applicativa in merito al campo di applicazione della disciplina del tipo lavoro subordinato, che sembra complicare (invece di razionalizzare) lo scacchiere tipologico proprio nel delicato confine tra subordinazione e autonomia.

Anzitutto v'è da chiedersi cosa intenda il legislatore per prestazioni di lavoro "organizzate" dal committente. Introducendo questo inedito parametro normativo, l'art. 2, comma 1, crea una duplice sofferenza esegetica, sia sul fronte interno della subordinazione sia su quello dell'autonomia.

La prima domanda da porsi è la seguente: che differenza c'è tra una prestazione subordinata perché eterodiretta (cioè assoggettata al potere direttivo, *ex art. 2094 c.c.*) e una prestazione non subordinata ma ricondotta al campo di applicazione della subordinazione perché "organizzata"? È stato osservato che il criterio dell'"etero-organizzazione" non è del tutto nuovo, essendo stato impiegato vuoi in dottrina vuoi in giurisprudenza per fronteggiare la progressiva perdita di pregnanza, a fini qualificatori, dell'elemento tipologico rappresentato dall'esercizio del potere direttivo e, più in generale, per rispondere allo "sfrangiamento" dei criteri definitori (Treu 2015). Questa prospettiva interpretativa è stata seguita, con alterni successi, anche in altri sistemi giuridici. La giurisprudenza francese ha elaborato il concetto di prestazione eseguita nel quadro di un "servizio organizzato" dal committente (*service organisé*), per espandere l'ambito di applicazione della subordinazione a fattispecie carenti in punto di concreto esercizio del potere direttivo seppure le condizioni di esecuzione della prestazione fossero determinate unilateralmente dal datore di lavoro: parabola estensiva che si è tuttavia conclusa derubricando il "servizio organizzato" a semplice "indice", e ribadendo la nozione di subordinazione come sottomissione all'autorità del datore

di lavoro espressa tramite ordini e direttive. Nel sistema inglese il criterio dell'etero-organizzazione (giustapposto a quello dell'etero-direzione) può essere rintracciato nell'uso giurisprudenziale dell'*Integration Test*, che, a differenza del *Control test* (basato sull'esercizio del potere direttivo) consiste nel verificare se il prestatore è assoggettato alle regole e alle procedure dell'organizzazione (Perulli 2011). Nell'ordinamento italiano il criterio dell'etero-organizzazione può essere ricondotto a convergenti prospettive di origine dottrinale, poi confluite in una celebre sentenza della Corte costituzionale, radicate nella teoria della subordinazione socio-economica, riferita ad un soggetto che svolge l'attività lavorativa senza organizzazione di capitale o di mezzi o di lavoro altrui, e senza partecipazione al risultato finale cui l'attività è destinata. Questa nozione di subordinazione valorizza, nella definizione tipologica dell'art. 2094 c.c., l'elemento della *dipendenza* e finisce per prospettare una nozione di subordinazione ampia, onnicomprensiva, "senza qualità" (Gaeta 1993). Un'altra variante dottrinale di questa prospettiva, coerente con i rammentati postulati della detecipizzazione della subordinazione, è stata prospettata con la categoria della "subordinazione-coordinamento": quest'ultima, che si affianca alla subordinazione-eterodirezione, si connota per il mero controllo sul risultato quantitativo e/o qualitativo della prestazione, compatibile con un certo grado di autonomia nella subordinazione (Ghera 2006, p. 15).

Alla luce di questi elementi sistematici si potrebbe quindi sostenere che la prestazione "organizzata" di cui all'art. 2, comma 1, altro non sia che una normale prestazione "subordinata" ex art. 2094 c.c., posto che l'etero-organizzazione è una forma di subordinazione tipologicamente descritta con il concetto di dipendenza, ed espressa nel diritto vivente vuoi con la formula della prestazione inserita nel processo organizzativo secondo direttive di carattere meramente programmatico, vuoi con lo schema della "doppia alienità", quale prestazione resa in un regime organizzativo che denota sia la mancanza di controllo del prestatore sul processo produttivo (alienità dall'organizzazione) sia dal prodotto del proprio lavoro. In sostanza il legislatore del *Jobs Act* avrebbe accolto gli auspici di chi propugnava una "operazione di restauro manutentivo dell'art. 2094 c.c., che ne modifichi la forma salvaguardandone la sostanza (ovvero ridimensioni il criterio dell'eterodirezione in favore di quello della dipendenza), in aderenza alle indicazioni della Corte costituzionale" (Roccella 2004, p. 51).

Questa interpretazione non è affatto convincente, oltre a non essere coerente con lo schema normativo impiegato dal legislatore. Infatti, l'"organizzazione" della prestazione cui allude l'art. 2, comma 1, è un elemento tipologicamente estraneo alla fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., i cui

tratti vengono connotati da altri elementi normativi che, di per sé, sono necessari e sufficienti per la produzione dell'effetto giuridico. In particolare, l'art. 2, comma 1, non descrive una fattispecie caratterizzata dalla soggezione in senso tecnico ad un potere direttivo del "committente" (che infatti non è, come si è visto, "datore di lavoro"), bensì ad una più generica facoltà di "organizzare" la prestazione del lavoratore, rendendola di fatto compatibile con le esigenze produttive. Il che può accadere ogniqualvolta la prestazione venga inserita all'interno di un "dispositivo organizzativo" capace di "formattare" sotto il profilo spazio-temporale la prestazione a prescindere dall'esercizio in concreto dei poteri di conformazione reputati tipici del datore di lavoro giusta lo schema dell'art. 2094 c.c.

6. *La distinzione tra prestazioni autonome coordinate e prestazioni etero-organizzate: un nuovo ambiguo confine*

Se i profili ricostruttivi sin qui proposti sono corretti, onde si assuma, di conseguenza, che la situazione descritta dall'art. 2, comma 1, non è tipologicamente costitutiva di subordinazione ma riguarda figure lavorative estranee al vincolo di cui all'art. 2094 c.c. (benché assoggettate alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato in ragione della *situazione organizzativa* in cui versa il prestatore) si deve ulteriormente dedurre che la maggiore criticità ricostruttiva non riguarda tanto il fronte interno alla subordinazione, quanto quello esterno, orientato verso l'autonomia. È sul *discrimen* che separa la prestazione organizzata dalle prestazioni autonome che la distinzione in oggetto si fa ancor più incerta, se non evanescente: e tale difficoltà discretiva appare allarmante, posto che da tale necessario distinguo derivano effetti decisivi in punto di disciplina applicabile e, quindi, in relazione alla residua capacità di rappresentare giuridicamente, nello scenario del diritto del lavoro, una soglia (e non un confine) in cui abitano forme di collaborazione non subordinata che ibridano mercato e gerarchia.

Ma ancor prima del problematico distinguo tra organizzazione e coordinamento viene in rilievo il criterio distintivo tra le prestazioni organizzate e le forme di *locatio operis* che pure conoscono elementi di etero-organizzazione *lato sensu*: che differenza c'è tra una prestazione autonoma continuativa, assoggettata a talune prerogative di ingerenza del committente nella sfera prestatoria (le "istruzioni" del mandante nel contratto di mandato, del preponente nel contratto di agenzia, del mittente nel contratto di spedizione), e la prestazione continuativa "organizzata" (ma non eterodiretta) dell'art. 2, comma 1? Il distinguo tipologico tra coordinamento e organizzazione è ancor più ambiguo se letto con

lenti della giurisprudenza, che oscilla tra una nozione di coordinazione intesa come combinazione della prestazione in senso funzionale, spaziale o temporale, con altri fattori od apporti occorrenti per l'attingimento di un fine produttivo; o, ancora, come adeguamento del lavoratore agli interessi dell'azienda per la resa di una più proficua prestazione, ovvero come sottoposizione ad un potere di conformazione e di richiesta di adempimento dell'obbligazione dedotta in contratto onde garantire il collegamento funzionale della prestazione con l'interesse del datore di lavoro. Si tratta di formule che esprimono sul piano funzionale la realizzazione di moduli organizzativi in cui la prestazione viene inserita con continuità e risulta programmaticamente vincolata all'organizzazione del destinatario; esattamente ciò che può esprimersi con l'enunciato di cui all'art. 2, comma 1.

È evidente l'imbarazzo dell'interprete a fronte di questa tendenziale confusione tra i due criteri. Quali sono i possibili elementi per distinguere le due categorie? In mancanza di affidabili criteri di distinzione tra coordinamento e organizzazione, una prima risposta porta a riguardare il diverso atteggiarsi dell'*oggetto dell'obbligazione*, sotto il profilo della distinzione tra "lavoro" e "opera". Si tratta, in sintesi, di recuperare la risalente distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, nel senso che le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409 c.p.c. riguardano i casi in cui le prestazioni sono finalizzate al raggiungimento di un risultato distinto dall'attività del collaboratore, mentre le prestazioni di lavoro "organizzate" dal committente, da intendersi quali obbligazioni "di mezzi", si caratterizzerebbero per i vincoli tipici di chi partecipa ad un'organizzazione e vi è inserito (Treu 2015). L'interprete sembra dunque costretto a rispolverare questo tradizionale distinguo, peraltro riproposto dallo stesso legislatore (legge Fornero) nella fattispecie, ora abrogata, di cui all'art. 61, d.lgs. n. 276/2003, viepiù caratterizzata dalla considerazione del progetto come "bene", "utilità" o "risultato" che spetta al creditore, e che è dal medesimo conseguito per mezzo del comportamento del debitore (Pallini 2013). Nella logica delle obbligazioni di risultato, che in tal prospettiva dovrebbero caratterizzare le collaborazioni coordinate, quest'ultimo si distingue nettamente dalla prestazione, ad esso strumentale, coincidendo con l'interesse primario del creditore; diversamente, nelle obbligazioni di mezzi, prestazione e risultato coinciderebbero necessariamente, avendo rilievo solo il comportamento diligente del debitore, da cui la minore corrispondenza del termine finale dell'obbligazione (risultato dovuto) al termine iniziale, cioè all'interesse da cui l'obbligazione trae origine. Su questa base si può sostenere che il criterio discrezionale principale tra le fattispecie in esame consiste nell'identificazione del diverso interesse tipico del committente nelle due

categorie di rapporti: maggiormente orientato all'esecuzione dell'*opera* o del *servizio* quello attinente alle prestazioni coordinate di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c., rivolto invece alla prestazione di lavoro (in modo esclusivamente personale e secondo modalità spazio-temporali etero-organizzate) nell'ipotesi di cui all'art. 2 comma 1. Come dire che nell'ideale *continuum* tra subordinazione e autonomia, la collaborazione organizzata si approssima maggiormente allo schema della *locatio operarum*, in cui le *operae* rappresentano un risultato parziale che assume giuridico rilievo per l'imprenditore in quanto organizzabile, assieme ad altri apporti, nel contesto aziendale finalizzato al risultato produttivo; mentre i poteri direttivi del committente nelle fattispecie tipiche di lavoro autonomo, che pur smentiscono «l'illusorio miraggio dell'indipendenza e dell'autonomia giuridica» (Ghezzi 1970, p. 13), sono collocati all'interno di strutture giuridiche diverse da quella del contratto di lavoro subordinato.

Questa distinzione è comunque inappagante. Sappiamo bene che l'asserito distinguo tra obbligazioni di mezzi e di risultato non è affidabile a fini qualificatori. Ancor meno appagante è impiegare improbabili schemi definitivi basati sulla diversa identità causale delle due fattispecie, che appaiono del tutto sovrapponibili quanto a funzione economico-sociale. Non coglie nel segno neppure chi afferma che l'art. 2, comma 1, avrebbe sol meglio definito il limite esterno del potere di istruzione superato il quale il rapporto rientra nel campo di applicazione della subordinazione (Marazza 2015), giacché l'esercizio del potere di istruzione, il coordinamento e l'etero-organizzazione sono concetti che, in quanto accomunati dalla assenza di eterodirezione in senso stretto, non presentano alcuna realistica ed affidabile capacità discrezionale. Appare quindi fortemente criticabile l'aver ridisegnato ambigui confini tra la prestazione etero-organizzata, assoggettata al regime di subordinazione, e la prestazione autonoma coordinata, specie considerando che da tale distinguo dipende la possibilità stessa di immaginare uno spazio per il lavoro indipendente coordinato alle esigenze dell'impresa. Non per confini si deve procedere, ma per soglie, cioè per selezioni ragionate di discipline in base ad un'idea di "dipendenza economica" che sola può guidare un serio processo di riarticolazione delle tutele.

7. *Abitare la soglia: quali diritti per il lavoro autonomo economicamente dipendente?*

L'art. 52 del d.lgs. n. 81, dopo aver disposto l'abrogazione del contratto a progetto, statuisce che "resta salvo quanto disposto dall'art. 409

del codice di procedura civile”. Contrariamente a quanto annunciato dal governo, le collaborazioni coordinate e continuative non vengono quindi eliminate, ma restano nell’ordinamento e sono addirittura rilanciate dall’abrogazione della disciplina del lavoro a progetto, che, come è noto, aveva disposto il «divieto delle collaborazioni coordinate e continuative atipiche» (art. 69, d.lgs. n. 276/2003). Del pari, cade il macchinoso e farraginoso sistema di presunzioni edificato dalla legge n. 92/2012 con riferimento ai soggetti titolari di partita Iva: per quest’ultimi non vi sarà più alcuna riconduzione presuntiva alle collaborazioni coordinate e continuative, né – secondo il doppio salto previsto da quel congegno normativo – verso la subordinazione. Si determina in tal modo una situazione paradossale (che pone un evidente problema di coerenza tra delega e decreto delegato): il prospettato “superamento” delle collaborazioni coordinate e continuative non viene affatto attuato, anzi avviene il contrario: le collaborazioni previste dal 409 c.p.c. “restano salve”, e con esse i rapporti di lavoro a partita Iva, sprovviste di alcuna disciplina specifica (che non sia quella prevista per i casi di malattia, maternità ed infortunio, di carattere previdenziale). Si ritorna quindi alla situazione pre-Biagi, in cui le collaborazioni coordinate e continuative operano come “sostituto funzionale” del lavoro subordinato, senza alcun avanzamento né in termini di controllo della fattispecie né in termini di tutele (non si prevede nessuno “statuto” specifico per i collaboratori autonomi). Anzi, sotto questi due essenziali profili si realizza un evidente regresso: sul piano del controllo della fattispecie, perché viene a mancare il (pur esile) argine rappresentato dalla riconduzione della collaborazione al “progetto”; sul piano della disciplina sostanziale perché viene abrogato quel poco di garanzie che erano state nel tempo previste per il co.co.pro. (in materia di compenso minimo, recesso, ecc.). È vero che una parte delle collaborazioni (quelle connotate da etero-organizzazione) verrà attratta verso la subordinazione, grazie al disposto dell’art. 2, comma 1. Ma tale effetto non appare razionale, per almeno tre ragioni: la prima, e più importante, perché segue una logica universalistica a prescindere dalla sua plausibilità e congruenza con le dinamiche sottese all’esperienza del moderno *operari* indipendente; la seconda, perché non risolve il diverso problema della *soglia*, vale a dire la sussistenza di un’area di lavoro autonomo genuino, coordinato alle esigenze dell’impresa, che ancora attende una adeguata attenzione regolativa; la terza, la più rilevante in termini pratici, perché affida alla giurisprudenza il compito di distinguere, sulla base di inconsistenti elementi differenziatori, il *confine* tra prestazioni organizzate e prestazioni coordinate.

Se la legge delega aveva aperto interessanti prospettive di riforma nell’area del lavoro autonomo, il decreto attuativo delude quindi ogni

speranza. La sineddoche giuslavoristica colpisce ancora: confondendo la parte (subordinazione) con il tutto (il lavoro), il *Jobs Act* punta alla centralità del contratto di lavoro subordinato standard, caratterizzato da discipline deteriori in materia di licenziamenti e connotato da un'inedita flessibilità funzionale (in tema di mansioni e controlli a distanza). L'impressione che si ricava da questo intervento normativo è che la cultura di fondo del nostro legislatore sia sempre la stessa: non si capisce (o non si vuole capire) cosa rappresenti il lavoro autonomo di "nuova generazione", ove troviamo gli abitanti della soglia, giovani professionisti del terziario, partite Iva, *freelance*, soggetti autonomi, professionalizzati ed innovativi (seppure, spesso, *economicamente dipendenti*) che avrebbero urgente bisogno di riconoscimento e di sostegno selettivo, e non di forzate ed universalistiche riconduzioni nell'alveo della subordinazione.

Il lavoro autonomo, ancora una volta, esce sconfitto dall'arena dell'innovazione legislativa. Ma a questo vuoto di disciplina il legislatore dovrà, prima o poi, porre rimedio, fornendo un quadro regolativo di stampo europeo del lavoro autonomo "economicamente dipendente". È tempo di uscire dall'angusta prospettiva culturale che identifica il "lavoro per altri" con la subordinazione, e adottare una visione regolativa che non si limiti al lavoro salariato ma abbracci tutte le forme di lavoro personale, affidando alla figura soggettiva del prestatore, e alle sue esigenze in termini di *capacitas*, la giustificazione dell'intervento normativo eteronomo in funzione di ristabilire un corretto rapporto tra "persona" e "mercato" (Deakin 2009). Senza una riforma complessiva del lavoro autonomo economicamente dipendente si sommano due fondamentali guasti: il primo relativo alla svalutazione giuridica delle figure sociali di riferimento, abbandonate alla pura e semplice regolazione commerciale, in controtendenza rispetto alle dinamiche del diritto dei contratti nella sua attuale versione "costituzionalmente orientata". Il secondo attiene alle esigenze produttive di un sistema produttivo che esige prestazioni di lavoro autonomo integrate con l'impresa, specie nell'area degli *independent professionals* e dei *freelance*, in rapida crescita in tutta Europa. A queste forme di dipendenza economica dovrebbero riconoscersi tre nuclei di tutele essenziali: contrattuali (es. forma del contratto, contenuti del contratto, recesso, compenso); collettive (riconoscimento di diritti sindacali e di sciopero); *welfaristiche* e di politica attiva (sostegno al reddito per le fasi di non lavoro, formazione). Ma per realizzare questo compito il nostro legislatore deve dimenticare i confini, e pensare alle soglie: "bordi con una profondità, spazi attorno a una linea, il luogo dove lo Stato incontra la società e dove nessuno si sente a casa" (Zartman 2010, p. 1).

Riferimenti bibliografici

- Alchian A.A., Demsetz H. (1972), *Production, Information Costs, and Economic Organisation*, in *AER*, p. 777.
- Baker G., Gibbons R., Murphy K.J. (2002), *Relational Contracts and the Theory of the Firm*, in *QJE*, 117, 1, p. 33.
- Bianco A. (2009), *Sovraordinazione e subordinazione nella "Soziologie" di Georg Simmel*, Roma: Aracne.
- Blair M.M., O'Hara E. (2008), *Outsourcing, Modularity and the Theory of the Firm*, Vanderbilt University Law School Conference on Legal Issues in the Governance of Supply Chains, October 30-31, 2008.
- Blair M.M., Stout L.A. (1999), *A Team Production Theory of Corporate Law*, in *Virginia Law Review*, 85, 2, March, p. 247.
- Blair M.M., Stout L.A. (2005), *Specific Investment and Corporate Law*, UCLA School of Law, Law and Economics Research Paper Series, Working Paper Number 05-30.
- Cacciari M. (2000), *Nomi di luogo: Confine*, in *Aut-Aut*, p. 299.
- D'Antona M. (1995), *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, p. 86.
- Davidov G. (2014a), *The Goals of Regulating Work: Between Universalism and Selectivity*, in *University of Toronto Law Journal*, 64, p. 1.
- Davidov G. (2014b), *Setting Labour Law's Coverage: Between Universalism and Selectivity*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 34, 3, p. 543.
- Davies P., Freedland M. (1983), *Kahn-Freund's Labour and the Law*, London: Stevens & Sons.
- Deakin S. (2009), *Capacitas: Contract Law, Capabilities and the Legal Foundations of the Market*, in *Capacitas. Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy*, a cura di S. Deakin, A. Supiot, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, p. 1.
- Dukes R. (2014), *The Labour Constitution*, Oxford: Oxford University Press.
- Foss N.J., Klain P.G. (2008), *Organizational Governance*, in *The Handbook of Rational Choice Social Research*, a cura di R. Wittek, T. Snijders, V. Nee, Palo Alto: Stanford University Press.
- Freedland M., Kountouris N. (2011), *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford: Oxford University Press.
- Gaeta L. (1993), *Lavoro a distanza e subordinazione*, Napoli: ESI.
- Geis G.S., *The Space between Markets and Hierarchies*, in *Virginia Law Review*, 2009, p. 99.
- Ghera E. (2006), *Il nuovo diritto del lavoro*, Torino: Giappichelli.
- Ghera E. (2014), *Il lavoro autonomo nella riforma del diritto del lavoro*, in *RIDL*, I, p. 501.
- Ghezzi G. (1970), *Il contratto di agenzia*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma: Zanichelli.
- Hart O. (1989), *An Economist's Perspective on the Theory of the Firm*, in *Columbia Law Review*, p. 1757.
- Hart O., Moore J. (2008), *Contracts as Reference Points*, in *QJE*, p. 1.
- Honneth A. (2005), *Verdinglichung. Eine anerkennungstheoretische Studie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.

- Liso F. (2005), *Riflessioni sull'art. 18 e dintorni*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova: Cedam, p. 1035.
- Mariucci L. (2015), *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *LD*, p. 13.
- Pallini M. (2013), *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova: Cedam.
- Perulli A. (2007), *Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries*, in *The Employment Relationship. A Comparative Overview*, a cura di G. Casale, Oxford: Hart Publishing, p. 161.
- Roccella M. (2004), *Manuale di diritto del lavoro*, Torino: Giappichelli.
- Sennet R. (1999), *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Milano: Feltrinelli.
- Simmel G. (1989), *Sociologia*, Milano: Edizioni di Comunità.
- Simon H. (1951), *A Formal Theory of the Employment Relationship*, in *Economica*, 19, p. 293.
- Supiot A. (1999), *Au-delà de l'emploi. Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris: Flammarion.
- Treu T. (2015), *Jobs Act: il riordino delle tipologie contrattuali*, in corso di pubblicazione in *Ricerche Giuridiche*.
- Williamson O.E. (1987), *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Milano: Franco Angeli.
- Zartman I.W. (2010), *Identity, Movement and Response*, in Id. (a cura di), *Understanding life in the borderlands. Boundaries in depth and in motion*, Athens: University of Georgia Press.

