

STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO

Collana fondata da L. GALANTINO e S. HERNANDEZ

e diretta da F. Basenghi e G. Pellacani

STUDI DI
DIRITTO
del LAVORO

ANTONIO LEONARDO FRAIOLI

LA DIPENDENZA ECONOMICA TRA AUTONOMIA E SUBORDINAZIONE: QUALI TUTELE?



G. Giappichelli Editore

Parte I

Dalla subordinazione al lavoro autonomo continuativo

SOMMARIO: 1. Il lavoro subordinato come fattispecie assiologica del diritto del lavoro. Subordinazione tecnico-funzionale e dipendenza. – 2. Il problema della (re)distribuzione/imputazione delle tutele e le proposte di revisione. – 2.1. La subordinazione eterodirezione: fattispecie recessiva nell'attuale paradigma organizzativo-produttivo dell'impresa? – 2.2. Il lavoro "destrutturato": lavoro agile e telelavoro. – 3. Il lavoro digitale e la tenuta delle categorie dogmatiche dell'autonomia e subordinazione. – 3.1. Il problema delle tutele per il lavoro digitale. – 4. Il contratto d'opera come tipologia residuale del contratto di lavoro nella sistematica del codice civile. – 5. Il lavoro autonomo continuativo. – 6. La continuità come elemento essenziale del concetto di dipendenza. – 7. Il tempo quale elemento rilevante ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro. – 8. La rilevanza del tempo nel lavoro digitale. – 9. L'elemento della continuità nei contratti di lavoro autonomo: le soluzioni dell'ordinamento. – 9.1. Il lavoro a progetto quale tentativo di disciplina del lavoro autonomo continuativo. – 9.2. La tecnica regolativa della subordinazione-sanzione nel lavoro a progetto. – 9.3. Continuità e dipendenza economica nell'art. 69 *bis*, d.lgs. n. 276/2003 e la sua rilevanza sistematica.

1. Il lavoro subordinato come fattispecie assiologica del diritto del lavoro. Subordinazione tecnico-funzionale e dipendenza

La subordinazione, come noto, è la fattispecie fondamentale e fondante il diritto del lavoro; tale diritto, infatti, è nato e poi si è sviluppato proprio per tutelare il tipo sociale lavoro subordinato¹.

La subordinazione, quindi, è il perno di tutto l'ordinamento lavoristico ed al contempo è il concetto più difficile da definire², anche alla luce dei cambiamenti socio-economici intervenuti nel corso del tempo³.

¹ M. D'ANTONA, *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 196.

² M. GRANDI, (voce) *Rapporto di lavoro*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 322 ss.

³ R. DE LUCA TAMAJO, *In tema di lavoro subordinato*, in *Mass. giur. lav.*, 1990, 233 ss.

Il lavoro subordinato, per la sua storica funzione protettiva, è stato e continua ad essere, nonostante la insistita diagnosi di crisi della subordinazione, il fulcro del sistema di protezione della persona del lavoratore, sistema di protezione che ricomprende anche il complesso sistema di sicurezza sociale *interno* ed *esterno* al rapporto di lavoro⁴.

Il lavoro subordinato è stato dunque il portatore, accentrandone in sé, di tutte le tutele protezionistiche della persona del lavoratore⁵, assurgendo la subordinazione a fattispecie che perimetra e fa scattare l'applicazione delle regole del diritto del lavoro⁶.

Fattispecie e tutela lavoristica sono quindi esistiti l'una in funzione dell'altra ed in tale prospettiva la subordinazione ha coinciso storicamente con lo stesso ambito applicativo del diritto del lavoro, inteso come l'insieme delle tutele inderogabili di origine legale e contrattuale-collettiva volte a proteggere il lavoratore, considerato soggetto debole nell'ambito di una relazione contrattuale disparitaria.

In tal senso, a ragione, può parlarsi del lavoro subordinato come fattispecie assiologica, essendo noto, peraltro, come tale protezione sia stata erogata a valle di una formalizzazione della nozione di subordinazione c.d. giuridica⁷.

⁴ La nascita e lo sviluppo del contratto di lavoro subordinato è stato un bene in sé nel nostro ordinamento, perché a questo si è ricondotto molto di più della semplice tutela del lavoratore, ma ha ricompreso lo sviluppo della persona umana, sviluppo protetto dai molteplici interventi legislativi volti a tutelare la *persona* del lavoratore. Il diritto del lavoro, invero, è un "*diritto a misura di uomo*", essendo inscindibile il lavoro dalla persona umana, coincidendo cioè l'oggetto del contratto con la persona umana. L'espressione che rende perfettamente l'idea della portata del diritto del lavoro è di U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, 1995, 25.

⁵ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Mes-sineo, XXVII, 2, Milano, 2000, 258.

⁶ M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, Milano, 1985, 35; M. PERSIANI-G. PROIA, *Contratto e rapporto di lavoro*, Padova, 2011, 6.

⁷ La tecnica legislativa è sempre stata – e continua ad essere nonostante le spinte inesorabili dovute ai molteplici cambiamenti della società ad ogni livello – la medesima e cioè quella di garantire protezione a colui che è tecnicamente subordinato: l'ordinamento lavoristico è ancora formalmente costruito non per tutelare in via diretta colui che si trovi in una condizione di mera debolezza socio-economica o contrattuale, ma viene tutelato il soggetto perché è tecnicamente subordinato secondo lo schema originario dell'art. 2094 c.c., nel senso che la tutela deve passare per l'assoggettamento all'altrui potere direttivo, ciò che nel periodo della rivoluzione industriale poteva anche coincidere con la stato di debolezza. Tra i numerosi contributi si possono ad esempio vedere: G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 86, 2000; T. TREU, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 467 ss.; L. NOGLER, *Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordi-*

Il nostro ordinamento, del resto come gran parte degli ordinamenti giuridici europei, ha fatto propria una nozione originaria di subordinazione tecnico-funzionale⁸, fondata cioè sulla modalità attuativa della prestazione di lavoro, modalità che riguarda quindi la prestazione in senso stretto⁹, che viene scambiata, in tale assetto negoziale, con la retribuzione¹⁰.

L'ambito della protezione lavoristica, dunque, fa riferimento al *quomodo* della prestazione¹¹, restando indifferente la condizione sociale della persona del lavoratore¹².

Sotto tale profilo emerge il problema della c.d. *sfasatura* tra fattispecie ed effetti, formula evocativa di una irrazionale distribuzione delle tu-

nato nell'impresa, in *Arg. dir. lav.*, 2002; G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 87; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Fra subordinazione e autonomia*, in *Dir. rel. ind.*, n. 3, XII, 2002.

⁸ M. DELL'OLIO, *I collaboratori dell'imprenditore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno P., vol. XV, tomo I, Torino, 1986, 331 ss.; per un'attenta ricostruzione della fattispecie del lavoro subordinato si veda anche I. MARIMPIETRI, *Il lavoro subordinato*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2009, 25 ss.

⁹ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e impresa*, in *Orient. giur. lav.*, 1986, 987. Il dibattito sulle categorie giuridiche della subordinazione e autonomia risale a due secoli fa, allorché già si contrapponeva da un lato la scelta di impostare la differenza su rapporti socioeconomici volti a rimuovere le disuguaglianze sociali e dall'altro la via dei riferimenti alle categorie romanistiche e civilistiche della *locatio operis* e *locatio operarum*. La prima, quindi, era volta a proteggere il soggetto del rapporto di lavoro, la seconda diretta ad individuare il contratto sulla base di elementi oggettivi, in tal senso si veda In tal senso, da ultimo, si veda O. MAZZOTTA, *L'inafferabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, n. 1, 2020, 6, il quale ricorda come nella prima legislazione sociale si proteggevano il lavoro "manuale" (lavoro nelle miniere n. 1893/1907), gli operai (l. n. 295/1893), i padroni e gli operai (l. n. 105/1908), i lavoratori degli opifici industriali (l. n. 242/1902).

M. DELL'OLIO, *I collaboratori dell'imprenditore*, cit., 331 ss.; per un'attenta ricostruzione della fattispecie del lavoro subordinato si veda anche I. MARIMPIETRI, *Il lavoro subordinato*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2009, 25 ss.

¹⁰ S. MAGRINI, (voce) *Lavoro (contratto individuale di)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1973, 379 ss.

¹¹ M. D'ANTONA, *I mutamenti*, cit., 28. È chiaro che attraverso la *modalità* di svolgimento si cerca di arrivare in via mediata all'*obiettivo* da proteggere. Anche la giurisprudenza, a più riprese, ha contribuito a mischiare le carte del dibattito, con il suo granitico principio per cui ogni attività umana può essere oggetto sia di un lavoro autonomo che di un lavoro subordinato, sposando appieno la sola rilevanza del *quomodo* della prestazione: non esistono a priori lavori autonomi o lavori subordinati. *Ex multis* si può vedere Cass. 17 agosto 2004, n. 16038.

¹² G. GHEZZI-U. ROMAGNUOLI, *Il rapporto di lavoro*, 2ª ed., Bologna, 1995, 21 ss.

tele lavoristiche, causata proprio dalla formalizzazione della subordinazione esclusivamente in senso tecnico-giuridico¹³.

Ed invero, sia nell'elaborazione giurisprudenziale della nozione di subordinazione, che presso la dottrina dominante, la dipendenza e l'eterodirezione della prestazione di cui all'art. 2094 c.c. sono state lette a fini qualificatori come un'endiadi, in una inscindibile complementarità, attribuendo rilevanza all'elemento dell'eterodirezione della prestazione di lavoro e ritenendo che il concetto di dipendenza, del tutto irrilevante a fini qualificatori, si limitasse a descrivere la situazione giuridica di soggezione del lavoratore al potere di direzione del datore di lavoro, esprimendo "il profilo statico, passivo, del vincolo di subordinazione, il suo contenuto diremmo inerziale"¹⁴.

Tuttavia, è da rilevare come la giurisprudenza sulla subordinazione, intesa come assoggettamento al potere direttivo, ha da sempre ritenuto la necessità di *contestualizzare* l'esercizio di tale potere e, per tale via, nel tempo, ha garantito l'elasticità di tale nozione, consentendo a tale ricostruzione di adattarsi ad un contesto produttivo ed organizzativo in continua trasformazione¹⁵. In tale prospettiva, quindi, l'elaborazione giuri-

¹³ Ed invero, come noto, a partire già dagli anni '90, sono proliferate nuove forme flessibili di lavoro che hanno spostato il problema delle tutele da garantire anche nei confronti dei c.d. "nuovi" lavori, e la dottrina sin da subito si è interrogata sui limiti della categoria della subordinazione nel distinguere il lavoratore bisognoso o meno di tutela. Per uno studio esaustivo della problematica si vedano i diversi autori in *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Bari, 1997. Sulla sfasatura tra fattispecie ed effetti si veda: L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *Lav. dir.*, 1993, 21 ss.; U. ROMAGNOLI, *Un diritto da ripensare*, in *Lav. dir.*, 1995; R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del "lavoro coordinato"*, in *Arg. dir. lav.*, 1997; M. PEDRAZZOLI, *Classificazione dei rapporti di lavoro e prospettive di riforma*, in *Mass. giur. lav.*, 1997; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in *Lav. dir.*, 1997; G. PROIA, *Rapporti di lavoro e tipo (considerazioni critiche)*, Milano, 1997; G. SANTORO PASSARELLI, *Flessibilità e rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 75 ss.; M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, 311; M. PEDRAZZOLI, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998; M. PERA, *Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, 371 ss.; E. GHERA, *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in *Scritti in onore di G. Giugni*, Tomo I, Bari, 1999; R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *Arg. dir. lav.*, 2, 1999.

¹⁴ M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 65/2008, 35. *Contra* F. MAZZIOTTI, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, 1974, 61 ss.

¹⁵ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2ª ed., Milano,

sprudenziiale ha potuto ritenere che, sempre tenendo conto delle mansioni attribuite al lavoratore, il potere direttivo dovesse estrinsecarsi in ordini specifici e nell'ambito di una continua attività di vigilanza e di controllo; così come si è ritenuta non necessaria l'esistenza di espressi e continui ordini sulle modalità di svolgimento della prestazione, sino a concepire che l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo potesse ravvisarsi anche in presenza di indicazioni di carattere generale e programmatiche e/o imposte dalla struttura aziendale¹⁶.

1915, 29. Proprio il protagonista della subordinazione-eterodirezione, Lodovico Barassi, ci spiega allo stesso tempo la forza ed i limiti della subordinazione: "Quando il creditore del lavoro è a contatto col lavoro, lo dirige, lo sorveglia, lo indirizza a quei risultati cui egli, mercé le prestazioni del debitore, intenda arrivare, vi ha locazione di opere. In tal caso il lavoratore è un strumento, e un strumento in un certo senso passivo, nel senso che presta le proprie attitudini fisiche e intellettive perché l'altra parte le abbia a plasmare e dirigere e indirizzare come egli intende. Questo avviene così per l'operaio come per il direttore di una banca. L'uno e l'altro non hanno di mira un risultato determinato, ma una semplice prestazione di energie a quei fini cui la guida, il controllo e la sorveglianza del capo-fabbrica o del consiglio di amministrazione della Banca intende condurle. Esiste dunque un contatto immediato, diretto tra il creditore di lavoro e i mezzi di lavoro offerti dall'altra parte ... Però questo contatto non ha sempre la medesima intensità; ma può andare da un *maximum*, come è per l'operaio o per lo scrivano che lavorano sotto l'incessante guida del capo di fabbrica o d'ufficio, sino ad un *minimum*, come è per il direttore di Banca, che ha anche un'iniziativa propria". Tale storica descrizione della subordinazione racchiude in sé cento anni di futuro dibattito dottrinario e giurisprudenziale sul concetto di subordinazione e lascia intendere pacificamente e allo stesso tempo la forza e la debolezza di tale categoria giuridica, capace comunque, se dinamicamente interpretata, di tenere il passo dei mutamenti sociali ed economici della società.

¹⁶Da ultimo, tra le tante, Cass. n. 24391/2020, per la quale "in ordine alla qualificazione di un rapporto di lavoro come autonomo o subordinato, in presenza di prestazione con elevato contenuto intellettuale, questa Corte ha costantemente affermato che è necessario verificare se il lavoratore possa ritenersi assoggettato, anche in forma lieve o attenuata, alle direttive, agli ordini e ai controlli del datore di lavoro, nonché al coordinamento dell'attività lavorativa in funzione dell'assetto organizzativo aziendale (cfr. Cass. 01/08/2013, n. 18414; Cass. 15/05/2012, n. 7517; Cass. 14/02/2011, n. 3594), potendosi ricorrere altresì, in via sussidiaria, a elementi sintomatici della situazione della subordinazione quali l'inserimento nell'organizzazione aziendale, il vincolo di orario, l'inerenza al ciclo produttivo, l'intensità della prestazione, la retribuzione fissa a tempo senza rischio di risultato; in particolare, ai fini della configurazione del lavoro dirigenziale – nel quale il lavoratore gode di ampi margini di autonomia ed il potere di direzione del datore di lavoro si manifesta non in ordini e controlli continui e pervasivi, ma essenzialmente nell'emanazione di indicazioni generali di carattere programmatico, coerenti con la natura ampiamente discrezionale dei poteri riferibili al dirigente – il giudice di merito deve valutare, quale requisito caratterizzante della prestazione, l'esistenza di una situazione di coordinamento funzionale della stessa con gli obiettivi dell'organizzazione aziendale, idonea a ri-

È poi consolidato il principio giurisprudenziale della subordinazione c.d. *attenuata* in relazione a “prestazioni lavorative dotate di maggiore elevatezza di contenuto intellettuale e creativo” ovvero anche ed all’opposto con riferimento a mansioni estremamente elementari e ripetitive¹⁷.

In tali ipotesi, invero, il potere direttivo perderebbe di significato qualificatorio, rilevando a tal fine altri elementi quali ad esempio l’inserimento del prestatore nell’organizzazione dell’impresa e la messa a disposizione delle proprie energie lavorative in favore del datore di lavoro per il perseguimento degli scopi imprenditoriali¹⁸.

condurre ai tratti distintivi della subordinazione tecnico-giuridica, anche se nell’ambito di un contesto caratterizzato dalla c.d. subordinazione attenuata aziendale (Cass. 13/02/2020, n. 3640; Cass. 10/05/2016, n. 9463; Cass. 15/05/2012, n. 7517)”.

¹⁷ Ed invero proprio il concetto di eterodirezione, posto alla base del rapporto di lavoro subordinato, nelle fattispecie di subordinazione c.d. attenuata, è stato messo in discussione perché comune, in ipotesi, anche al lavoro autonomo. Ed invero, si è osservato sin da subito come i poteri di direzione, istruzione e controllo della prestazione non sono di esclusiva pertinenza del lavoro subordinato, ma possono essere rilevati anche nelle fattispecie del contratto d’opera e nelle altre di lavoro autonomo e dunque in tal senso l’eterodirezione perderebbe il suo carattere di tipicità della subordinazione, si veda L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto*, cit., 46 ss. e concordemente O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., 45; A. PERULLI, *Subordinazione e autonomia*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di Carinci, II, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, coordinato da Perulli, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, XXIV, Torino, 2007, 15; P. TOSI-F. LUNARDON, *Subordinazione*, cit., 259. In giurisprudenza, di recente si veda Cass. n. 17384/2019.

Si è risposto a tale obiezione rilevando come l’eterodirezione discenda giuridicamente dal contratto di lavoro subordinato, si veda M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, 193 ss.; P. ICHINO, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, art. 2094-2095, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992, 21; si altresì obiettato come la subordinazione non sia un fatto meramente materiale, dunque, in ipotesi, proprio nel lavoro subordinato potrebbe anche restare solo eventuale, si veda P. ICHINO, *Il contratto*, cit., 25, per il quale “l’assoggettamento ad eterodirezione va considerato come modo d’essere non dell’attività (comportamento di fatto) ma della prestazione lavorativa, cioè come carattere strutturale della relativa obbligazione contrattuale: quel che rileva non è tanto la conformità dell’attività lavorativa a direttive effettivamente impartite dal creditore – le quali possono in concreto mancare – quanto l’assunzione di un obbligo di obbedienza”.

¹⁸ Si veda Cass. n. 9167/2001 per la quale, comunque, non vi sarebbe un ritorno alle teorie c.d. istituzionalistiche, per le quali la cifra minima della subordinazione era lo stabile inserimento del prestatore nell’organizzazione aziendale, restando la fonte del rapporto di lavoro il contatto, “con il quale il lavoratore si obbliga a porre a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative, e ad impiegarle con continuità, con fedeltà e diligenza, secondo le direttive di ordine generale impartite dal datore di lavoro ed in funzione dei programmi cui è destinata la prestazione: costituendo tali condizioni il requisito minimo ma sufficiente per ritenere la natura subordinata del rapporto di lavoro”.

Ma è sul piano generale del metodo di qualificazione utilizzato dalla giurisprudenza che emerge sia la presa d'atto della insufficienza qualificatoria del potere direttivo, sia, e al contempo, l'incapacità della lettura dell'art. 2094 c.c., incentrata sull'assoggettamento a tale potere, – e tenuta ferma formalmente e graniticamente dalla giurisprudenza – a governare i più vari “modelli storici di organizzazione del lavoro”¹⁹.

Ed infatti, in maniera risalente, accanto alla dominante ricostruzione della nozione di subordinazione in senso tecnico-funzionale si è affiancata quella della dipendenza socio-economica del prestatore di lavoro e, dunque, una nozione non fondata sulle modalità di svolgimento della prestazione, ma sulla effettiva condizione economico-sociale del lavoratore²⁰.

Tale tesi, per la verità mai compiutamente elaborata, non è stata accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, pur continuando carsicamente a circolare nell'ambito del dibattito sulla subordinazione, anche a fronte della *ratio* dell'impianto costituzionale sulla protezione del lavoro²¹.

¹⁹ M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali*, cit., 80. D'altra parte gli stessi indici sintomatici della subordinazione di cui fa largo uso la giurisprudenza, nell'opera di qualificazione dei rapporti di lavoro, sono diventati nel tempo sempre più inaffidabili, giacché sono circostanze comuni anche al lavoro autonomo. Si veda per tutti M. PALLINI (a cura di), *Il lavoro a progetto in Italia ed in Europa*, Bologna, 2006, 107 ss.

²⁰ Sulla distinzione tra le due tesi si veda A. SUPIOT, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Dir. rel. ind.*, n. 2, 2000, 220 ss.; favorevolmente, seppur con diverse sfumature, alla tesi della dipendenza economica si veda: F. MAZZIOTTI, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, 1974, 61 ss.; L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1979, 89 ss.; F. SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoro dipendente*, Napoli, 1979, 189 ss.; U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, 194; O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, 279 ss. Contrario, tra gli altri, al concetto di dipendenza economica si veda U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post taylorismo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, 28, per il quale “l'indice normativo della dipendenza assolve alla funzione descrittiva della caratteristica generale di poteri del datore di lavoro mentre quello della direzione assolve alla funzione definitoria del necessario ed essenziale modo di essere di tale soggezione in relazione all'adempimento dell'obbligazione di effettuare la prestazione lavorativa, effetto necessario ed essenziale del contratto”.

²¹ In tal senso si veda O. MAZZOTTA, *L'inafferrabile etero-direzione*, cit., 6, per il quale il diritto del lavoro è quell'apparato di regole che ha come riferimento sociale “un soggetto che si trova in uno stato di inferiorità economica, caratterizzata dalla alienità del lavoro e del suo risultato, direttamente derivante dalla mancanza di disponibilità dei mezzi per produrre. Non è solo la storia che ci consegna questa immagine, ma, in modo assai più significativo, la Carta costituzionale, che in più luo-

Un'attenta considerazione va invece riservata alla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che ha attribuito alla *dipendenza* di cui all'art. 2094 c.c. autonoma rilevanza a fini qualificatori e che, pur nella irriducibile diversità della ricostruzione giuridica, prende in considerazione l'*organizzazione* del datore di lavoro e costruisce la nozione di subordinazione con riferimento alla posizione che il lavoratore si trova a ricoprire rispetto a detta organizzazione. In tale prospettiva, si attribuisce rilevanza alla situazione del prestatore di lavoro stabilmente e continuamente inserito nell'organizzazione produttiva predisposta e diretta dal datore di lavoro²².

Ai fini della nostra proposta ricostruttiva, tale dottrina va sicuramente recuperata depurandola, tuttavia, da ogni ambiguo riferimento relativo alla inferiorità socio-economica del prestatore nei confronti del datore di lavoro, che ne farebbe un lavoratore *dipendente* e che, a nostro avviso, costituisce il vero motivo che ha condotto la dottrina maggioritaria a prendere le distanze da tale ricostruzione, onde emancipare il diritto del lavoro dal carattere pauperistico cui lo condannerebbe la individuazione dei destinatari della protezione sociale da questo erogata ai soli lavoratori meno abbienti e meno professionalizzati²³.

Di tale opzione dottrinale va però recuperata l'intuizione più profonda che potremmo ravvisare nel rilievo per cui la capacità produttiva del prestatore *dipende* dal suo inserimento nell'organizzazione del datore di lavoro e, dunque, anche la fonte del reddito di tale lavoratore *dipende* dall'essere parte dell'organizzazione produttiva del datore di lavoro.

Non si tratta di accogliere la nota teoria della subordinazione come *doppia alienità*, nell'ambito della quale si attribuisce rilievo al contestuale verificarsi "di due condizioni che negli altri casi non si trovano mai congiunte: l'alienità nel senso di destinazione esclusiva ad altri del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata e l'alienità

ghi (artt. 1, 3, comma 2, 4, 36, 37, 38, 41) evoca la figura del lavoratore dipendente e ne fa oggetto di una tutela privilegiata".

²² U. ROMAGNOLI, *La prestazione*, cit., 189; L. MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano, 1971, 42; M. NAPOLI, *Contratto e rapporto di lavoro oggi*, in M. NAPOLI, *Questioni di diritto del lavoro*, Torino, 1996, 54 ss. Altri ancora, sempre distinguendo la rilevanza dei due specifici termini, attribuiscono alla dipendenza il significato di passività ed altruità del prestatore ai mezzi datoriali necessari per svolgere l'iniziativa economica, in tal senso si veda F. MAZZIOTTI, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, 1974, 71 ss.; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., 59 ss.

²³ M.G. GAROFALO, *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di E. Ghera*, Bari, 2008.

dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce"²⁴.

Si tratta piuttosto di sviluppare compiutamente la risalente e feconda intuizione di una dottrina che, nella ricostruzione della nozione di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c., aveva ritenuto sufficiente che "la prestazione di lavoro sia inserita continuativamente in una organizzazione eterodiretta"²⁵ ovvero che la subordinazione, nelle sue "componenti strutturali" risulta "sempre ... dal mix tra eterodirezione e dipendenza, cioè l'inserimento organizzativo nell'impresa"²⁶.

D'altra parte, la più risalente giurisprudenza ravvisava la subordina-

²⁴ Si veda la nota sentenza della Corte cost. n. 30/1996, giudice relatore Luigi Mengoni, in tema di lavoro dei soci di cooperativa. La Corte ha confermato la legittimità di una legge che escludeva il socio-lavoratore dalla tutela del Fondo di garanzia per il TFR, sul presupposto che per un verso il prestatore è anche socio e quindi partecipa allo scopo dell'impresa e quindi non si verifica la doppia alienità del risultato e dell'organizzazione produttiva. A ben vedere, sulla scorta del teorema della doppia alienità sancito dalla Consulta si è anche ritenuto che allora proprio la dipendenza, piuttosto che l'eterodirezione, sia l'elemento tipico della subordinazione, essendo l'elemento comune ad ogni rapporto di lavoro subordinato, in tal senso si veda M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato*, cit., 34, per il quale "l'elemento di qualificazione del tipo contrattuale va identificato nella dipendenza (da intendersi secondo le indicazioni della Corte) e non nell'eterodirezione che meriterebbe di essere collocata più propriamente sul piano degli effetti, secondo quanto previsto, in primo luogo, dall'art. 2104, 2° co., cod. civ., conseguenti ad una qualificazione già operata". Anche A. PERULLI, *Subordinazione*, cit., 16, ritiene che fino a che il lavoratore autonomo sia escluso da ogni protezione "sarebbe opportuno valorizzare il dato della doppia alienità, ovvero, in altra prospettiva, fornire un'interpretazione maggiormente elastica e dinamica di potere direttivo: una interpretazione che colga nel suo esercizio il collegamento tra ruolo lavorativo e progetto produttivo altrui". A ben vedere, però, il principio affermato dalla Corte delle leggi è nel senso che la subordinazione tecnica di cui all'art. 2094 c.c. è quella che si inserisce ed esaurisce nello schema negoziale tipico, schema in cui gli interessi in gioco sono contrapposti, come di regola avviene nei contratti di scambio, di tale avviso è I. MARIMPIETRI, *Il lavoro subordinato*, cit., 39. Tale pronuncia, secondo altra dottrina, non è ritenuta essenziale ai fini della qualificazione poiché, soprattutto nelle nuove forme di lavoro, il risultato della prestazione non appartiene al prestatore e per rendere la prestazione il lavoratore non può che collaborare in un'organizzazione altrui, M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. Lav.*, 1998, I, 206; P. ICHINO, *Il contratto*, cit., 273, secondo il quale "il dato dell'acquisizione a titolo originario del prodotto da parte dell'utilizzatore del lavoro altrui, al pari dell'inserimento, è caratteristico di tutti i rapporti aventi per oggetto una mera attività e non un *opus* indivisibile".

²⁵ M. NAPOLI, *Contratto e rapporto di lavoro oggi*, in ID., *Questioni di diritto del lavoro*, Torino, 1992-1996, 54-57.

²⁶ M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, in *Atti del Convegno AIDLASS*, Padova, 21-22 maggio 2004, in www.aidlass.org.

zione nell'inserimento della prestazione lavorativa nell'organizzazione del datore di lavoro²⁷, e crediamo che un tale elemento, che va sicuramente precisato, possa essere pacificamente preso in considerazione, una volta acquisito alla dottrina giuslavoristica il fondamento contrattuale del rapporto di lavoro e dei relativi poteri datoriali, con il rifiuto di ogni suggestione organicistica.

Per tale via, viene data rilevanza all'organizzazione datoriale quale struttura indispensabile per l'esecuzione della prestazione lavorativa e all'inserimento del lavoratore all'interno dell'impresa²⁸.

Ciò posto, la valorizzazione a fini qualificatori della dipendenza nell'ambito della formula dell'art. 2094 c.c., indica sicuramente che l'ambito applicativo del diritto del lavoro può prescindere dalle modalità attraverso cui viene svolta la prestazione di lavoro, identificandosi con l'inserimento continuativo nella organizzazione produttiva altrui, che diventa lo strumento indispensabile affinché il lavoratore possa esercitare la propria capacità produttiva²⁹.

²⁷ *Ex multis* Cass. 28 agosto 1986, n. 5301 per la quale "quello dell'organizzazione (più precisamente, dell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione) non è affatto un "criterio sussidiario" o come dire un dato indiziario da utilizzare come mezzo di ricerca, ma costituisce ... il punto d'arrivo della ricerca stessa, l'elemento portante della figura giuridica in questione".

²⁸ M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, in *Atti del Convegno AIDLASS*, Padova, 21-22 maggio 2004, 54. Autorevole dottrina rileva ancora come i due termini abbiano valenza diversa, qualificando l'eterodirezione il tipo normativo e la dipendenza il tipo legale e proprio in quest'ultimo si identificherebbe l'inserimento organico del lavoratore nell'impresa. La dipendenza, pertanto, si accompagnerebbe normalmente al potere di direzione e, nei casi in cui fosse disgiunta dalla direzione, potrebbe servire a distinguere le istruzioni impartite nel lavoro autonomo per conformare l'opera alle proprie necessità, rispetto alle direttive vere e proprie. In tal senso si veda L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, 17.

²⁹ In tale prospettiva si rileva come alcune fattispecie tipiche legali, quali ad esempio il lavoro sportivo subordinato ed il lavoro a domicilio, fondino la natura subordinata del rapporto di lavoro su elementi tipici della dipendenza. Ed infatti, l'art. 2, legge n. 91/1981, nella definizione di lavoratore sportivo subordinato, indica gli elementi della continuità e non occasionalità, della sottoposizione ai poteri di coordinamento da parte della società sportiva, dell'apprezzabile durata, tutti indici tipici della dipendenza. Nel caso invece del lavoro subordinato a domicilio "il vincolo di subordinazione viene a configurarsi come inserimento dell'attività del lavoratore nel ciclo produttivo aziendale, del quale la prestazione lavorativa da lui resa, pur se in ambienti esterni all'azienda e con mezzi ed attrezzature anche propri del lavoratore stesso, ed eventualmente anche con l'ausilio dei suoi familiari, purché convinti e a carico, diventa elemento integrativo (c.d. subordinazione tecnica)" (Cass. n.

L'obiezione che da un certo momento in poi viene portata contro tale ricostruzione, e, cioè, che anche la collaborazione autonoma coordinata e continuativa si inserisce nell'organizzazione produttiva e, dunque, il criterio suddetto non sarebbe utilizzabile per distinguere la subordinazione dall'autonomia, deve essere superata in una prospettiva ricostruttiva evolutiva che tenga conto delle effettive esigenze di protezione del lavoratore e prescindano, appunto, dalle modalità di svolgimento della prestazione di lavoro³⁰.

Ora, a ben vedere, nell'attuale contesto normativo ed interpretativo, che distingue a fini protettivi tra subordinazione ed autonomia, fondando tale distinzione sulle diverse modalità attraverso cui viene svolta la prestazione di lavoro, una tale obiezione potrebbe risultare fondata. Coltivando, però, una diversa prospettiva che a fini protettivi e dunque qualificatori prescindano da tale distinzione tra le due tipologie contrattuali, è possibile prendere in considerazione l'inserimento continuativo nell'organizzazione produttiva del creditore, come primo fondamentale elemento per riconsiderare il criterio di imputazione della tutela lavoristica. In quest'ottica e nell'attuale contesto legislativo, che fa assurgere l'*organizzazione* a criterio distintivo rilevante tra autonomia e subordinazione, il concetto di dipendenza potrebbe essere rivalutato, oltre che con riguardo all'elemento della continuità, anche alla luce dei concetti di unilateralità ed estraneità del lavoratore rispetto al risultato della produzione³¹; ed infatti, a prescindere dalle differenze che si vogliono rile-

5840/2002; conf. Cass. n. 4118/1992, n. 11434/1995, n. 9516/1998, n. 7328/2002, n. 21594/2002, n. 15915/2004).

³⁰ Sull'individuazione della subordinazione mediante l'inserimento della prestazione lavorativa nell'organizzazione imprenditoriale si vedano da un lato le perplessità di R. DE LUCA TAMAJO, *Profili*, cit., 472 e dall'altro le certezze di P. ICHINO, *Il contratto*, cit., per il quale l'inserimento della prestazione nell'organizzazione dell'impresa può ben essere un indice presuntivo della subordinazione. Secondo A. PERULLI, *Il potere*, cit., 343 e E. GHERA, *Sul lavoro a progetto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 196, l'organizzazione, come del resto l'eterodirezione, sarebbe ravvisabile anche nei rapporti di lavoro autonomo, in quelle fattispecie cioè in cui la prestazione di un'opera o di un servizio sia destinata ad un risultato o ad una serie di risultati inseriti stabilmente nell'organizzazione imprenditoriale.

Sempre secondo P. ICHINO, *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e "dipendenza" nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, in *Giust. civ.*, 2005, II, 135; R. DE LUCA TAMAJO, *Profili*, cit., 475, l'inserimento sarà riscontrabile nel lavoro autonomo continuativo, laddove la subordinazione può essere spesso confusa con le varieguate forme di coordinamento-integrazione con l'organizzazione del datore di lavoro. In giurisprudenza si veda Cass. n. 2171/2000 per la quale l'inserimento del lavoratore non può essere elemento esclusivo per l'accertamento della subordinazione.

³¹ Sul senso di "risultato" si veda F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1956.

vare in relazioni ai poteri datoriali, unilateralità ed estraneità non possono essere messe in discussione, essendo sempre presenti nel rapporto di lavoro subordinato³².

2. *Il problema della (re)distribuzione/imputazione delle tutele e le proposte di revisione*

La riflessione dei giuslavoristi, dagli anni '80 in poi, si è tra l'altro incentrata sull'inadeguatezza, se non vera e propria crisi, della fattispecie subordinazione nel redistribuire adeguatamente l'apparato protettivo del diritto del lavoro³³ e sulle possibili soluzioni a tale esiziale problema³⁴.

A differenza, tuttavia, dell'accennato risalente dibattito sulla c.d. sfaturatura tra fattispecie ed effetti³⁵, merita di essere sottolineato come i nuovi termini della questione evidenzino sempre un problema di irrazionale distribuzione delle tutele lavoristiche ma, questa volta, spingendosi molto oltre la tematica della c.d. *vis expansiva* del diritto del lavoro, si pone in una vera e propria ottica *rifondativa* ed *inclusiva* di estensione dell'ambito applicativo di tali tutele.

Il citato dibattito dottrinale prende le mosse dalla rilevazione della diffusione di rapporti di lavoro autonomo continuativo che, invero "trovano crescente sviluppo nei contesti delle nuove organizzazioni di lavoro, despazializzati e dematerializzati, interconnessi all'utilizzo di strumenti informativi e telematici, oltre che favoriti dal decentramento delle

³² La riflessione è di O. MAZZOTTA, *L'inafferrabile etero-direzione*, cit., 10-11. Proprio sul tema della distinzione tra coordinamento ed eteroorganizzazione si deve riflettere, da un lato, sul concetto di unilateralismo decisorio, direttivo ed organizzativo al quale dovrebbe conseguire la tutela della disciplina della subordinazione e, dall'altro, sul concetto di consensualità ed autorganizzazione del lavoratore autonomo per il quale possono essere previsti appositi apparati di tutela *ad hoc*. Sul punto, si veda F. MARTELLONI, *Le collaborazioni etero-organizzate al vaglio della Cassazione: un allargamento del raggio d'azione della tutela giuslavoristica*, in *Lav. dir. Europa*, n. 1, 2020, 7.

³³ M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 70.

³⁴ P. TOSI-F. LUNARDON, (voce) *Subordinazione*, in *Digesto comm.*, XV, Torino, 1998, 260.

³⁵ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, NAPOLI, 1967, 139. G. GIUGNI, *Prospettive del lavoro per gli anni '80*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1982, 387.

prestazioni”³⁶, ovvero sono caratterizzati da un apporto lavorativo “più vicino al *risultato* che non alla *messa a disposizione*, qualificato da uno specifico know how, da poteri di intervento e di autorganizzazione, magari da contenuti creativi ... non segnati da vistosa soggezione gerarchica ed eterodirezione ... non riconducibili, se non con evidente forzatura, al paradigma della subordinazione”³⁷.

Tali forme di lavoro rappresentano ormai lo strumento che consente alle imprese di poter ricorrere, con continuità, all'utilizzo del lavoro autonomo (secondo l'elaborazione sin qui ricevuta delle nozioni di subordinazione e autonomia) inserito nell'organizzazione produttiva e capace di concordare con il committente le modalità di svolgimento del rapporto³⁸.

Il maggiore ricorso al lavoro autonomo continuativo ha coinciso con l'aumento delle attività produttive fondate sui servizi, dando così corpo a quel lavoro autonomo c.d. di “seconda generazione”³⁹ che rappresenta ormai una componente stabile del nostro mercato del lavoro.

Ed invero, in passato, l'imprenditore capitalista, attraverso il lavoro subordinato, acquisiva una disponibilità di forza lavoro da dirigere (e quindi da controllare) secondo le mutevoli esigenze della propria organizzazione produttiva. Il diffondersi delle forme di lavoro autonomo si può far coincidere con la transizione dal modello produttivo del *taylorismo-fordismo* a quello del *postfordismo*, transizione guidata dall'avvento

³⁶ M. PEDRAZZOLI, in AA.VV. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, *Il mondo variopinto delle collaborazioni coordinate e continuative*, 682.

³⁷ R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del lavoro coordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 41 ss.

³⁸ Tale lavoro autonomo continuativo, invero, era estraneo, al legislatore del codice civile che ha disciplinato soltanto la fattispecie del contratto d'opera e del lavoratore autonomo e dunque di un contratto ad esecuzione istantanea, individuandolo in colui che esaurisce la propria obbligazione nella realizzazione di un'opera o di un servizio. In sostanza, nell'art. 2222 c.c. il fattore tempo può rilevare solo come durata necessaria alla realizzazione dell'opera o del servizio, durata che viene pattuita tra le parti.

³⁹ Tale espressione è stata introdotta da S. BOLOGNA-A. FUMAGALLI (a cura di), *Il lavoro autonomo di seconda generazione: scenari del postfordismo in Italia*, Milano, 1997, 13 ss. e S. BOLOGNA, *Dieci tesi per la definizione di uno statuto del lavoro autonomo*, in S. BOLOGNA-A. FUMAGALLI, *Il lavoro autonomo di seconda generazione*, Milano, 2007, con la quale si sono definite le diverse tipologie di lavoro autonomo economicamente dipendente in quanto collegato all'impresa flessibile o postfordista. Si veda anche G. BRONZINI, *Postfordismo e garanzie: il lavoro autonomo*, in *Il lavoro autonomo*, cit., 319 ss., il quale parla di “sostituto commerciale del lavoro dipendente” e di “dipendenza esistenziale”.

del modello di produzione sviluppatosi per primo in Giappone, che ha aperto la strada alla globalizzazione dell'economia⁴⁰. Ed infatti, il fordismo è entrato in crisi proprio con l'avvento della tecnologia che ha permesso alle imprese di organizzare i propri modelli produttivi e quindi lavorativi in modo più flessibile⁴¹.

Tale mutamento di modello produttivo ed organizzativo ha determinato rilevanti cambiamenti nella gestione dei rapporti di lavoro, destinati ad integrarsi necessariamente nell'organizzazione produttiva del committente, secondo modalità sempre più "orizzontali", stanti i più o meno ampi margini di autonomia (nell'esecuzione e nella gestione della prestazione) concessa ai lavoratori *uti singuli*, ovvero per gruppi⁴². Il lavoro, dunque, non è più soltanto una modalità prevedibile di esecuzione di fasi di un processo produttivo realizzato in un ambiente predeterminato, ma diventa un'attività nella quale assume rilievo significativo la dimensione di un risultato.

Nel tempo, dunque, è risultato evidente che, nell'esercizio dell'attività di impresa, fosse proficuamente possibile ricorrere a collaborazioni di lavoro che, sebbene abbiano la caratteristica della stabilità, non si abbia necessità di dirigere o controllare, dunque tecnicamente autonome, ma stabili nel tempo⁴³.

⁴⁰ R. HOLLIGSWORTH, *Continuità e mutamento nei sistemi sociali di produzione, I casi di Giappone, Germania e Stati Uniti*, in LODIGIANI R.-MARTINELLI M. (a cura di), *Dentro e oltre i post-fordismi. Impresa e lavoro in mutamento tra analisi teorica e ricerca empirica*, Milano, 2002; M. ELAM, *Puzzling out the Post-Fordist debate: Technology, Markets anche Institutions*, in A. AMIN (a cura di), *Post Fordism, A reader*, Oxford-Cambridge, 1994. Si veda anche A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione, Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Padova, 1999; A. PERULLI, *Diritto sociali fondamentali e mercato globale*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, 939 ss.

⁴¹ D. HARVEY, *The condition of postmodernity*, Oxford-Cambridge, 1989. In Italia il dibattito sulla ridefinizione delle categorie giuridiche ha investito il diritto del lavoro dagli anni '80 ed ha preso in considerazione diverse fasi che si sono succedute dal fordismo/taylorismo al c.d. post fordismo.

Si è infatti passati da un sistema di occupazione c.d. piena prima degli anni '70, ad una fase di riduzione degli organici già alla fine degli anni '70, ad una successiva fase di introduzione delle tipologie flessibili di lavoro dove si iniziano a mettere in discussione gli elementi tipici del rapporto di lavoro subordinato. Si veda G. BRONZINI, *Autonomia e subordinazione nel rapporto di lavoro: verso l'unificazione?*, in *I destini del lavoro, Autonomia e subordinazione nella società postfordista*, a cura di F. Amato, Milano, 1998, 40.

⁴² S.P. VALLAS, *Ripensare il postfordismo. La rilevanza della flessibilità nell'organizzazione del lavoro*, in R. LODIGIANI-M. MARTINELLI, *Dentro e oltre i post-fordismi. Impresa e lavoro in mutamento tra analisi teorica e ricerca empirica*, Milano, 2002.

⁴³ Detti rapporti sarebbero caratterizzati da una forma di integrazione e coordi-

Si tratta, in sostanza, dal punto di vista strettamente giuridico, di una vasta gamma di rapporti di lavoro che si svolgono con modalità non riconducibili al paradigma della subordinazione tecnico-funzionale, seppure caratterizzati dalla continuità, dalla personalità e da un'integrazione della prestazione nell'organizzazione del committente⁴⁴.

Sempre in una prospettiva giuridica, ma generale, alcune di tali figure si caratterizzano per uno stringente coordinamento spazio-temporale della prestazione, altre, pur in assenza di tale coordinamento, presentano un collegamento stabile con il ciclo produttivo del committente, per altre ancora, si registra un'inserzione c.d. intermittente nell'organizzazione aziendale.

In questa fase che ha dato origine al diritto del lavoro attuale, anche con l'avvento della tecnologia giunta sino all'intelligenza artificiale, vengono messi seriamente in discussione i postulati fondanti la prestazione di lavoro subordinato, quali il tempo, la sua misurabilità, lo stesso luogo di lavoro ed è in questo contesto che si sviluppa il maggiore ricorso al lavoro *autonomo*, per sua natura più adattabile alle nuove forme di produzione⁴⁵. In tale contesto l'impresa non necessita più di quel rigido

nazione con l'organizzazione imprenditoriale più o meno stringente, non caratterizzata da rilevante soggezione gerarchica ed eterodirezione. Si veda F. LISO, *Brevi note a proposito dell'iniziativa legislativa in materia di lavori atipici*, in *Mass. giur. lav.*, n. 8/9, 2000. Sul concetto di attività lavorativa coordinata si veda M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966; G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro "parasubordinato"*, Milano, 1979; M.V. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. dir.*, 1987; R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989; P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989.

⁴⁴ Il lavoro coordinato si caratterizza per una prestazione personale (senza un'organizzazione imprenditoriale) e continuativa, per l'autonomia di esecuzione in relazione anche ai tempi e ai modi, sempre nei limiti del necessario rispetto di un programma predisposto dal committente, per la responsabilità della produzione del risultato, anche con riferimento alla determinazione del compenso. In tale area dovrebbero rientrarvi tutte quelle figure intermedie caratterizzate da una tipicità sociale emergente, bisognose di discipline e tutele eteronome decrescenti, ad esempio il lavoro svolto all'interno dell'impresa con tratti di elevata autoregolazione, professionalità e creatività; lavoro nei team autogestiti; lavoro fornito all'esterno dell'azienda ma con alto grado di integrazione nel ciclo produttivo; il lavoro dei consulenti continuativi ed integrati; l'agente ed il rappresentante.

Tali tratti sono indicati nella definizione di lavoratore subordinato sportivo di cui all'art. 2, legge n. 91/1981 che indica gli elementi della continuità, della sottoposizione ai poteri di coordinamento da parte della società sportiva e di un'apprezzabile durata temporale, elementi espressivi della dipendenza.

⁴⁵ Per uno studio socio-economico recente si veda R. BALDWIN, *The great Convergence: Information Technology and the New Globalization*, Harvard, 2016.

coordinamento spazio-temporale della prestazione tipico del lavoro subordinato come storicamente inteso, di quella suddivisione della prestazione in fasi di tempo prestabilite, in luoghi territoriali ben definiti. Si registra, dunque, l'affievolimento dei tipici poteri del datore di lavoro, i quali si riducono o addirittura scompaiono, in una problematica ed inedita rilevanza del contratto.

Il dibattito non è di certo solo una questione italiana, ma coinvolge tutti i paesi che vantano uno sviluppato sistema di diritto del lavoro⁴⁶, ove le nuove modalità produttive accentuano la crisi del lavoro salariato⁴⁷.

È necessario, allora, mettere in discussione alcune convinzioni che descrivono, da un lato, il lavoratore autonomo come quella figura specializzata ed autorganizzata simile all'imprenditore che lavora nel mercato, dall'altro, il lavoratore subordinato come colui che sconta una situazione di subalternità tecnica e debolezza socio economica. Ed invero, si va sempre più verso una situazione che vuole sì lavoratori sempre più "intelligenti", autorganizzati e professionalizzati, ma tali elementi non sono di per sé sufficienti a capire se tali lavoratori siano bisognosi o meno dell'apparato protettivo del diritto del lavoro⁴⁸.

Ed infatti, il legislatore del 1970 aveva come riferimento un modello di lavoratore che aveva già raggiunto tutte le tutele e limitava a tale figura l'impianto delle stesse. Il legislatore degli ultimi decenni, invece, ha esteso alcune tutele, soprattutto quelle tipicamente previdenziali, al lavoro autonomo continuativo, ma non è riuscito a creare un compiuto stato regolativo e protettivo dello stesso. Ha preferito piuttosto ricondurre a subordinazione tutto ciò che gli assomigliasse (nel senso tecnico-funzionale della somiglianza), lasciando quindi senza una compiuta specifica regolazione e tutela i lavori autonomi continuativi seppur dipendenti dal committente. Da ultimo, come vedremo, ha emanato l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, la legge n. 81/2017 e, nel 2019, con il Capo V *bis* inserito nel d.lgs. n. 81/2015, ha introdotto un minimo di regolazione e tutele per i lavori autonomi ex artt. 2222 ss.⁴⁹.

⁴⁶ Per un'interessante ricostruzione dei tratti generali dei diversi ordinamenti, si veda *Riv. giur. lav.*, n. 1, 1996 e *Revue internationale du travail*, n. 6/1996.

⁴⁷ Queste tematiche sono affrontate compiutamente da J. RIFKIN, *La fine del lavoro*, cit.; A. GORZ, *Metamorfosi del lavoro*, Torino, 1992; D. MÈDA, *Le travail: une valeur en voie de disparition*, Paris, 1995.

⁴⁸ Si tratta, come noto, di quella c.d. *zona grigia* del diritto del lavoro, dove la dicotomia autonomia/subordinazione viene a sfumare, ma al contempo la necessaria qualificazione nell'uno o nell'altro senso, determina l'applicazione o meno dell'intero diritto del lavoro e dell'intero apparato protezionistico dallo stesso disciplinato.

⁴⁹ Sebbene siano auspicabili interventi legislativi in tali termini, resta fonamen-

In tale contesto normativo si dovrebbe, allora, cercare di riconsiderare la subordinazione più in termini di situazione effettiva che in termini di fattispecie, al fine di eliminare le disfunzioni del sistema di tutele, tutto sbilanciato verso la fattispecie del lavoratore subordinato che, invero, risulta essere oggi molto meno *subordinato* di un certo tipo di lavoro autonomo⁵⁰.

Nell'ottica di prevedere tutele per il lavoro autonomo, non è semplice ribaltare il ragionamento in termini di effettività delle situazioni quando sino ad oggi si è perlopiù ragionato in termini di fattispecie. Dunque, una protezione vera del lavoro autonomo continuativo non può che passare per una rivisitazione delle tutele oggi offerte anche al lavoratore subordinato, nel senso di rendere più "ragionevole" ed "effettivo" il sistema delle tutele nei confronti dei soggetti che ne hanno in concreto più bisogno.

In tale prospettiva, diverse possono essere le tecniche utilizzate per garantire protezione al lavoratore autonomo che mette *continuativamente* a disposizione le proprie energie lavorative alle dipendenze della stessa controparte.

La strada c.d. *contrattuale* può essere perseguita attraverso l'allargamento dell'area protetta, ovvero attraverso il superamento della dicotomia autonomia/subordinazione, ovvero ancora attraverso la via dei contratti atipici.

L'opzione dell'allargamento dell'area protetta del diritto del lavoro, prevede una nuova nozione di subordinazione che includa anche una parte del lavoro autonomo, quello di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c.; ovvero, sempre nell'area dell'allargamento della subordinazione, potrebbe resistere una nozione restrittiva di subordinazione, con la contestuale, però, estensione *ex lege* di alcune tutele previste per il lavoro subordinato al lavoro autonomo continuativo.

La seconda opzione sarebbe quella volta a superare la classica distinzione tra autonomia e subordinazione, per costruire una impalcatura comune di regolazione e protezione minima, per lasciare poi il resto della contrattazione alle parti.

La terza possibilità, non di facile attuazione, sarebbe quella che va ol-

tale la spinta del movimento sindacale per emancipare tale categoria di lavoratori che, se presi, singolarmente, non hanno la forza per imporre le proprie condizioni. Si veda G. BRONZINI, *Autonomia e subordinazione*, cit., 52.

⁵⁰ In questo senso si veda L. SPAGNUOLO VIGORITA, in *Subordinazione e autonomia: fattispecie astratta e situazioni effettive*, in *I Destini del lavoro, Autonomia e subordinazione*, Milano, 1998, 98.

tre la regola della tipicità, aprendo le porte ai contratti atipici con tutele costruite *ad hoc* sui singoli contratti⁵¹.

La prima opzione, relativa all'allargamento dell'area protetta del diritto del lavoro, attraverso la creazione di una nuova nozione giuridica di subordinazione "allargata e affievolita", riprenderebbe quella concezione di subordinazione c.d. economica, spesso utilizzata nei discorsi sulla parasubordinazione, sulla dipendenza socio-economica, sul lavoro *sans phrase*. In realtà, stante la formulazione "aperta" e "indifferente" dell'art. 2094 c.c.⁵², l'allargamento della subordinazione sarebbe solo interpretativo, poiché in tale disposizione si potrebbero fare entrare diverse accezioni di subordinazione, anche molto allargate e affievolite. Nell'opera di qualificazione si dovrebbero allora valorizzare alcuni elementi piuttosto che altri, enfatizzare alcune caratteristiche invece di altre, per permettere la riconduzione della fattispecie concreta in quella astratta prevista dalla norma. Pertanto, la riconduzione a subordinazione del lavoro autonomo continuativo eterorganizzato già potrebbe essere operata con gli strumenti attuali senza particolari problemi di contrasto con l'art. 2094 c.c. Il risultato sarebbe quello, dunque, di estendere la normativa lavoristica e quindi il pesante impianto di tutele al lavoro autonomo continuativo. Ma l'estensione *sic et simpliciter* della disciplina del lavoro subordinato porta con sé il problema dell'incompatibilità di parte della disciplina con la tipologia concreta di rapporto di lavoro, con riferimento ad esempio ai poteri tipici del datore di lavoro e agli obblighi tipici del lavoratore, all'applicazione della disciplina contrattuale collettiva e a quella previdenziale.

A ben vedere tale via, seppur indirettamente, è stata quella seguita dal legislatore prima con la riconduzione a subordinazione delle collaborazioni coordinate e continuative prive del progetto (artt. 61-69, d.lgs. n. 276/2003), poi con la valorizzazione dell'elemento dell'eterorganizzazio-

⁵¹ Tale via, però, si scontra con il carattere di inderogabilità della maggior parte delle norme lavoristiche, ciò che impedirebbe l'utilizzo di forme atipiche al sol fine di eludere la normativa inderogabile. Ed invero, come noto, la Corte costituzionale ha posto un veto alla c.d. manipolazione del tipo contrattuale persino allo stesso legislatore (Corte cost. sentenze nn. 121/1993 e n. 115/1994; principio ribadito anche dalla sentenza n. 76/2015), anche se continuerebbero le spinte verso la flessibilizzazione delle tutele all'interno del tipo indisponibile e, dunque, verso l'avvicinamento al traguardo dell'atipicità. Questa è la ricostruzione di M.V. BALLESTRERO, in *Osservazioni critiche sulla persistente vitalità del diritto del lavoro, sulle proposte di riforma della subordinazione e sulla tutela da accordare al lavoro autonomo*, in *I destini del lavoro, Autonomia e subordinazione*, cit., 118.

⁵² L'espressione "indifferente" è di L. GAETA, *Contro l'unificazione tra lavoro autonomo e subordinato*, in *Subordinazione e autonomia: fattispecie astratta e situazioni effettive*, in *Autonomia e subordinazione*, cit., 123 ss.

ne nelle collaborazioni ex art. 409 n. 3 c.p.c. per estendere loro la disciplina del lavoro subordinato (art. 2, d.lgs. n. 81/2015)⁵³. Invece, con la legge n. 81/2017 (c.d. Jobs Act degli autonomi), così come con il Capo V *bis* del d.lgs. n. 81/2015 (inserito ad opera della legge n. 128/2019), il legislatore è intervenuto direttamente sulle tutele, senza toccare la fattispecie, prevedendo un pacchetto *ad hoc* di protezione per i lavoratori autonomi, continuativi e non.

In tale direzione, quella dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, deve essere letta la volontà del legislatore di applicare il criterio regolativo della dipendenza economica non ai rapporti di lavoro subordinato, bensì ai rapporti di lavoro autonomo, nel senso di prevedere tutele *ad hoc* per lavoratori autonomi bisognosi di tutele, secondo la tecnica di individuare volta per volta le situazioni da tutelare. In quest'ottica, nel nostro ordinamento, riacquisterebbe centralità il lavoro autonomo perché non sarebbe più lasciato nella più completa anomia, ma inizierebbe a rilevare anche sotto il profilo delle tutele, che devono essere proporzionate al loro grado di dipendenza economica.

L'altra via contrattuale, si fonderebbe sul superamento della dicotomia autonomia/subordinazione e sulla creazione di un minimo comune denominatore contrattuale, presupponendo però la modifica del dato legale dell'art. 2094 c.c., operazione che richiederebbe un enorme sforzo definitorio e avrebbe ripercussioni a cascata su tutto il diritto del lavoro.

Invece, l'opzione relativa alla creazione di nuovi contratti tipici, dopo l'esperienza infausta del contratto a progetto, è stata fatta propria da una buona parte della dottrina ed anche dalle organizzazioni imprenditoriali, le quali hanno presentato diverse proposte di riforma sull'introduzione di nuovi tipi legali e delle rispettive tutele. Ad esempio la proposta di Confindustria, tenendo ferma la tradizionale distinzione tra lavoro autonomo e subordinato, cercava di introdurre il nuovo tipo di lavoro dipendente non subordinato, con un suo particolare statuto regolatorio e di protezione. Sulla stessa linea, in dottrina, si evidenzia la proposta c.d. Smuraglia, la quale cercava di introdurre anch'essa un terzo tipo, tra autonomia e subordinazione, meritevole di una tutela *ad hoc*⁵⁴.

La proposta di Alleva e D'Antona, poi, mantenendo la norma inderogabile, prevedeva uno statuto unico (con tutele differenziate) per i lavo-

⁵³ Come si vedrà *infra*, con tale ultimo intervento, oggi vigente, non viene però risolto il fondamentale problema di quale disciplina "subordinata" sia applicabile alla collaborazione autonoma, lasciando al singolo interprete l'ingrato compito di individuare la disciplina effettivamente applicabile a quel rapporto.

⁵⁴ Così il disegno di legge n. 2049, Norme di tutela dei lavori "atipici", d'iniziativa dei Senatori Smuraglia, De Luca e altri, Seduta n. 823 dell'11 dicembre 2000.

ratori autonomi e per quelli subordinati e la previsione di tutele minime per i lavoratori parasubordinati⁵⁵.

L'idea di Ichino prevedeva invece regole comuni ai rapporti di lavoro subordinato e parasubordinato, ma l'eliminazione della tutela inderogabile, con conseguente maggior potere all'autonomia individuale di poter disporre del rapporto e delle tutele.

Interessante è stata anche la prospettiva di Biagi che, partendo anch'esso dal necessario superamento delle tradizionali distinzioni autonomia/subordinazione che non riuscivano più a garantire tutele ai soggetti effettivamente bisognosi, cercava di risolvere il problema non tanto con le tecniche qualificatorie, ma con quelle delle tutele. In sostanza, Biagi cercava di redistribuire la protezione in base ad una classificazione "omogenea" delle tutele, con tutela piena per il lavoratore subordinato e via via tutele minori (sulla base della teoria dei cerchi concentrici) per i lavori che si allontanavano dalla subordinazione⁵⁶.

⁵⁵ L'orientamento di Alleva era quello tradizionalista, quello di D'Antona era riformista. Il primo si incentrava sul lavoratore subordinato quale unico riferimento e tentava di estendere la relativa disciplina protettiva a tipologie di lavoratori c.d. atipici e precari, anche mediante l'introduzione di nuove fattispecie contrattuali più idonee a redistribuire tale protezione. La tesi riformista di D'Antona, invece, si fondava sull'intuizione di rimodulare la disciplina protettiva del lavoro subordinato, "spalmandola" però tra le diverse tipologie contrattuali già esistenti, garantendo delle tutele minime per tutti i lavoratori e poi a seguire, a cerchi concentrici, sempre maggiori tutele via via per coloro che assomigliavano maggiormente alla figura del lavoratore salariato. Quest'ultimo orientamento cercava di "legificare" gli indici c.d. tipologici, già utilizzati dalla giurisprudenza, al fine di fornire protezione a tutti coloro che svolgessero una prestazione di lavoro in modo prevalentemente personale e coordinato, che erano integrati nell'organizzazione imprenditoriale. Entrambi gli orientamenti, con le dovute differenze, si occupavano quindi del problema di garantire una più equa redistribuzione della disciplina protettiva del lavoro subordinato, partendo da un perimetro minimo di tutele. Quindi la proposta di Alleva cercava di redistribuire le tutele del lavoro subordinato tramite l'elaborazione di nuovi regimi contrattuali, ponendo alla base un contratto di lavoro *sans phrase* che avrebbe garantito le tutele minime a tutti i collaboratori che lavorano in modo prevalentemente personale e con integrazione con l'organizzazione del datore di lavoro. La proposta di D'ANTONA era invece quella di accorpate tutte le collaborazioni prevalentemente personali e coordinate in un'unica fattispecie, alla quale garantire idonea tutela.

⁵⁶ Tra i tanti scritti si può leggere tale idea in M. BIAGI-M. SACCONI, *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia: Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Roma, 2001. Secondo l'Autore, le tutele dovevano essere rimodulate ponendo alla base una cifra minima di diritti inderogabili rinvenuti sia nell'ordinamento interno che in quello sovranazionale, tra i quali, ad esempio, il diritto ad un equo compenso, diritto di libertà, diritto alla salute e sicurezza sul lavoro, tutela antidiscriminatoria, tutela della maternità, diritti sindacali. In tale prospettiva questo nuovo insieme di