

CAPITOLO PRIMO

L'AUTONOMIA, LA SUBORDINAZIONE E LA PARASUBORDINAZIONE

SOMMARIO: 1. La genesi del diritto del lavoro. – 2. Il lavoro subordinato. – 3. Segue: gli orientamenti giurisprudenziali. – 4. Il lavoro parasubordinato. – 5. Segue: collaborazioni coordinate e continuative, lavoro a progetto e recenti riforme. – 6. Il rapporto di lavoro dei “riders”. – 7. Lavoro subordinato e figure affini. – 8. Il lavoro agile nella legge n. 81 del 2017 e nella legislazione dell'emergenza Covid-19. – 9. Il telelavoro. – 10. La certificazione dei contratti di lavoro.

1. LA GENESI DEL DIRITTO DEL LAVORO.

È difficile stabilire con certezza quando è nato il diritto del lavoro. Trattandosi di questione largamente convenzionale, la risposta non può che essere esposta a censure e contestazioni.

Non per eludere il tema – che, in realtà, presenta una rilevanza ben maggiore di quella che *prima facie* se si potrebbe attribuire – ma per fornire una opinione ragionata, si può ben dire che questo settore giuridico abbia cominciato ad assumere una propria autonoma essenza, per quanto embrionale, nel momento in cui il legislatore si è reso conto – verso la fine del diciannovesimo secolo – della ineludibile necessità di comporre le inaccettabili distorsioni provocate dai fenomeni sociali ed economici prima sconosciuti, e dalla conseguente emersione di tensioni e figure inedite; prima fra tutte quella di colui che, per assicurare a sé ed ai suoi familiari il necessario sostentamento, doveva vendere la sola cosa che aveva – il proprio tempo e le proprie energie – a favore di chi poteva essere interessato ad utilizzarle come fattore per la produzione di beni o l'offerta di servizi.

Questa realtà – non sporadica, ma di diffusione esponenziale – portava con sé un drammatico squilibrio tra le forze delle parti in gioco e, con esso, il rischio tangibile di sfruttamenti, prevaricazioni, abusi, solo in parte con-

trastabili attraverso l'azione comune – ossia collettiva – dei prestatori di lavoro, sempre più consapevoli della necessità di aggregarsi per dare vita a quegli organismi che, di lì a poco, costituiranno il sindacato.

Il diritto del lavoro comincia a formarsi allora, prima timidamente, poi con crescente vigore. Evidente ne è la *ratio* ultima, intimamente orientata alla protezione del soggetto ritenuto socialmente ed economicamente più debole all'interno della relazione dialettica e negoziale corrente tra chi offre e chi domanda lavoro; altrettanto chiare sono le modalità delle tutele: si tratta di un complesso regolativo che mira a proteggere senza “ingessare”, a tutelare senza pregiudicare la possibilità che la parte debole deve avere, se capace, di rivendicare ed ottenere condizioni superiori ad una data soglia minima invalicabile al ribasso.

Si spiega così la caratterizzazione più originale del diritto del lavoro: la sua intima *diseguaglianza*, cioè la sua capacità di affrancarsi dalla tradizione privatistica e dal “sacro” principio della parità formale delle parti, per creare una disciplina che pretende di “trattarle” diversamente. Il diritto del lavoro, insomma, nasce e si sviluppa come regolazione *asimmetrica* del rapporto tra le parti.

Su queste medesime basi si spiega anche il connotato che lo caratterizza sul piano funzionale: il c.d. *favor* – il favore per il lavoratore – che si manifesta principalmente nella derogabilità *unilaterale* di buona parte delle norme che lo compongono. Il diritto del lavoro, in altri termini, presenta questo tratto per molti versi unico: non contiene solo norme assolutamente intangibili – imm modificabili in ogni direzione da parte dei protagonisti della relazione di lavoro, sull'evidente presupposto della afferenza di quelle regole a principi e beni dotati di rilevanza pubblica o comunque sottratte alla disponibilità privata – né solo norme pienamente cedevoli, ossia derogabili in ogni senso, ma annovera anche disposizioni relativamente inderogabili o, se si preferisce, derogabili solo in un senso, quello più favorevole al lavoratore.

Quando ammessa – ed è la regola – la inderogabilità solo unilaterale incarna bene l'anima del diritto del lavoro e si manifesta essenzialmente nell'apertura di ampi spazi alla esplicazione dell'autonomia privata solo se ed in quanto orientata a tutela del soggetto debole: sia nella forma individuale che in quella collettiva. Se, nei fatti, la norma di legge impone un dato trattamento, quello può essere considerato inderogabile *in peius*, se si risolve a danno del lavoratore, ma non anche *in melius*, se ridonda a suo favore.

Nato con questi connotati, il diritto del lavoro vi resta sostanzialmente fedele nel corso degli anni, seppur con una costante ed ininterrotta revisione del *mix* tra derogabilità, inderogabilità assoluta ed inderogabilità re-

lativa, a seconda delle diverse stagioni e del modo di interpretare i rapporti di forza tra le parti.

Non solo. Esso – anche in virtù del progressivo recepimento di norme comunitarie ed euro-unitarie – cresce quantitativamente e qualitativamente in modo straordinario, al punto da dar vita ad una costruzione estremamente complessa e da conquistare la propria autonomia rispetto agli altri settori del diritto privato, arrivando addirittura ad articolarsi al proprio interno. Nascono così il diritto sindacale – che si occupa delle relazioni collettive di lavoro – ed il diritto della previdenza sociale – che tratta dei sistemi protettivi elaborati per la tutela dei lavoratori nelle situazioni di bisogno – senza dire poi del diritto processuale del lavoro, del diritto del lavoro dell'Unione europea e via elencando in un processo che probabilmente non può dirsi ancora esaurito.

2. IL LAVORO SUBORDINATO.

Vista la sua origine, non stupisce che il diritto del lavoro non riguardi ogni forma di lavoro naturalisticamente intesa – da interpretare secondo l'ampia accezione recepita nell'art. 4 Cost., per intendersi – ma solo una: quella resa dal lavoratore subordinato. È il lavoro subordinato quello nel quale, per eccellenza, si producono – almeno in origine – lo sbilanciamento dei rapporti di forza fra le parti e, quindi, la necessità di un intervento correttivo esterno che impedisca abusi.

Problema centrale, quindi, è quello che riguarda lo stabilire cosa sia il lavoro subordinato e cosa lo distingua dalle altre forme di lavoro rese nell'ambito di altre relazioni, *in primis* di lavoro autonomo.

Orbene, un punto d'avvio deve essere chiaro: la distinzione tra il lavoro subordinato e le altre forme di lavoro non si può fondare su uno o più precisi elementi di fatto, su "spie" certe e sicure della subordinazione o della autonomia; d'altra parte, non ci sono tipi di lavoro che possono essere solo e necessariamente autonomi oppure subordinati. Così, il lavoro dell'avvocato è di regola autonomo, come quello del medico, dell'idraulico o del calzolaio. Ma questa riflessione non rappresenta certo una verità giuridica: si può essere idraulici e, nel contempo, lavoratori dipendenti (si pensi ad una società operante nel campo delle riparazioni a domicilio che abbia alle proprie dipendenze una intera squadra di questi tecnici da inviare a richiesta della clientela) e lo stesso vale per gli avvocati (si pensi a chi lavora alle dipendenze di grandi enti che hanno al loro interno servizi legali). E allo

stesso modo vale l'inverso: il lavoro della dattilografa è di solito lavoro reso in regime di subordinazione. Ma nulla esclude che, in quella determinata situazione, quella prestazione di lavoro sia in realtà autonoma (si pensi a chi batte a macchina tesi di laurea dietro un dato compenso stabilito "a pagina", utilizzando il proprio *personal computer*, a casa propria, semmai nei ritagli di tempo, senza alcun particolare vincolo al di là di un dato termine di consegna del lavoro finito). E gli esempi potrebbero continuare.

Insomma, in linea di massima non ci sono modi per capire a prima vista se Tizio – che sta prestando in un certo momento la propria attività a favore di Caio – sia un lavoratore autonomo, subordinato, un c.d. socio d'opera, un congiunto partecipante all'impresa familiare di cui all'art. 230-*bis* c.c., un c.d. collaboratore coordinato e continuativo, e così via, fino ad immaginare rapporti atipici e senza escludere le semplici prestazioni effettuate a titolo di cortesia ovvero *benevolentiae causa*.

Per procedere alla corretta qualificazione del rapporto serve una attenta analisi delle modalità con le quali il lavoro è stato reso: è su queste che si gioca la questione. Visto, peraltro, che i principali problemi sono posti dalla ricorrenza della alternativa autonomia/subordinazione – perché le due figure sono socialmente dominanti, costruttivamente adiacenti e presentano un confine assai labile – è proprio dal confronto tra queste due tipologie che si deve muovere.

I concetti di subordinazione e di autonomia non sono facilmente esprimibili, anche perché le definizioni legali risultano di scarso aiuto.

L'art. 2094 c.c. descrive il prestatore di lavoro subordinato come colui che «*si obbliga, mediante retribuzione, a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro manuale o intellettuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*».

L'art. 2222 c.c. – disposizione per molti versi speculare rispetto alla prima – definisce il lavoratore autonomo come colui che si «*obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente*».

Sulla scorta delle due previsioni, la tradizione ha ritenuto di poter trarre alcuni elementi distintivi, apparentemente decisivi: la natura dell'obbligazione; l'assunzione del rischio; la subordinazione, intesa come soggezione alle direttive del creditore della prestazione.

In particolare, si è soliti affermare che il lavoratore dipendente – a differenza dell'autonomo – assume una obbligazione "di mezzi" e non "di risultato", invece propria del lavoro autonomo. In altri termini, egli si impegnerebbe non a garantire la realizzazione di un certo obiettivo, ma, più semplicemente, a mettere le proprie energie psico-fisiche a disposizione della

controparte contrattuale, alla quale verrebbe rimessa la loro utilizzazione. Per la stessa ragione, solo sul prestatore autonomo e non anche subordinato graverebbe il rischio: assumendo una sola obbligazione di mezzi, il lavoratore subordinato manterrebbe il diritto al corrispettivo anche in caso di utilizzazione diseconomica, inutile o improduttiva dell'attività resa. Non è così per il lavoratore autonomo.

In realtà, entrambi questi elementi – pur ancora validi sul piano teorico, almeno per certi versi – risultano poco probanti. Ormai da tempo la miglior dottrina ha messo in dubbio l'utilità della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, considerato che, anche nel primo caso, il prestatore non può esimersi dal rendere comunque una attività utilmente sfruttabile da parte del creditore (e, in tal senso, un certo risultato deve essere in ogni caso garantito). Quanto all'elemento del rischio, si è insistito sul fatto che esso sia semmai un effetto della qualificazione e non una sua causa: prima occorre qualificare il rapporto, poi è possibile imputare l'assunzione.

Il criterio distintivo resta quindi quello della subordinazione, che, però, denuncia una intima oscurità.

A prima vista si può sostenere – a buona ragione – che la subordinazione consista nella *eterodirezione*, vale a dire nel fatto che il lavoratore subordinato debba osservare scrupolosamente le direttive impartite dal suo datore di lavoro, creditore della prestazione, con l'ulteriore precisazione che detto assoggettamento debba essere continuativo, cioè dilatarsi nel tempo con l'effetto di rendere il prestatore di lavoro disponibile in ogni momento a seguire le istruzioni che il datore di lavoro gli impartisce nel corso del rapporto.

Questo elemento, tuttavia, può non essere decisivo, perché si è giustamente osservato come anche il lavoratore autonomo debba talvolta osservare le direttive più o meno penetranti del suo committente e come, d'altra parte, la continuità dell'assoggettamento ben possa essere eventuale e, di fatto, non tradursi mai in comportamenti univocamente decifrabili.

Non potendo dar conto della sterminata elaborazione dottrinale sul tema, occorre esaminare i risultati ai quali la giurisprudenza prevalente è pervenuta; non senza anticipare però che il giudizio qualificatorio non è mai il risultato di una equazione matematica; più spesso è frutto di suggestioni interpretative e opinamenti soggettivi, spinti talvolta al limite della arbitrarità.

3. SEGUE: GLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI.

Mossa dalla necessità di rispondere alle concrete esigenze poste dai singoli casi sottoposti alla sua attenzione e, nel contempo, di proporre criteri qualificatori il più possibile certi ed obiettivi, la giurisprudenza sostiene l'opportunità di adottare un metodo di indagine "approssimato", noto anche come "tipologico". Si tratta di un metodo che – dopo aver desunto dal tipo sociale di lavoro subordinato i suoi tratti più comuni e diffusi – ne conduce la ricerca nel singolo caso in discussione, verificando se, alla fine, questi tratti ricorrano o meno e con quale intensità.

Il metodo tipologico, quindi, è un metodo scientificamente in sé inesatto perché basato non sulla perfetta coincidenza tra fattispecie astratta (quella costruita sull'art. 2094 c.c.) e fattispecie concreta (quella via via presa in considerazione con tutte le sue caratteristiche peculiari), ma sulla maggiore o minore vicinanza tra queste. Ciò nonostante, questo metodo risulta quanto mai utile perché permette un elevato grado di adattamento e conformazione alle singole contingenze concrete.

I criteri – pur qualificati come *sussidiari* e *complementari* (ossia non decisivi) – che la giurisprudenza solitamente trae dal tipo sociale della subordinazione sono molteplici. Tanto per limitarsi ai più diffusi – e senza pretesa di completezza – si possono ricordare:

a) l'assunzione o meno dell'obbligo di garantire la realizzazione di una certa opera: nel primo caso si ha di regola autonomia; nel secondo si ha subordinazione;

b) l'esistenza o meno di una organizzazione di impresa in capo al prestatore di lavoro: nel primo caso si ha di regola autonomia; nel secondo si ha subordinazione;

c) la determinazione del compenso in misura variabile per ciascuna singola opera convenuta, ovvero in misura fissa *ratione temporis*: nel primo caso si ha di regola autonomia; nel secondo si ha subordinazione;

d) l'assenza o meno di un orario di lavoro vincolato: nel primo caso si ha di regola autonomia; nel secondo si ha subordinazione;

e) l'assenza o meno di un impegno a lavorare in luoghi scelti o individuati dalla controparte: nel primo caso si ha di regola autonomia; nel secondo, subordinazione (sull'eccezione del lavoro agile vedi *infra*, par. 8);

f) l'alterità o la proprietà in capo al prestatore di lavoro degli strumenti e delle attrezzature utilizzate nello svolgimento dell'attività: nel primo caso si ha di regola autonomia; nel secondo si ha subordinazione;

g) la discontinuità ovvero la continuità temporale della prestazione: nel primo caso si ha di regola autonomia; nel secondo si ha subordinazione;

h) il non assoggettamento ovvero l'assoggettamento al potere di controllo della controparte contrattuale: nel primo caso si ha autonomia; nel secondo si ha subordinazione;

i) il non assoggettamento ovvero l'assoggettamento al potere disciplinare della controparte contrattuale: nel primo caso si ha autonomia; nel secondo si ha subordinazione;

l) il c.d. *nomen iuris* usato dai contraenti (cioè qualificazione formale che le parti stesse hanno dato alla loro intesa, indicandola come contratto di lavoro autonomo oppure subordinato). Dopo aver assunto posizioni oscillanti, la giurisprudenza oggi prevalente ammette che il *nomen iuris* possa avere valore – anche se certo non decisivo – purché non sia contraddetto dalle concrete circostanze che hanno accompagnato la prestazione lavorativa.

Sia chiaro: il metodo tipologico non richiede che i suddetti indici sussistano *tutti* al fine di poter qualificare il rapporto come subordinato; al contrario, proprio perché applicato a figure di confine, è del tutto naturale che, a seconda dei singoli casi concreti via via considerati, alcuni di questi ricorrano ed altri no. Al giudice spetta il non semplice compito di rilevarli e, soprattutto, di “pesarli”, dando loro la rilevanza che ritiene opportuna per assicurare così, sulla base di questa, la corretta qualificazione del rapporto.

La qualificazione può diventare largamente opinabile soprattutto rispetto ai rapporti che si collocano nella zona di confine tra le due figure: la c.d. “zona grigia” tra autonomia e subordinazione. In certi casi, poi – specialmente con riferimento a prestazioni di elevato livello e complessità (ad esempio in relazione al rapporto di lavoro giornalistico) – la giurisprudenza ha elaborato la nozione di subordinazione “attenuata”, vale a dire compatibile con un certo grado di discrezionalità quanto a modalità e tempi dell'erogazione della prestazione lavorativa.

Le situazioni nelle quali si pongono i maggiori problemi sono – come detto – quelle di confine: si pensi ai fattorini *riders*, che consegnano pasti a domicilio con la propria bicicletta o ciclomotore oppure agli addetti a qualche *call center* che si occupano di *telemarketing*. Queste situazioni sono destinate a crescere enormemente per importanza e frequenza nel corso dei prossimi anni, visto il progressivo superamento dei vecchi modi di lavorare e l'affermarsi di forme inedite di “nuovi lavori”.

Di fronte a questa situazione, la giurisprudenza si è attestata nell'ultimo

periodo sulla valorizzazione della intensità della *eterodirezione*, intesa come sottoposizione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro.

Il metodo “tipologico” di cui abbiamo parlato si basa sulla identificazione di tale indice, ritenuto qualificante, e marginalizza la portata di altri indici, quali la continuità temporale della prestazione, l’osservanza di un orario vincolato, la forma del compenso, che non hanno – lo ripetiamo – natura decisiva. Ma, con l’evoluzione dei sistemi di organizzazione del lavoro, il criterio della eterodirezione rischia di essere poco significativo dell’esistenza della subordinazione, se non interpretato in funzione sia dei programmi cui è destinata la prestazione di lavoro, sia degli obiettivi e della varietà delle modalità di impartire le direttive di lavoro. Ad esempio, nelle attività lavorative caratterizzate dall’uso prevalente di sistemi informatici (operatori di *call center*) la natura subordinata del rapporto può – secondo i giudici – essere provata dando rilievo al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, osservato nelle sue peculiari forme di manifestazione come l’imposizione di specifici programmi (*software*), il cui uso è in grado di predeterminare il contenuto della prestazione lavorativa, e di determinati algoritmi in grado di organizzarla.

4. IL LAVORO PARASUBORDINATO.

Distinguere il lavoro autonomo da quello subordinato riveste una importanza enorme, poiché solo a quest’ultimo si applica la disciplina protettiva che caratterizza il diritto del lavoro. Se si richiamano i cenni fatti più sopra in ordine alla genesi di questo settore dello scibile giuridico, si ha la misura di quanto la qualificazione del rapporto sia importante. Basti pensare che, di regola, al solo lavoratore subordinato – e non anche all’autonomo – si applica la normativa sul licenziamento, quella sulla retribuzione minima, quella sui limiti di orario, quella sulla conservazione del posto in caso di eventi impeditivi e così via.

Insomma, stabilire se un certo rapporto di lavoro sia subordinato oppure autonomo è fondamentale proprio perché il lavoratore dipendente è grandemente tutelato, a differenza del lavoratore autonomo o, più in generale, di chi subordinato non è.

Questo stato di cose, peraltro, ha suscitato e suscita grandissime perplessità. Da più parti si è rilevato che il lavoratore subordinato non è più necessariamente debole sul piano economico-sociale e, quindi “bisogoso”

di tutela (si pensi al lavoro dei dirigenti, oppure dei tecnici con alte professionalità difficilmente reperibili sul mercato). D'altra parte, al contrario, si è notato che sono alcuni lavoratori non subordinati a necessitare semmai di garanzie e protezioni (si pensi all'esercito dei c.d. "collaboratori esterni" oggi di gran moda, che svolgono un'attività continuativa a favore di un unico committente per un compenso spesso al limite della sussistenza). Così facendo, il diritto del lavoro oggi presenta sia *surplus* che, per altro verso, *deficit* di tutela.

Di tale situazione il legislatore si è reso conto poco a poco, tentando di correggere le incongruenze più vistose con alcuni interventi.

Tra i principali, il più risalente data 1973 – e, in particolare, fa riferimento alla legge n. 533 di quell'anno – quando, in sede di riforma del processo del lavoro, è stata introdotta una prima, parziale equiparazione tra il lavoro subordinato ed alcune forme di lavoro autonomo. L'art. 409 c.p.c., nel definire l'area di applicazione oggettiva del c.d. rito del lavoro, ne ha disposto l'estensione anche a rapporti diversi da quelli subordinati, creando una sorta di ulteriore categoria, quella del lavoro c.d. "parasubordinato" (si noti che l'espressione è di origine dottrinale e non legale).

Secondo la disposizione citata, si tratta, in particolare, dei «*rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato*». Questi, in altri termini, sono rapporti di lavoro *certamente autonomi*, ma di una autonomia per così dire "affievolita" o "debole", che merita l'estensione di una minima parte delle garanzie che la legge attribuisce al dipendente: quella processuale e, come si vedrà, quella in tema di rinunce e transazioni (v. il Capitolo 15).

Siamo nel 1973 ed il processo di rimodulazione delle tutele – ossia di ribilanciamento delle protezioni legali in misura tale da correggere le distorsioni nascenti dalle condizioni di effettiva subalternità di chi presta lavoro rispetto a chi lo utilizza – è appena cominciato.

L'allargamento delle tutele tipicamente "subordinate" alle figure autonome continuerà negli anni a venire ed è, peraltro, largamente *in fieri* ancor oggi. Alla legge n. 533 del 1973 seguiranno altri interventi, di vario segno (v. il paragrafo seguente), che introdurranno altri correttivi estendendo frazioni di tutela, compreso un particolare regime previdenziale (si allude all'importante novità costituita dalla c.d. gestione "separata" (rispetto alla gestione previdenziale dei lavoratori subordinati) costituita presso l'INPS con la legge n. 335 del 1995 e destinata proprio ad assicurare una qualche forma di garanzia previdenziale anche ai collaboratori coordinati e continuativi, prima esclusi da ogni protezione); il tutto senza dire, poi, del-

l'interesse crescente mostrato dalle forze sindacali verso queste nuove figure (si allude alla contrattazione delle condizioni di lavoro dei fattorini *riders*), talvolta genericamente assimilate nella formula omnicomprensiva dei c.d. *rapporti atipici*.

5. SEGUE: COLLABORAZIONI COORDINATE E CONTINUATIVE, LAVORO A PROGETTO E RECENTI RIFORME.

Nell'ambito del lavoro autonomo esistono quindi forme di lavoro assai simili a quelle dipendenti. Si tratta di prestazioni che, pur svolte senza vincolo di subordinazione tecnica, sono altresì rese in modo coordinato e continuativo, prevalentemente personale. In esse, pertanto, si ha quel coinvolgimento stabile del prestatore di lavoro nella struttura organizzata dal datore di lavoro che connota di regola la relazione di lavoro resa in adempimento del contratto *ex art. 2094 c.c.* Ciò, del resto, è ben rappresentato dall'espressione "lavoro parasubordinato" che qualifica queste figure.

Che queste attività presentino caratteristiche di fatto tali da essere avvicinati a quelle proprie della subordinazione – pur restando autonome – è noto da tempo: analoga – come detto – è la continuità fattuale del rapporto; analoga è la posizione di forza (e di speculare debolezza) corrente tra le parti; analoga la relazione personale che si instaura. Non è certo un caso, allora, che nel 1973 lo stesso legislatore – come accennato – avesse previsto l'applicazione delle regole processuali dettate elettivamente per il lavoro dipendente anche ad alcuni rapporti di lavoro autonomo caratterizzati da tratti comuni. Si dispose quindi che anche le collaborazioni in parola fossero assoggettate, quanto al rito, alla stessa disciplina prevista per il lavoro subordinato. E questa scelta ebbe come ulteriore effetto l'estensione del particolare regime esistente in tema di rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro (art. 2113 c.c.).

Al di là di queste episodiche estensioni di tutela, le collaborazioni in questione, in quanto tecnicamente autonome, liberavano il committente da quel complesso, rigido ed oneroso sistema protettivo esistente per i rapporti di lavoro dipendente: basti pensare – per esempio – all'assenza di limiti alla recedibilità, alla sostanziale mancanza di oneri contributivi e previdenziali, alla più completa libertà delle parti (*in primis* del committente) quanto a determinazione del corrispettivo, e così via.

Alla estrema flessibilità ed alla economicità – nonché alla parallela assenza dei rigidi limiti propri del tipo *ex art. 2094 c.c.* – si deve la enorme dif-

fusione di queste figure, in molti casi utilizzate in modo non corretto ed anzi abusivo, cioè come strumento negoziale atto a nascondere la reale natura del rapporto di lavoro, sovente, in realtà, dipendente.

Visto il successo di queste tipologie contrattuali, il legislatore, soprattutto nel corso degli anni Novanta, decise di intervenire in modo più incisivo, cominciando a “costruire”, seppur in modo disorganico ed incompleto, una sorta di “statuto” delle “co.co.co.” (come ancor oggi sono comunemente chiamate nel linguaggio comune).

Così, senza pretesa di completezza, sono stati previsti:

– come accennato, la creazione di una apposita *gestione separata* presso l'INPS, destinata a riconoscere ai collaboratori una minima tutela previdenziale, alimentata dai contributi posti a carico, per due terzi, del committente, per un terzo, dello stesso collaboratore. Con diversi provvedimenti succedutisi nel tempo si è peraltro previsto il progressivo incremento degli oneri contributivi anche a fini dissuasivi rispetto a pratiche abusive legate al minor costo di queste tipologie contrattuali;

– l'estensione della tutela garantita dall'INAIL per i casi di infortunio e malattia professionale, con conseguente obbligo di apertura della posizione assicurativa;

– l'estensione di alcune tutele per i casi di maternità e di malattia nonché degli assegni per il nucleo familiare;

– l'obbligo dapprima del pagamento dei compensi tramite prospetto paga ed ora della registrazione nel libro unico del lavoro (art. 39, comma 1, legge n. 133 del 2008).

In buona sostanza nel volgere di alcuni anni si è venuto a creare un piccolo *corpus* dedicato alle co.co.co., senza tuttavia raggiungere i livelli di protezione del lavoro subordinato.

Nonostante queste riallocazioni di tutela, la corsa dei committenti/datori di lavoro verso l'uso di questo strumento contrattuale – il quale, nonostante tutto, continuava ad essere assai conveniente (anche a rischio di una causa promossa dal “collaboratore” o dall'ente previdenziale al fine di veder accertata la natura realmente subordinata della relazione di lavoro) – non si è fermata.

Un importante sforzo in funzione anti-fraudolenta è stato quello intrapreso mediante la c.d. “Riforma Biagi” (introdotta con il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276). Questo regime, infatti, introduceva una serie di principi destinati a ridurre fortemente l'utilizzabilità selvaggia delle co.co.co., secondo una linea d'azione peraltro rafforzata a seguito dell'entrata in vigore della c.d. Riforma Monti-Fornero (legge n. 92 del 2012).

Chiave di volta della Riforma Biagi era l'ammissibilità di queste figure solo nel caso in cui esse fossero state ricondotte «*a uno o più progetti specifici determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore*». Inoltre il progetto doveva «*essere funzionalmente collegato a un determinato risultato finale*», non poteva «*consistere in una mera riproposizione dell'oggetto sociale del committente – avuto riguardo al coordinamento con l'organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa*» – e nemmeno, secondo il Ministero del lavoro, «*comportare lo svolgimento di compiti meramente esecutivi e ripetitivi*». A ciò, ovviamente, conseguiva la determinatezza o determinabilità della durata della prestazione.

In altri termini, per effetto della Riforma Biagi scomparivano – nel settore privato – le “vecchie” co.co.co., per essere sostituite da “lavori a progetto”, ammissibili solo se le parti avessero convenuto di fissare un certo *opus*, un dato risultato ben determinato, del conseguimento del quale il collaboratore si fosse fatto responsabile. Per di più, il ricorso a questa figura contrattuale non era ammesso a fronte di prestazioni di contenuto professionale inconsistente o comunque trascurabile.

Onerosa conseguenza della mancata o falsa indicazione del progetto era poi la conversione della collaborazione in un rapporto di lavoro dipendente *ex art.* 2094 c.c.; al riguardo la Riforma Monti-Fornero aveva reso il regime ancora più severo introducendo una presunzione assoluta di subordinazione nel caso di assenza di un progetto specifico, cosicché tale circostanza avrebbe determinato la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Il quadro è radicalmente mutato per effetto del c.d. *Jobs Act* e, in particolare, dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2015, attuativo della delega contenuta nella legge n. 183 del 2014.

Il nuovo regime ridisegna profondamente gli equilibri preesistenti.

Dal punto di vista delle scelte di politica del diritto, è chiara l'opzione a favore del superamento del contratto di lavoro a progetto, in precedenza concepito come la sola figura contrattuale attraverso la quale si sarebbero potuti costituire rapporti di lavoro parasubordinato. In questo senso non possono non aver giocato almeno due considerazioni concorrenti, sebbene opposte quanto a punti di vista: da un lato, il fatto che il contratto a progetto, in circa un decennio, non ha prodotto gli effetti attesi in termini di contenimento delle c.d. false collaborazioni, ossia delle pratiche abusive consistenti nell'uso di questo strumento per “coprire” rapporti di natura subordinata; dall'altro, il fatto che questa figura – anche a causa di scelte tecnicamente infelici e spesso confuse – si è rivelata di difficile utilizzo, ri-

gida, inadeguata rispetto alle legittime esigenze delle imprese committenti, generando per di più un nutrito contenzioso dagli esiti spesso imprevedibili e dai costi insostenibili per i datori di lavoro e per il sistema economico nel suo complesso.

Tutte queste considerazioni hanno suggerito l'abrogazione del contratto a progetto, fatti salvi i soli contratti in essere alla data della riforma, destinati ad esaurirsi nel tempo.

Per converso è stato mantenuto fermo l'art. 409 c.p.c. e, quindi, il principio secondo il quale è possibile dare vita a rapporti di lavoro parasubordinato – ossia a collaborazioni coordinate e continuative, prevalentemente personali, non subordinate – senza che occorra utilizzare un tipo contrattuale particolare, senza quindi i limiti in precedenza imposti in tema di contratto a progetto.

In concreto, questa scelta si traduce in una forte liberalizzazione dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, evidentemente ritenuti indispensabili per rispondere alle esigenze di una moderna organizzazione aziendale, sempre più bisognosa di apporti professionali irriducibili *tout court* alle opposte categorie, tra loro polarizzate, dell'autonomia e della subordinazione. In questo senso, la riforma parrebbe *prima facie* tradursi nel recupero del regime previgente rispetto al d.lgs. n. 276 del 2003. In realtà non è esattamente così.

All'abrogazione del contratto di lavoro a progetto ed alla riconferma della piena dignità delle co.co.co. si associa un preciso limite, motivato dalla necessità di evitare le prassi fraudolente ed abusive ben note: all'interno delle collaborazioni coordinate e continuative viene operata una ripartizione. In particolare, le co.co.co. vengono suddivise al loro interno in due sotto-insiemi: da un lato si pongono le co.co.co. caratterizzate dalla prevalente personalità della prestazione e dalla c.d. etero-organizzazione del committente (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015, come modificato dalla legge n. 128 del 2019); da un altro lato si pongono invece le co.co.co. prive dell'elemento della etero-organizzazione.

Complementare rispetto a questa modifica è stata la specificazione, ad opera della legge n. 81 del 2017, introdotta nel medesimo art. 409 c.p.c., secondo la quale “la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa”.

Le ragioni di fondo sottese a questa distinzione tra collaborazioni etero-organizzate ed auto-organizzate sono facilmente intuibili. Rispetto alle prime forme di collaborazione, i margini di ipotetica autonomia del prestatore sono limitatissimi; da qui la convinzione che non sia corretto conside-

rare queste figure come forme di autentica e piena parasubordinazione.

Al contrario, solo il secondo tipo – la collaborazione auto-organizzata dallo stesso collaboratore – può essere correttamente inquadrato nell’ambito della genuina parasubordinazione *ex art. 409 c.p.c.*, in quanto connotato dagli indispensabili margini di autonomia riconosciuti al prestatore d’opera.

Per effetto di questa impostazione, alle prime co.co.co. – quelle appunto connotate dalla fortissima compressione dei margini di auto-organizzazione in capo al prestatore – il *Jobs Act* dispone debba applicarsi il regime della subordinazione, assimilando quindi la posizione del collaboratore “coordinato e continuativo” a quella del dipendente. La legge n. 128 del 2019, modificando l’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015, ha precisato che la disciplina del lavoro subordinato si applica «*anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali*» (il riferimento è chiaramente indirizzato ai già ricordati ciclo-motofattorini o *riders*).

A questo meccanismo – estensivo delle tutele previste per il lavoro dipendente – sfuggono alcune ipotesi eccezionali puntualmente indicate dalla legge, tra le quali:

- collaborazioni per le quali la contrattazione collettiva preveda discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore;
- collaborazioni prestate nell’esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l’iscrizione in appositi albi;
- attività prestate nell’esercizio della loro funzione dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dai partecipanti a collegi e commissioni;
- collaborazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal C.O.N.I.

Per contro, alle seconde co.co.co. – quelle invece segnate da un apprezzabile margine di autonomia – potrà e dovrà applicarsi l’ordinaria disciplina di legge dettata per l’autentica parasubordinazione; e, in ogni caso, non si dovrà più ricorrere obbligatoriamente al contratto a progetto, venuto meno.

6. IL RAPPORTO DI LAVORO DEI “RIDERS”.

Si è già accennato alla vicenda che ha riguardato la prestazione lavorativa dei c.d. *riders*, ovvero – secondo la definizione che ne dà la legge stessa (art. 47-*bis*, d.lgs. n. 81 del 2015) – i lavoratori “che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l’ausilio di velocipedi o veicoli a motore [...], attraverso piattaforme anche digitali”.

L’attenzione è stata rivolta a questi lavoratori da parte sia del legislatore che della giurisprudenza, e anche della prassi amministrativa (Ministero del lavoro). Secondo la Procura della Repubblica di Milano, nel comunicato stampa del 24 febbraio 2021, emanato dopo indagini che hanno esaminato le posizioni di oltre 60.000 *riders*, questi lavoratori sono continuamente a rischio della propria sicurezza e anche a rischio di estromissione, quindi sottoposti ad una enorme pressione.

Già con la legge n. 128 del 2019 era stato introdotto nel d.lgs. n. 81 del 2015 un intero Capo V-*bis*, dedicato appunto alle tutele minime per i *riders* autonomi, definiti come si è visto in precedenza. La normativa in questione prevede la forma scritta del contratto individuale di lavoro, il diritto – in mancanza di contratti collettivi dedicati – a un compenso minimo parametrato ai minimi tabellari di settori affini, le indennità per lavoro in condizioni disagiate, la tutela della riservatezza e il divieto di discriminazione, e infine la tutela assicurativa INAIL contro infortuni e malattie professionali.

Parallelamente, il tema della qualificazione del rapporto di lavoro dei *riders* è stato portato all’attenzione della Corte di cassazione; questa ha raggiunto, con la decisione del gennaio 2020 (nel noto caso “Foodora”, che ha preso l’avvio dal Tribunale di Torino), una posizione intermedia, nel senso di applicare ai *riders* il già ricordato art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015 sulle collaborazioni etero-organizzate.

Una posizione analoga è stata adottata dal Ministero del lavoro con la circolare n. 17/2020, che ha sostenuto, di volta in volta, l’applicazione della disciplina della subordinazione (in virtù dell’art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015) allorché i *riders* lavorino in modo continuativo per le piattaforme, e della disciplina del lavoro autonomo occasionale (art. 47-*bis* stesso decreto) allorché la prestazione abbia tali caratteristiche.

Infine, alcuni giudici di merito si sono apertamente schierati nel senso della natura subordinata del rapporto di lavoro dei *riders*, allineandosi alla giurisprudenza straniera, specialmente quella spagnola; mentre alcuni contratti collettivi aziendali hanno previsto l’assunzione dei *riders* quali lavora-

tori subordinati con conseguente applicazione del CCNL del settore affine (logistica, trasporto merci).

Come si vede, alla difficoltà di qualificare rapporti di lavoro non tradizionali secondo le usuali categorie giuslavoristiche corrisponde spesso una varietà di soluzioni, non sempre compatibili tra di loro.

7. LAVORO SUBORDINATO E FIGURE AFFINI.

Come si accennava, una prestazione di lavoro intesa in senso naturalistico può trovare titoli diversi; di solito è dedotta in un rapporto di lavoro subordinato oppure autonomo, comprese le co.co.co. Ma può capitare che vengano in gioco anche altri tipi di rapporto.

È quindi utile ricordare alcune ipotesi ricorrenti.

a) *Lavoro in società di persone*. L'esistenza di un rapporto di subordinazione tra il socio e la società di persone è possibile, ma solo in via eccezionale. Occorre che il socio presti la sua attività sotto il controllo gerarchico di un altro socio, munito di supremazia, e che la prestazione non integri un conferimento previsto dal contratto sociale. Laddove l'attività di lavoro sia resa in adempimento del contratto sociale – come consente l'art. 2263 c.c. – non si pongono quindi le condizioni per poter configurare esistente un rapporto di lavoro subordinato.

b) *Lavoro in società di capitali*: quanto alle società per azioni, ai sensi dell'art. 2342 c.c. non possono formare oggetto di conferimento le prestazioni di opera o di servizi. Il successivo art. 2345 c.c., tuttavia, ammette che, oltre all'obbligo dei conferimenti, l'atto costitutivo possa stabilire l'impegno dei soci di eseguire prestazioni accessorie non consistenti in danaro, determinandone il contenuto, la durata, le modalità ed il compenso e stabilendo particolari sanzioni per il caso di inadempimento. È quindi possibile che il socio si impegni a rendere una certa attività continuativa a favore della società, appunto quale prestazione accessoria; attività che potrebbe confondersi con quella propria di un rapporto di lavoro subordinato, visto che è largamente diffusa l'ipotesi di soci che, nel contempo, sono anche lavoratori dipendenti della società (basti pensare al fenomeno dell'azionariato dei dipendenti). Quanto alle società a responsabilità limitata la conferibilità di prestazioni d'opera è ammessa dall'art. 2464 c.c. benché a precise e stringenti condizioni. La differenza, in ogni caso, è evidente appena si rifletta sul diverso titolo delle due attività e sul fatto che le prestazioni rese dal so-

cio devono risultare dall'atto costitutivo della società. Sempre in materia, peraltro, è piuttosto sentita la questione relativa alla possibilità di cumulo tra la posizione di amministratore e quella di lavoratore subordinato. La risposta non può essere assoluta, ma deve conseguire ad un accertamento condotto caso per caso. Il criterio di valutazione deve riguardare l'assoggettamento o meno dell'interessato al potere direttivo e/o disciplinare degli organi sociali e la assenza di titolarità di poteri illimitati (in ossequio al principio secondo il quale non si può essere datori di lavoro di sé stessi).

c) *Lavoro reso in società cooperativa*: con riferimento alla posizione del socio lavoratore di cooperativa, la disciplina è stata oggetto di uno specifico intervento del legislatore, volto a regolamentare in maniera più organica la figura. La legge 3 aprile 2001, n. 142 – modificata dall'art. 9, legge 14 febbraio 2003, n. 30 – ha introdotto una revisione della legislazione in materia di cooperative nelle quali il rapporto mutualistico abbia ad oggetto la prestazione di attività lavorativa da parte del proprio socio.

Punto focale ed innovativo della disciplina legale è la distinzione fra rapporto associativo e rapporto di lavoro del socio; quest'ultimo previsto appunto come ulteriore e "distinto" rispetto al primo. In altri termini, la legge prevede che il socio lavoratore di cooperativa stabilisca con la propria adesione – o successivamente all'instaurazione del rapporto associativo – un ulteriore rapporto di lavoro, in forma subordinata o autonoma o "altra", compresi i rapporti di collaborazione coordinata non occasionale, con cui contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali. Dall'instaurazione dei predetti rapporti associativi e di lavoro in qualsiasi forma derivano i relativi effetti di natura fiscale e previdenziale, nonché tutti gli altri effetti giuridici compatibili con la posizione del socio lavoratore.

d) *Lavoro reso dal partecipante all'impresa familiare*: si tratta dell'attività resa nell'impresa o nella famiglia dal coniuge, dal parente entro il terzo grado ovvero dall'affine entro il secondo dell'imprenditore. L'impresa familiare è stata introdotta con la riforma del diritto di famiglia, negli anni settanta, per tutelare chi sovente aveva dedicato anni di lavoro a favore della – di solito piccola – impresa gestita da uno stretto congiunto, senza poi vedersi riconosciuto alcun diritto. La fattispecie – regolata dall'art. 230-bis c.c. – ha natura residuale. Si configura, cioè, laddove non siano individuabili altri rapporti, *in primis* di lavoro subordinato. Pertanto, quando risulti che il familiare presti la propria attività in regime di subordinazione, si dovrà concludere per l'esistenza di un rapporto *ex art.* 2094 c.c.; quando ciò non accada, si potrà, almeno, fare applicazione della disciplina protettiva del familiare lavoratore che avrà diritto al mantenimento nonché alla partecipazione agli utili ed agli incrementi dell'impresa.

e) *Lavoro gratuito*, reso cioè senza la previsione di alcun corrispettivo. In passato si è molto discusso della collocazione sistematica di questa figura: qualcuno ne sosteneva l'ammissibilità *sub specie* di contratto innominato ex art. 1322 c.c.; altri, all'opposto, ne eccepivano la illegittimità, almeno al di fuori dei semplici rapporti di cortesia, rilevando come l'obbligazione retributiva sarebbe comunque sorta, anche se esclusa dalle parti. Oggi l'alternativa sembra doversi risolvere nel primo senso e, quindi, a favore della legittimità del lavoro gratuito. Quest'ultimo, tuttavia, per essere ammesso – visto che, altrimenti, sarebbe fin troppo evidente il rischio di abusi o deroghe di convenienza a favore del datore di lavoro – deve trovare giustificazione nelle particolari circostanze oggettive e soggettive (modalità e quantità del lavoro, condizioni economico-sociali delle parti, relazioni intercorrenti tra le stesse, e così via), che giustifichino la causa gratuita e consentano di negare con certezza la sussistenza di un accordo elusivo della irrinunciabilità della retribuzione.

Costituisce invece una figura destinata alla estinzione per progressivo esaurimento quella del lavoro reso *dall'associato in partecipazione*. Con questo tipo di contratto l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa verso il corrispettivo di un determinato apporto; apporto che, fino al c.d. *Jobs Act*, poteva anche essere lavorativo. Da qui la possibilità che le due figure – quella dell'associato in partecipazione e del lavoratore subordinato – si confondessero, almeno sul piano fattuale. Su quello strettamente teorico la differenza rimaneva invero assai netta, se si pensa che l'associato non era assoggettato al penetrante potere direttivo del datore di lavoro, sopportava il rischio d'impresa ed aveva diritto al rendiconto periodico da parte dell'associante. Anche per l'associato in partecipazione era prevista un'apposita gestione previdenziale costituita presso l'INPS.

Dopo ripetuti interventi correttivi volti al contenimento delle forme abusive di utilizzo dello strumento, spesso adottato come figura alternativa rispetto alla subordinazione – si pensi ad esempio al regime introdotto dalla c.d. Riforma Monti-Fornero, che aveva limitato a tre il numero massimo degli associati in una stessa attività, indipendentemente dal numero degli associanti, pena la trasformazione forzata del contratto di associazione in partecipazione in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato – il d.lgs. n. 81 del 2015 ha finalmente disposto che «*nel caso in cui l'associato sia una persona fisica, l'apporto non può consistere, nemmeno in parte, in una prestazione di lavoro*», facendo salvi, fino alla loro naturale cessazione, i soli contratti in essere alla data di entrata in vigore del decreto.