

L	LABOR	1
	Il lavoro nel diritto	
<i>Rivista bimestrale</i>		gennaio-febbraio 2019
DIRETTA DA Oronzo Mazzotta		

www.rivistalabor.it

IN EVIDENZA

- *Trasparenza sindacale e dati personali*
Luis M. Díaz Mirón
- *Riflessioni e proposte per la tutela dei “nuovi” lavori*
Vincenzo Ferrante
- *Nuove soggettività e nuove rappresentanze nell’economia digitale*
Antonella Occhino
- *Intelligenza artificiale e regolazione delle relazioni di lavoro*
Giorgio Bolego
- *Giurisprudenza commentata*
Giulia Cassano, Michele Palla, Lorena Carleo, Michele Forlivesi

Saggi

LUIS M. DÍAZ MIRÓN, <i>Transparencia sindical y protección de datos personales de los trabajadores .p.</i>	5
VINCENZO FERRANTE, <i>Subordinazione, dipendenza, abitudine, personalità: riflessioni e proposte per la tutela dei “nuovi” lavori.....»</i>	23
ANTONELLA OCCHINO, <i>Nuove soggettività e nuove rappresentanze del lavoro nell'economia digitale ...»</i>	39
GIORGIO BOLEGO, <i>Intelligenza artificiale e regolazione delle relazioni di lavoro: prime riflessioni.....»</i>	51

Giurisprudenza commentata

GIULIA CASSANO, <i>Il rapporto di lavoro nelle organizzazioni di tendenza e il principio di non discriminazione per motivi religiosi.....»</i>	71
MICHELE PALLA, <i>L'utilizzo del permesso ex art. 33, l. n. 104 del 1992 per fini complementari all'assistenza personale del congiunto disabile è legittimo, spettando al lavoratore dimostrare la funzionalizzazione delle attività contestate all'interesse dell'assistito»</i>	83
LORENA CARLEO, <i>Licenziamento plurimo intimato per giustificato motivo oggettivo ex art. 3, l. n. 604 del 1966: scelta del datore di lavoro dei dipendenti da licenziare vincolata anche al rispetto delle regole di correttezza ex artt. 1175 e 1375 c.c.»</i>	95
MICHELE FORLIVESI, <i>Nuovi lavori, vecchie interpretazioni? Note a margine di una recente sentenza del Tribunale di Milano sulla qualificazione giuridica dei c.d. riders.....»</i>	107

Indice analitico delle sentenze

Licenziamenti

– Giustificato motivo oggettivo – Soppressione del posto di lavoro – Riduzione di personale omogeneo e fungibile – Rispetto delle regole di correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. – Utilizzo dei criteri di scelta *ex lege* 223/1991 – Legittimità (Cass., 25 luglio 2018, n. 19732, con nota di CARLEO)

– Permessi *ex art.* 33, c. 3, l. n. 104/1992 – Utilizzo per fini diversi dall'assistenza personale – Utilizzo nell'interesse del congiunto – Giusta causa – Insussistenza (Cass., 2 ottobre 2018, n. 23891, con nota di PALLA)

Lavoro (rapporto di) – Autonomia e subordinazione – Lavoro dei ciclo-fattorini – Subordinazione – Assenza di un vincolo di presenza al lavoro e di orario – Insussistenza – Collaborazione etero-organizzata – Mancata prova dell'assoggettamento della prestazione al potere di coordinamento spazio-temporale del creditore – Insussistenza (Trib. Milano, 10 settembre 2018, n. 1853, con nota di FORLIVESI)

Unione Europea – Organizzazione di tendenza – Obbligo di lealtà e buona fede – Disparità di trattamento per motivi religiosi – Sussistenza (C. giust., 11 settembre 2018, C-68/17, con nota di CASSANO)

Indice cronologico delle sentenze

Giorno	Autorità	Pagina
2018		
<i>Luglio</i>		
25	Cass., n. 19732	95
<i>Settembre</i>		
10	Trib. Milano, n. 1853	107
11	C. giust., C-68/2017	71
<i>Ottobre</i>		
2	Cass., n. 23891	83

Notizie sugli autori

GIORGIO BOLEGO – professore ordinario nell'Università degli studi di Trento

LORENA CARLEO – avvocato nel foro di Roma

GIULIA CASSANO – dottoranda di ricerca nell'Università degli Studi di Milano

LUIS M. DÍAZ MIRÓN – professore e rettore nella *Escuela Libre de Derecho* di Città del Messico

VINCENZO FERRANTE – professore ordinario nell'Università Cattolica del Sacro Cuore

MICHELE FORLIVESI – dottore di ricerca nell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

ANTONELLA OCCHINO – professore ordinario nell'Università Cattolica del Sacro Cuore

MICHELE PALLA – avvocato nel foro di Pisa

Subordinazione, dipendenza, abitualità, personalità: riflessioni e proposte per la tutela dei “nuovi” lavori

SOMMARIO: 1. Industria digitale e “nuovi” lavori. – 2. Subordinazione e dipendenza. – 3. Soluzioni pratiche e di sistema: il rilievo dell’abitualità della prestazione. – 4. Subordinazione e personalità della prestazione.

Sinossi. Il saggio, analizzando i problemi posti dall’evoluzione tecnologica, si sofferma sulla questione della subordinazione, che oramai da molti decenni occupa la scena del diritto del lavoro italiano, interessando altresì gli studiosi di altri paesi. Si analizza quindi la giurisprudenza più recente, per rilevare come l’etero-direzione resta l’elemento sul quale fondare la qualificazione del rapporto in termini di lavoro subordinato, rigettando l’idea che la dipendenza economica o l’inserzione nel ciclo produttivo possano sostituirsi ad essa. Si propone tuttavia di tenere conto anche di altri elementi pure presenti nelle definizioni di legge, come l’abitualità e la personalità, al fine di meglio precisare i contorni della figura e di individuare una serie di diritti da riconoscersi (in via di analogia o attraverso un futuro intervento legislativo) anche al di fuori del perimetro della subordinazione a quanti rendano senza organizzazione di impresa la propria prestazione lavorativa.

Abstract. Analyzing the problems posed by technological evolution, the essay focuses on the issue of subordination, which has occupied the Italian labor law scene for decades, and which in recent years has also interested scholars from other countries. The most recent jurisprudence is then analyzed to show how hetero-direction remains the only element for the qualification of the contractual relationship in terms of subordinate work, rejecting the idea that economic dependence or insertion in the production cycle can be substituted to it. It is however proposed to also take into account other

* Si tratta della rielaborazione dell’intervento svolto alla giornata di studi, tenutasi presso l’Università di Pisa in data 13 dicembre 2018 sul tema “Il lavoro nell’economia digitale” e promossa dal prof. O. Mazzotta, cui va il mio pubblico ringraziamento per i cortesi inviti e i temi di grande rilievo e stimolo che sempre mi propone.

elements also present in the definitions of the law, such as personality and habituality, in order to identify a series of rights to be recognized (by analogy or through a future legislative intervention) also outside the perimeter of subordination to those who render their work performance without a business organization.

PAROLE CHIAVE: Subordinazione – Dipendenza – Abitualità – Personalità

1. Industria digitale e “nuovi” lavori.

I sistemi informatici più evoluti posseggono la strabiliante capacità di memorizzare i dati relativi ad un certo utente (o ad una categoria di utenti) e, di conseguenza, di tracciarne gusti e modalità di comportamento. Si tratta di una abilità preziosa, innanzi tutto, quando l'utente sia un consumatore poiché, per fare solo un esempio, a chi faccia delle ricerche su internet relative ai rischi del parto o alle responsabilità genitoriali viene poi offerta senza alcuna preventiva sollecitazione tutta una vasta gamma di altri prodotti per l'infanzia. Se un siffatto modo di orientare l'offerta di prodotti e servizi può, in fondo, apparire innocente o al più una molesta seccatura, le cose cambiano quando, invece che indagare gli stili di vita e le preferenze di consumo, tali tecnologie si indirizzano verso i lavoratori¹ cosicché, innanzi tutto, si vengano a tracciare le prestazioni da loro rese, registrando puntualmente i ritmi e le modalità di lavoro. Evidente, infatti, è il pericolo che si realizzino forme illegittime di controllo, anche se solamente potenziale, sebbene sia palese la difficoltà pratica di sanzionare eventuali condotte poste in essere in violazione della norma².

Malgrado i rischi di un controllo occulto e minuziosissimo, appare evidente come riesce difficile opporsi alla diffusione di queste tecnologie, poiché esse rendono in genere meno faticoso e più produttivo il lavoro umano, amplificando le potenzialità individuali e lasciando che le macchine compiano le operazioni più routinarie o faticose.

Allo stesso modo, la tecnologia digitale consente un potenziamento delle possibilità di incontro di domanda e offerta, mediante la messa a punto di piattaforme che raccolgono quanti siano interessati agli scambi di una certa merce. Nulla di nuovo rispetto alla piazza del mercato della tradizione medievale o dei “piccoli annunci” sui giornali del XIX e XX

¹ Amplissima a riguardo è la letteratura: per una sintetica ma completa descrizione del fenomeno, v. TODOLÍ - SIGNES, *The End of the Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection for Crowdworkers*, in *Int. Jour. Comp. Lab. Law Ind. Rel.*, 33, no. 2 (2017), 241-268; nella pubblicistica nazionale, v. per tutti TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig Economy*, in *LD*, 2017, 367 ss. (già *WP D'Antona It.*, n. 136/2017); nonché ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2017, I, 525 ss.; per una ricostruzione delle potenzialità sul piano organizzativo, v. IACOVONE, *Industry 4.0, lavoro e contrattazione collettiva*, Giappichelli, 2017; per un'ampia disamina delle fonti, v. altresì SIGNORINI, *Il diritto del lavoro nell'economia digitale*, Giappichelli, 2018.

² Mi sono occupato del tema nel mio *Potere ed autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, 2004, Giappichelli, spec. 212 ss.; sulla nuova formulazione dell'art. 4 s.l., nell'ambito delle opere monografiche più recenti, v. DESSÌ, *Il controllo a distanza sui lavoratori*, ESI, 2017; NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, ES, 2018.

secolo, se non per il fatto che il bacino di soggetti interessati è potenzialmente sconfinato e per l'alto valore “immateriale” della piattaforma (che praticamente potrebbe anche avere costi di gestione e distribuzione quasi nulli, e comunque modesti se comparati ai metodi più antichi). Anche in questo caso le applicazioni tecnologiche consentono di scambiare a distanza vere e proprie prestazioni di lavoro (è il c.d. *crowdwork*), quasi senza alcun contatto personale fra le parti, se non quello relativo alla descrizione delle caratteristiche della prestazione attesa (e alla bontà di quella poi in concreto resa), di modo che riesce difficile ipotizzare altra forma di qualificazione del rapporto (almeno per le prestazioni occasionali) diversa da quella del contratto d'opera.

Diverso, almeno in prima battuta, il caso in cui la “piattaforma” non si limiti a mettere in contatto le parti del futuro contratto, ma vada al di là della mera attività di intermediazione, proponendosi ai clienti come fornitrice di un servizio, poiché in tal caso il rapporto si fa “triangolare” (di modo che il corrispettivo viene generalmente corrisposto a chi gestisce la piattaforma) e le attività di pubblicizzazione e di diffusione del marchio costituiscono parte importante nella gestione dell'attività d'impresa.

Ed invero è in particolare su queste ultime ipotesi che si sono concentrate le attenzioni degli studiosi, non solo italiani³, che hanno esaminato le innovazioni recate dai più recenti sviluppi tecnologici, confermando però una certa stanchezza del dibattito dottrinale, che si è ancora una volta indirizzato alla questione della subordinazione, venendosi a controvertere in particolare in ordine alla natura del rapporto di lavoro che lega i ciclo-fattorini al gestore della piattaforma, dal quale essi ricevono il loro corrispettivo.

2. Subordinazione e dipendenza.

Le poche sentenze emanate in Italia con riguardo ai *bikers*, richiamano la celebre vicenda dei cc.dd. *pony-express* che alla fine degli anni '80 fu oggetto di attento e ampio studio⁴, con il risultato tuttavia di confermare la centralità che nella definizione della subordinazione assume l'assoggettamento al potere di etero-direzione del datore, da intendersi quale controllo sulla fase di esecuzione della prestazione lavorativa⁵. Tale assoggettamento, in presenza di istruzioni *standard* in ordine alle qualità della prestazione attesa (si tratta,

³ Oltre alla rassegna di cui al saggio di TREU, cit. a nota che precede, v. BIASI, *Dai pony express ai riders di Foodora, L'attualità del binomio subordinazione-autonomia quale alternativa all'affannosa ricerca di inedite categorie*, in ADAPT WP, 2017 (con lo stesso titolo anche in *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile* a cura dello stesso e di GRANDI ZILIO, WK CEDAM, 2107); ed ancora, v. DAVIDOV, FREEDLAND e KOUNTOURIS, *The Subjects of Labor Law: 'Employees' and Other Workers*, in FINKIN, MUNDLAK (Eds.), *Research Handbook In Comparative Labor Law*, Edward Elgar, 2015; ALOISI, *Il lavoro “a chiamata” e le piattaforme “online” della “collaborative economy”: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, in *Labour & Law Issues*, 2016, fasc. 2; la questione ha interessato anche la Corte di Giustizia chiamata a pronunciarsi sulla natura imprenditoriale di Uber: v. AURIEMMA, *Impresa, lavoro e subordinazione digitale al vaglio della giurisprudenza*, in RGL, I, 281 ss.

⁴ Pret. Milano, 20 giugno 1986 e Trib. Milano, 10 ottobre 1987, in RIDL, 1987, II, rispettivamente 70 e 688; ed ancora Cass., 10 luglio 1991, n. 7608, *ivi*, 1992, II, 370 ss.

⁵ Sia consentito qui il rinvio solamente a: NAPOLI, *Contratti e rapporti di lavoro, oggi*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Giuffrè, 1995, 1057-1142 (anche in *Questioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, 1996, 3 ss. e da qui le citazioni che seguono).

nel caso, di prendere in consegna un pacco e di recapitarlo al destinatario entro un certo intervallo temporale), non poteva che manifestarsi nella forma di un obbligo a rispondere alla chiamata del “committente”, quale rappresentazione della situazione del lato passivo del rapporto obbligazionario⁶.

In altri termini, il lavoratore è subordinato non solo quando riceve ordini puntuali, ma anche quando questi sono trasmessi o una volta e per tutte (o periodicamente) attraverso istruzioni operative dettagliate (o anche mediante la creazione di un sistema informatico), di modo che la sola manifestazione riscontrabile del potere direttivo si riduce all’obbligo di obbedienza (accertandosi la giuridica impossibilità di rifiutare l’ordine) e al correlato potere di controllo. In questo senso, la giurisprudenza più recente⁷ è giunta ad esiti differenti rispetto al passato, poiché, nella situazione specifica, l’autonomia del prestatore si è apprezzata nei termini di una assenza di controllo cui si accompagna la libertà di accettare o meno la proposta che giunge dal sistema di WhatsApp.

Negli stessi ambiti, invero, si muovono anche alcune recenti pronunzie straniere⁸, sulla base di una lettura che accomuna studiosi di varia estrazione. Né manca in queste pronunzie la valorizzazione di una situazione di dipendenza economica che imporrebbe comunque di accettare la prestazione, a fronte di uno strutturale disequilibrio di potere economico, in conformità alla *ratio decidendi* che, nella più antica pronunzia milanese, aveva indotto il giudice a qualificare il rapporto dei *pony-express* come subordinato⁹.

Il riproporsi di vicende già note non spaventa certo il giurista, abituato ad un approccio storico e comparato sin dagli studi universitari e ben consapevole della necessità di cogliere analogie e differenze nei singoli casi che si presentano. Tuttavia, la vicenda ha una innegabile carica simbolica poiché plasticamente sembra ricondurre il dibattito lì dove si era originato, a fronte delle innovazioni tecnologiche che modificavano i sistemi produttivi nel corso degli anni ’80, mostrando al contempo la debolezza della soluzione del lavoro “a progetto”, rimasta in vigore dal 2003 al 2015, che si focalizzava sull’elemento del risultato, per costruire *a contrariis* un tipo contrattuale nuovo, da contrapporre alla subordinazione¹⁰. In verità, e la vicenda delle consegne a domicilio lo dimostra appieno, la possibilità

⁶ ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, Giuffrè, 2000, 279.

⁷ V. Trib. Torino, 7 maggio 2018 (est. Buzano) in *RIDL*, 2018, 2, 294-303 con nota di ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy* e in *DRI*, 2018, 4, 1196-1202, con nota di FERRANTE, *Subordinazione e autonomia. Il gioco dell’oca*; nello stesso senso, ma con diversa motivazione, Trib. Milano, 10 settembre 2018, (est. Dossi). La sentenza torinese è stata riformata in appello con sent. del 4 febbraio 2019 (v. *infra* nota 35), fermo restando però il rigetto della qualificazione del rapporto in termini di subordinazione, poiché la «libertà di presentarsi o meno a rendere la prestazione» non può che negare la sussistenza della subordinazione, posto che «l’obbligo di lavorare [è] requisit[o] di fattispecie nell’art. 2094 c.c.».

⁸ V. ad es. TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *LD*, 2017, 367 ss. che conferma a riguardo l’utilizzo del c.d. *control test* (pagina 374); i criteri di organizzazione adottati, tuttavia, non sono sempre uniformi, di modo che in alcuni casi al fattorino è impedito di rifiutare l’ordine che gli viene assegnato direttamente dall’algoritmo: a riguardo a commento di una sentenza di un giudice valenziano, v. TODOLÌ - SIGNES, *Judgment designating Deliveroo “rider” an employee and analysis of its impact on the “gig economy”*, in *Etui Transfer*, 2018, Vol. 24, 4, 487-490.

⁹ V. in particolare DAVIDOV, *A Purposive Approach to Labour Law*, OUP, 2016, *passim*.

¹⁰ Sull’art. 2 d.lgs. n. 81/2015, influente a parere di chi scrive sul nocciolo della questione (almeno dopo che l’art. 15, comma 1, l. n. 81 del 22 maggio 2017 ha precisato che «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»), v. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell’«autorità del punto di vista giuridico»*, in *WP D’Antona It.*, n. 26/2015;

di individuare un *opus* ben determinato come oggetto diretto della prestazione lavorativa non esclude la subordinazione, ove sussista, per l'appunto, un potere di direzione e controllo, capace di indirizzare il prestatore nel momento dell'esecuzione della prestazione, organizzandone “dall'esterno” l'attività.

Ed invero, il problema della sussistenza di una “zona grigia” si era da sempre presentato agli occhi della dottrina, dando luogo all'incerta condizione della dipendenza, equiparata alla etero-direzione già dal legislatore del 1942 nella stessa nozione di cui all'art. 2094 c.c., che si è prima richiamata¹¹. L'assenza di un vero apparato imprenditoriale e la sostanziale mono-committenza in cui quell'elemento si traduceva sono stati però nel diritto vivente pienamente attratti alla nozione di lavoro autonomo, alla luce della definizione di para-subordinazione che si è ricavata in via interpretativa dalle norme processuali.

La norma di cui all'art. 409 c.p.c., pensata esclusivamente con la finalità di delimitare la cognizione funzionale del giudice del lavoro¹², è poi debordata nel campo del diritto sostanziale, sottraendo nel diritto vivente una regione non marginale al vasto impero della subordinazione. E tanto è avvenuto proprio nella prospettiva di una necessaria istanza di coerenza con le modalità di organizzazione del lavoro, che sempre più emancipano dal controllo diretto del datore la fase dell'esecuzione della prestazione, incentivando il lavoro per obiettivi (e “progetti”) come forma privilegiata (anche perché più economica, sotto vari profili) che si coordina con il ciclo produttivo organizzato in via immediata dal datore-imprenditore¹³.

La dipendenza, oramai scolorita nella sua portata da un siffatto innesto, si è ridotta ad essere carattere dell'eterodirezione, venendo ad indicare un elemento in certa misura intrinseco di questa e cioè la pretesa di obbedienza che caratterizza gli ordini datoriali a mente dell'art. 2104 c.c., co. II, a parziale correzione dell'obbligo di diligenza che parimenti connota il contratto d'opera e quello di lavoro subordinato, a mente del generale disposto dell'art. 1176 co. II c.c.

Lo sganciamento delle prestazioni non propriamente eterodirette dall'ambito di applicazione dell'art. 2094 c.c. è invero conseguente, prima ancora che alla ridefinizione giurisprudenziale del tipo, al modificarsi delle condizioni materiali della produzione, già richiamato in premessa, che, grazie alla standardizzazione e alla velocità dei flussi infor-

SANTONI, *Autonomia e subordinazione nel riordino delle tipologie contrattuali del lavoro non dipendente*, in *DML*, 2016, 3, 505 ss.; A. ZOPPOLI, *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, in *WP D'Antona It.*, n. 296/2016; G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro* in *RIDL*, 2017, 369-395; Id., *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre in una impresa in via di trasformazione*, in *WP D'Antona It.*, n. 327/2017 (anche in *DRI*, 2017, 3, 771 – 790); nel senso che la norma disegna una perimetro tutto interno alla fattispecie del lavoro subordinato v. Tosi, *Autonomia, subordinazione e coordinazione*, in *Labor*, 2017, 245 ss.

¹¹ A riguardo, v. MARTELLONI, *Lavoro coordinato, e subordinato*, BUP, 2012, 78, nt. 65 circa la condizione di “dipendenza economica” dei tanti lavoratori non propriamente subordinati, secondo il pensiero di L. Barassi, espresso ancora nel manuale del 1935, poco prima della promulgazione del codice civile.

¹² Come è noto la formula discende da quella adottata all'art. 2 della legge n. 741 del 1959 che estendeva mediante decreto governativo l'efficacia dei contratti collettivi a «tutte le categorie per le quali risultino stipulati accordi economici e contratti collettivi riguardanti una o più categorie per la disciplina dei rapporti di lavoro, dei rapporti di associazione agraria, di affitto a coltivatore diretto e dei rapporti di collaborazione che si concretino in prestazione d'opera continuativa e coordinata».

¹³ V. MARTELLONI, *Lavoro coordinato*, cit.; BORZAGA, *Lavorare per progetti*, Cedam, 2012

mativi, rende possibile integrare nell'organizzazione datoriale l'apporto di soggetti a volte anche fisicamente molto lontani dal luogo di produzione. Il lavoro autonomo, in questa prospettiva, diventa la forma prevalente per tutta una serie di professionisti che, al di là della sussistenza di un albo o di un elenco tenuto da un "ordine" (v. art. 2229 c.c.), operano sul mercato anche in regime di tendenziale mono-committenza, sfruttando la libertà spazio-temporale che consegue al diffondersi dell'interconnessione digitale.

E così la subordinazione rimane pur sempre collegata, anche nella giurisprudenza straniera¹⁴, al binomio potere direttivo e di controllo, come possibilità di intervenire in ogni momento sulla fase esecutiva, senza per questo impedire lo sviluppo di forme "agili" (v. d. lgs. n. 81/2017), che ricalcano l'esperienza del telelavoro¹⁵.

Resta così confermata la legittimità di soluzioni organizzative, nelle quali l'impresa si fonda interamente (o quasi) su una "rete" di lavoratori autonomi, come già in passato nel caso dell'apparato di vendita formato dagli agenti e da altre figure di rappresentanza commerciale, come ancora una volta ci ricorda il disposto della norma processuale (art. 409 c.p.c.). Deve quindi rigettarsi l'idea che la stabile "inserzione" nel ciclo produttivo sia elemento utile ai fini qualificatori, e parimenti si deve negare che il codice del 1942 si riferisca solamente a forme organizzative di tipo fordista, come dimostra a luce meridiana il fatto che anche il dirigente, collocato al vertice dell'apparato produttivo, ricade nel perimetro di applicazione dell'art. 2094 c.c., rendendo quindi legittime forme di etero-direzione di tipo puramente organizzativo e comunque potenziale, come condizione speculare e correlativa a quella che discende dalla sussistenza di un obbligo di obbedienza¹⁶.

3. Soluzioni pratiche e di sistema: il rilievo dell'abitudine della prestazione.

Se dunque la dipendenza – al di là delle tante proposte dottrinarie che non hanno sino ad ora trovato né eco nella giurisprudenza, né concretizzazione nella legislazione¹⁷ – ha perso ogni rilevanza qualificatoria del tipo, e se la subordinazione non discende diretta-

¹⁴ V. gli aa. cit. a nota 9.

¹⁵ Critica a riguardo la valutazione di TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2017, 4, 921-977; più positivo il giudizio di PERULLI, *Il jobs act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *WP D'Antona It.*, n. 341/2017 (anche in ZILIO GRANDI, BIASI, *Commentario breve*, cit.).

¹⁶ V. NAPOLI, *Contratti e rapporti di lavoro*, cit., 61, secondo cui "è nel contesto della direzione dell'organizzazione del lavoro che si giustificano i vincoli spaziali, temporali, modali nonché i controlli preventivi e successivi sulla prestazione lavorativa"; meritevole di sviluppi e non troppo lontana, a mio parere, la posizione di ICHINO, *Il contratto*, cit., 294, secondo cui la subordinazione "presuppone normalmente la facoltà dell'imprenditore di intervenire in qualsiasi momento sulle singole prestazioni lavorative al fine di assicurare la sinergia [organizzativa]".

¹⁷ L'ipotesi di riaggregare attorno al concetto di dipendenza economica vari profili di tutela è stata coltivata da tempo da una pluralità di aa.; ad es., v. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica*, in *RGL*, 2003, 221 ss.; LIEBMAN, *Prestazione di attività produttiva e protezione del contraente debole fra sistema giuridico e suggestioni dell'economia*, in *DLRI*, 2010, 571 ss. e da ultimo PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013 nonché, seppure in una prospettiva in parte differente, CORAZZA, *Dipendenza economica e potere negoziale del datore di lavoro*, in *DLRI*, 2014, fasc. 144, 647-660.

mente dalla necessità di rispettare un *corpus*, anche molto analitico, di norme operative, definito una volta e per tutte o anche solo periodicamente, ci si deve chiedere che tipo di protezione può eventualmente essere riconosciuta ad una realtà produttiva che, seppure ancora molto limitata nei numeri (si stima nell'ordine dello 0,001%¹⁸), contribuisce comunque all'incremento della precarietà del lavoro.

Per rispondere a questa domanda, bisogna rilevare innanzi tutto come l'etero-direzione non esaurisca la descrizione della fattispecie visualizzata dal codice¹⁹, di modo che uno degli elementi che contraddistingue il tipo è senz'altro rappresentato dalla abitudine, che trova riscontro nella natura professionale della prestazione (art. 2104 c.c.), ma soprattutto nella previsione costituzionale di un diritto all'equo salario, riferito peraltro non ad una unità di misura oraria, ma a prestazioni che si assumono così prolungate da occupare tutto il tempo lavorativo disponibile, secondo un regime di orario “pieno”.

Tale elemento non può mai dirsi carente nel lavoro subordinato, tanto che, come ha insegnato la Corte costituzionale, il legislatore deve assicurare al lavoratore *part time* la possibilità di cumulare più attività proprio nella prospettiva di poter attingere al livello di reddito di cui all'impegno solennemente assunto in sede costituzionale²⁰, al fine di evitare situazioni di povertà lavorativa (*in-work poverty*)²¹.

Tuttavia, si deve ricordare come in tutta la legislazione internazionale sia presente una clausola che legittima ad escludere dall'applicazione delle norme del lavoro subordinato (ed in particolare dal principio di parità di trattamento) quei rapporti che per la loro breve durata oraria appaiono propri di situazioni transitorie o marginali, ovvero vengano ad aggiungersi ad altre attività principali. Si tratta di un lavoro *part time* su base occasionale che, in molti casi, trova una disciplina sua propria, specie per quanto attiene all'accesso alla previdenza e ai benefici assistenziali²².

Ove si tenga conto della struttura che, in altri ordinamenti, ricevono forme di reddito universale²³, si comprenderà come le situazioni normate si vengano spesso a trovare ai confini con l'assistenza sociale, di modo che la normativa semplificata che trova applicazione in questi casi si spiega nella prospettiva di consentire la facile emersione di attività che altrimenti rimarrebbero per larghi tratti nell'area dell'economia non osservata (che

¹⁸ A riguardo v. FAIOLI, *Il lavoro nella Gig-economy*, in *Quaderni del CNEL*, n. 3, 2018, 13 ss.

¹⁹ Ancora NAPOLI, *Contratti e rapporti di lavoro*, cit., 58.

²⁰ Per i nec. riff., v. FERRANTE, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, 2008.

²¹ Sul punto, v. LD, n. 4 del 2018, dedicato al tema: “Diritto del lavoro, garanzie previdenziali e assistenziali per la tutela dei lavoratori poveri”, con scritti di Balandi, Buoso, Ferrante, Nadalet, Bozzao, Torre. Nel panorama comparato il tema è stato messo a fuoco da tempo: a riguardo, v. AUVERGNON (dir.), *Droit social et travailleurs pauvres*, Bruylant, 2013 ed ancora EICHENHOFER, *Precarious Work-New Implications for Social Security*, in AHLBERG, BRUUN (eds.), *The New Foundations of Labour Law*, Peter Lang, 2017, 197-214.

²² MESSENGER, WALLOT, *The Diversity of “Marginal” Part-Time Employment*; Geneva: ILO, Policy brief no. 7, 2015; sul punto per più ampi riff. rinvio a FERRANTE, *Zero-hours and other very atypical forms of employment contracts in European and International regulation*, in *Us-China Law Review*, no. 4, 2018 nonché a ID., *Il cumulo dei “lavoretti”: quale tutela per le attività discontinue o saltuarie?*, in LD, n. 4, 2018, 613-632.

²³ Rinvio al mio *Tutela contro la disoccupazione e contrasto alla povertà nell'esperienza comparata*, in FERRARESI (a cura di), *Reddito di inclusione e reddito di cittadinanza*, Giappichelli, 2018, 77-101.

in Italia, secondo sofisticate stime statistiche conta 3 milioni e settecentomila unità di lavoro)²⁴.

L'esigenza di razionalizzare il sistema e di semplificare un'area che comunque sembra destinata a rimanere ai margini, quale situazione transitoria che caratterizza l'ingresso, o l'uscita o il ricollocamento nel mondo del lavoro, ha condotto altri paesi a dettare regole specifiche, limitate alle sole situazioni nelle quali il reddito prodotto non supera una certa soglia, lasciando così che i criteri identificativi della fattispecie operino appieno solo per situazioni economicamente rilevanti.

Tipico a riguardo è il caso dell'ordinamento tedesco che conosce circa sette milioni e mezzo di rapporti di lavoro a tempo parziale su base puramente occasionale, noti come "mini job" (ma precisamente denominati nella forma più diffusa: *Geringfügige Beschäftigungen*) in relazione ai quali si applica una disciplina speciale fin tanto che il guadagno che si ottiene da queste attività non superi un certo reddito mensile (attualmente intorno a € 400,00) con una sostanziale esenzione dalla tassazione ordinaria e dalla contribuzione previdenziale (che può essere liberamente attivata dalle parti, ma che non è obbligatoria). In passato, a garanzia della natura occasionale di tali rapporti, era altresì previsto il divieto di superare una durata settimanale di 15 ore; un tale limite, formalmente abrogato, è stato però nuovamente introdotto in via indiretta, quando anche a questo tipo di attività (che si riconduce pacificamente al lavoro a *part time*) si è fatta applicazione della recente legge sul salario minimo²⁵.

Nella legislazione nazionale più recente si sono sperimentate soluzioni consimili, qualora non si superasse una certa soglia di reddito annuo, in ordine alle quali il legislatore ha anzi evitato di prendere posizione sulla natura del rapporto di lavoro posto in essere, sia quando si è promosso il lavoro tramite *voucher*²⁶ e a chiamata²⁷ ovvero – ma con differente impatto quanto alla effettiva natura occasionale della prestazione, poiché il limite è annuale e si riferisce a singolo committente – quando si sono esonerate dalle obbligazioni contributive le collaborazioni coordinate inferiori ad un reddito annuo di 5000,00 euro²⁸.

Insomma, nella prospettiva dei rapporti di lavoro personali, e quindi delle prestazioni rese in assenza di una organizzazione di impresa, si deve tenere conto del fatto che sus-

²⁴ Mi sono occupato di questi temi curando il volume *Economia "informale" e politiche di trasparenza: una sfida per il mercato del lavoro*, Vita e Pensiero, 2017.

²⁵ A riguardo, in via di sintesi, v. GALASSI, *The German Mini-Jobs Reform. Intended and Unintended Consequences*, EUI paper, 2016; CALIENDO et al., *The Short-Run Employment Effects of the German Minimum Wage Reform*, IZA DP, 2017, No. 11190. Si stima che per circa un milione e mezzo di lavoratori si tratti di una seconda attività che consente di aggirare le disposizioni limitative dello straordinario.

²⁶ Fra i tanti commenti, v. almeno PINTO, *Il lavoro accessorio tra vecchi e nuovi problemi*, in *LD*, 2015, 4, 101 ss.; Id., *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018, 169-194; OCCHINO, *Il lavoro accessorio*, in MAGNANI, PANDOLFO, VARESI (a cura di), *I contratti di lavoro*, Giappichelli, 2016, 231 ss. sulla legislazione post riforma, v. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, 6 ed., Cedam, 2018, 218-220.

²⁷ A. MATTEI, *La continuità del lavoro intermittente*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 2016, 653-667; per la disciplina più antica e per i dubbi che questa particolare forma ha da sempre suscitato v. DE ANGELIS, *Lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata: contratto senza contratto?*, in *ADL*, 2004, 3, 885-894; VINCIGI, *Sulla qualificazione del c.d. lavoro a chiamata senza vincolo di disponibilità a carico del lavoratore*, in *RIDL*, 2004, II, 295-303.

²⁸ V. Rapporto ISTAT del 12 ottobre 2018, *L'economia non osservata nei conti nazionali*.

siste una differenza fra continuità e abitualità, posto che è solo dalla seconda che si ricava un reddito correlato al raggiungimento del parametro di cui all'art. 36 Cost., mentre il rapporto può dirsi continuativo quando si registra il ripetersi dell'operazione economica, sulla base di condizioni di contratto che restano immutate. Di modo che, fermo restando il fatto che il contratto a termine può essere stipulato anche solo per un giorno (v. art. 19, co. 4 d. lgs. 81/2015), evidenti ragioni di certezza del diritto e di economicità, quanto all'azione di vigilanza degli organismi pubblici, dovrebbero spingere ad abbandonare una prospettiva puramente teorica²⁹, quale quella sino a qui prevalentemente perseguita³⁰, per ricercare invece soluzioni di più semplice e diretta applicazione, così da alleggerire le strutture pubbliche almeno del peso derivante dall'accertamento di situazioni marginali.

Per altro verso, quando invece la prestazione sia resa in maniera continuativa, è forse venuto il momento di riconsiderare l'abitualità come un elemento della fattispecie, altresì ai fini dell'operazione di qualificazione che spetta al giudice, sia che si tratti di rintracciare uno dei c.d. indici della subordinazione (v. *infra*), sia nella prospettiva di valutare l'effettiva libertà di accettare le prestazioni proposte, secondo l'impostazione prima richiamata (ed in linea con le previsioni introdotte dalla legge n. 92/2012 in tema di mono-committenza, ed ora abrogate), posto che appare ben difficile rifiutare la prestazione quando non si abbia altra concreta alternativa di reddito.

Certamente, l'abitualità non può sostituire la subordinazione quando manchi l'eterodirezione, di modo che, per fare riferimento ad una categoria pacificamente ascritta alle “co. co.co.”, essa sarà del tutto irrilevante per i medici “di base” che ricevono i “mutuati” nel proprio studio secondo orari che individuano essi stessi, unendo all'attività di assistenza remunerata dal s.s.n. l'attività libero-professionale (anche solo eventuale). E tuttavia, l'ipotesi del ripetersi del pagamento di compensi sempre uguali e ad intervalli periodici può senz'altro facilmente ascrivere al carattere ora in esame, costituendo sicuro indice della natura subordinata del rapporto, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato da tempo.

Nello stesso tempo, come oramai da tempo ha avvertito una buona parte della dottrina, ci si deve seriamente interrogare sulla pretesa di voler attribuire a questi lavoratori garanzie e tutele proprie di chi esercita una attività in forma abituale, per rendersi conto che non sono rare le occasioni in cui la flessibilità estrema richiesta dal committente corrisponde al tipo di impegno orario potenzialmente offerto dal prestatore. L'apparente *surplus* di tutela che la riqualificazione giudiziale offre al prestatore, infatti, rischia di far dimenticare che a tutela di questi lavoratori sarebbe forse più importante, riconoscendo come la situazione di fattorino sia generalmente una occupazione comunque precaria,

²⁹ Ammoniva già G. Pera a non sottovalutare i problemi conseguenti alla esatta ricostruzione *ex post* delle caratteristiche del rapporto concretamente posto in essere (v. PERA, *Diritto del lavoro*, Cedam, 2000, 293), tanto che non si deve dimenticare come secondo la sentenza della corte valenziana cit. a nt. 9 non sussisteva libertà nella risposta e la presa in consegna era attribuita direttamente dall'App presente sul telefonino dei singoli fattorini.

³⁰ Al di là di quanto si dice nel testo in ordine alle fattispecie varie di lavoro occasionale normate già dal d.lgs. n. 276/03, non sembra rilevante a riguardo il divieto di differente qualificazione posto al legislatore, data la sussistenza di varie ipotesi nelle quali, specie ai fini di una semplificazione contributiva (pensioni e NASpI) si unificano prestazioni di diversa natura (per es. nel lavoro artistico e per i medici).

promuovere diritti finalizzati all'effettivo (re)inserimento lavorativo ad orario pieno ed in modo stabile, tramite azioni mirate, poste in essere da strutture amministrative efficienti e ben distribuite sul territorio.

In questo senso, l'idea di approntare una legislazione specifica (rinunziando a concentrare la soluzione del problema sulla questione della subordinazione) sembra, invero, rispondere ad una esigenza che deve apparire dettata non solo da un'esigenza pratica, rivolta ad assicurare tutela nei termini necessari ad assicurare al lavoratore la possibilità di poter abbandonare la situazione di strutturale precarietà che generalmente connota queste attività, così da passare a forme di impiego più stabili e redditizie, ma anche in una prospettiva diretta ad assicurare effettiva eguaglianza fra i lavoratori, posto che l'applicazione di un principio di parità *pro rata*, quale risulta oggi dalla disciplina del lavoro a tempo parziale (art. 7 d.lgs. n. 81/2015)³¹, finirebbe addirittura per essere del tutto fuorviante, conducendo a situazioni di parità solamente formale, del tutto disallineate da quell'esigenza di promuovere i soggetti svantaggiata scolpita dal comma II dell'art. 3 Cost.³².

Né, per altro verso, si può continuare a mostrare diffidenza verso soluzioni collegate al superamento di un certo reddito per il timore di fornire in questo modo una comoda via di fuga ai rapporti di lavoro a tempo pieno, posto che, per un verso, il numero dei rapporti di lavoro costituiti irregolarmente appare quanto mai elevato pur in assenza di norme siffatte, mentre, per altro verso, è solo la semplificazione del quadro normativo che può permettere uno sviluppo dell'azione di controllo, essendo evidente come le continue modifiche legislative ostacolano un corretto esercizio della funzione di vigilanza amministrativa e indeboliscano il rispetto della regola che consegue alla sua conoscenza e diffusione³³.

4. Subordinazione e personalità della prestazione.

Ovviamente non si può pensare che la tutela per quanti siano impegnati in attività lavorative discontinue o saltuarie, come tipicamente i ciclo-fattorini, possa esaurirsi nella istituzione di strumenti atti a facilitarne l'accesso all'occupazione stabile, poiché la natura personale dell'impegno, la modestia dei compensi e la frammentazione dell'attività sembrano richiedere una ulteriore riflessione, al fine di verificare se sussista uno spazio ulteriore per assicurare ad essi una protezione normativa in linea con le disposizioni costituzionali.

In altri termini, come si è già da tempo suggerito, seppure la risposta alla richiesta di applicazione della disciplina del lavoro subordinato può essere negativa, ciò non toglie che si possa ipotizzare il riconoscimento di singoli diritti propri di quello *status*, attraverso o apposite disposizioni *de lege ferenda* relative ad aspetti specifici (come già adesso,

³¹ ALESSI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti di lavoro atipici*, in BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, 2017, 99-130; si noti che non si dà parità di trattamento per i lavoratori occasionali, ma solo per gli intermittenti (art. 13 d.lgs. n. 81/15).

³² Per tutti, v. ROMAGNOLI, in AA. VV., *Principi fondamentali*, in *Comm B*, Zanichelli, 1975.

³³ A riguardo v. M. ESPOSITO (a cura di), *Il nuovo sistema ispettivo e il contrasto al lavoro irregolare dopo il Jobs Act*, Giappichelli, 2017.

ad es. in ordine alla tutela della salute e sicurezza all'interno del perimetro aziendale, di cui all'art. 3 d.lgs. n. 81/2008) o anche mediante una operazione di estensione in via di analogia sulla base di una *eadem ratio* di tipo funzionale (ovvero sulla scorta di una c.d. riduzione teleologica che consenta di identificare un elemento comune a più fattispecie) o, infine, valorizzando (fors'anche *preater legem*) la categoria del lavoro etero-organizzato³⁴.

Ed anzi, accogliendo un suggerimento ampiamente condiviso in dottrina, si potrebbe pensare a procedere ad identificare in via sistematica una categoria di più ampio raggio rispetto alla subordinazione, che comporti poi un'applicazione articolata o modulare di specifiche tutele. In questo senso, si può rilevare come anche la categoria della para-subordinazione sia stata enucleata³⁵ tenendo conto quasi esclusivamente dell'elemento dell'etero-direzione, così da mettere in secondo piano tutti i profili che complessivamente emergono dalla definizione di legge.

Ove ancora una volta ci si metta, quindi, nella giusta prospettiva di una lettura complessiva del disposto normativo, basta poco per rendersi conto che l'elemento idoneo a determinare e a fondare l'unificazione potrebbe essere rappresentato dalla personalità della prestazione³⁶, già definita dalla dottrina e dalla giurisprudenza, quale assenza di una organizzazione materiale d'impresa.

E tanto, non solo allo scopo di meglio precisare la nozione di piccolo imprenditore di cui all'art. 2083 c.c.³⁷, ma altresì in relazione al disposto di cui all'art. 409 c.p.c., così da definire con esattezza la cognizione riservata alla competenza funzionale del Giudice del lavoro³⁸.

A riguardo, nulla impedirebbe di prendere a riferimento questo elemento per mettere un po' d'ordine nella disciplina di fatto già vigente, quale elemento al quale riconnettere per il lavoratore “senz'altra qualificazione” una serie di dritti collegati alla natura personale del coinvolgimento richiesto ai fini dell'esecuzione della prestazione promessa.

Ove alla personalità si dia il significato fatto proprio dalla disposizione del codice di una prestazione eseguita direttamente dal debitore attraverso un'attività suscettibile di es-

³⁴ Quest'ultima sembra la strada recentemente presa dalla Corte d'appello di Torino nella sentenza cit. a nota 8, che qualifica l'etero-organizzazione della prestazione come condizione intermedia, fra quella del lavoratore subordinato e quella del collaboratore, cosicché «il lavoratore etero-organizzato resta, tecnicamente, “autonomo” ma per ogni altro aspetto, e in particolare per quel che riguarda sicurezza e igiene, retribuzione diretta e differita (quindi inquadramento professionale), limiti di orario, ferie e previdenza, il rapporto è regolato nello stesso modo». Si deve però segnalare come la sentenza abbia riguardo a prestazioni rese in un periodo antecedente la modifica introdotta dall'art. 15, comma 1, l. n. 81 del 22 maggio 2017, al disposto dell'art. 409 c.p.c. e limiti i diritti retributivi al solo turno di tempo in cui la prestazione ha avuto esecuzione.

³⁵ V. riassuntivamente G. SANTORO PASSARELLI, *Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente, attraverso il lavoro a progetto*, in *Scritti Ghezzi*, Cedam, 2005 (nonché in *RIDL*, 2004, I, 543 ss. ed anche in *Id.*, *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, I, Giuffrè, 2006, 433 ss.).

³⁶ In questo senso già PERULLI, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, in *WP D'Antona It.*, n. 235/2015 21, (anche in *DRI*, 2015, 1, 109-139) che tuttavia al carattere della prevalente personalità della prestazione ricollega senz'altro quello della dipendenza economica, con il rischio evidente di una sovrapposizione concettuale.

³⁷ Per una ampia analisi a riguardo, v. RAZZOLINI, *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Giappichelli, 2012, spec. 32 ss.

³⁸ La nozione è stata elaborata al fine di individuare le controversie sottratte al rito del lavoro, perché intercorrenti a rapporti fa società: v. ad es. Trib. Roma, sez. XI, 31 gennaio 2017, n. 1761; Trib. Arezzo, 7 luglio 2016, n. 816; Trib. Lucca, 15 gennaio 2014, n. 58, Trib. Bari, sez. II, 18 febbraio 2011, n. 606; Cass., 6 aprile 2009, n. 8214; Cass. civ., sez. II, 22 marzo 2006, n. 6351.

sere misurata in unità di tempo, e non con riferimento all'utilità complessivamente arrecata (come, invece, nel caso dell'agenzia o di altri rapporti nei quali il compenso è calcolato generalmente a percentuale/provvigione), si potrebbero assicurare per questa via alla figura del lavoro personale una serie di tutele sul piano, ad es., del diritto all'azione collettiva, alla tutela previdenziale contro la disoccupazione³⁹, alla riservatezza dei dati personali, alla liceità degli stessi sistemi di controllo, alla tutela del credito da lavoro⁴⁰, al diritto ad un corrispettivo minimo fissato per legge o per atto amministrativo.

La disciplina, ovviamente, non potrebbe che essere definita nei suoi contorni, anche a migliore intelligenza delle varie norme esistenti⁴¹, prendendo a riferimento le disposizioni della Costituzione e i capisaldi della tutela protettiva del lavoratore, verificando per ogni singolo aspetto in che misura il lavoro autonomo personale può, senza compromissione della disciplina europea in tema di concorrenza, ibridarsi con quello subordinato.

Il punto di partenza non può che essere costituito dal binomio orario e retribuzione, partendo dalla constatazione che ripugna al senso etico che la prestazione quotidiana di un uomo possa trovare un corrispettivo così misero, da non assicurargli quanto gli è necessario per la sua sopravvivenza per quel giorno⁴².

L'esempio da prendere a riferimento, nell'ambito delle forme più sofisticate di organizzazione produttiva, è quello del "servizio di sala", assicurato da un gruppo di camerieri che si autogestiscono in autonomia, garantendo però una presenza sempre adeguata alle esigenze del locale: si tratta di quello che un tempo si sarebbe qualificato come "cottimo collettivo autonomo" e che sembra senz'altro fuoriuscire dal perimetro dell'etero-direzione, così come la si è riassunta nelle pagine che precedono. Qui tuttavia, l'assenza di una organizzazione imprenditoriale (e la povertà professionale della mansione) marca una precisa correlazione fra l'utilità arrecata all'imprenditore e l'impegno individuale profuso nella prestazione, di modo che, come dimostra la formula della legge n. 741/1959 che rendeva possibile l'applicazione di accordi economici collettivi anche in presenza di lavoro personale, è possibile fare ricorso alla formula costituzionale del salario orario minimo.

È, del resto, quello che sta avvenendo con la legge contro "il caporalato" dove il diffondersi di pratiche criminali nella raccolta del pomodoro "in squadre" ha finito con il fare piazza pulita delle sottigliezze relative al pluralismo che discende dalla libertà sindacale di cui all'art. 39/I Cost., imponendo di fatto l'applicazione del CCNL "di riferimento" a tutta la filiera agro-alimentare (in presenza peraltro di mansioni di immediata individuazione)⁴³.

³⁹ Peraltro, come è noto, il diritto della previdenza sociale ha già da tempo attribuito ai piccoli imprenditori una tutela in caso di vecchiaia, malattia e maternità mediante l'istituzione delle gestioni separate degli artigiani, coltivatori diretti e commercianti.

⁴⁰ Limitata per ora solo alla retribuzione conseguente al lavoro subordinato (Cass., n. 2812/85), malgrado l'art. 2113 c.c. si riferisca pure a tutti i rapporti ex art. 409 c.p.c.; quanto alla tutela dei dati personali, nel senso dell'indifferenza del rapporto contrattuale posto in essere, v. Provvedimento del 13 dicembre 2018 del garante, all'all. 1, pt. 1.2, lett. c), d) nonché l'Opinione n. 2/2017 "on data processing at work" del Gruppo di lavoro ex art. 29 dell'8 giugno 2017.

⁴¹ V. note che precedono.

⁴² Sulla possibile estensione del diritto all'equa retribuzione anche ai lavoratori non subordinati v. da ultimo TREU, *Contratto di lavoro e corresponsività*, in *Tratt CP*, IV, 2, Cedam, 2012, 1333.

⁴³ LECCESE, *Lavoro, sfruttamento e tutele nella filiera agroalimentare*, in *DLRI*, 2018, 2, 245 ss. e PINTO, *Filiere agroalimentari e agro-industriali, rapporti di produzione agricola e lavoro nero*, in FERRANTE, *Economia informale*, cit., 83 ss.

Ovviamente il parametro dell'art. 36 non può trovare applicazione indiscriminata, come segnala la giurisprudenza anche risalente del Giudice delle leggi, di modo che ne rimangono senz'altro esclusi gli imprenditori e quanti vedano il proprio compenso ordinariamente commisurato all'utile apportato, ed ancora i lavoratori autonomi “intellettuali” (art. 2229 c.c.), nella prospettiva che molte attività individuali libero-professionali possono anche essere rese in forma di impresa, ovvero avvalendosi di ausiliari con minore esperienza. Nello stesso senso devono considerarsi non ricompresi nel campo di applicazione della norma costituzionale anche attività in relazione alle quali la prestazione viene a corrispondere all'assunzione di certe responsabilità, come i componenti di organi di governo delle società o i custodi giudiziari⁴⁴.

La nozione di lavoro personale, anzi, potrebbe senz'altro accogliere anche contratti neanche troppo lontani dall'antinomia lavoro subordinato/autonomo, come il trasporto, almeno ove questo avvenga (come per i ciclo-fattorini) in ambiti così ristretti da non comportare la necessità della predisposizione di un'organizzazione d'impresa (e quindi: in maniera personale) ovvero anche altri schemi di prestazione d'opera, altrimenti riconducibili al cottimo (o *lato sensu* al lavoro a domicilio), nei quali il compenso sia direttamente commisurato al risultato dell'attività prestata, così da consentire con facilità la quantificazione del tempo presumibilmente necessario ai fini dell'esecuzione della prestazione dedotta in contratto.

Ovviamente il riconoscimento di un diritto all'equo salario porta con sé, indissolubilmente, la questione della quantificazione dell'orario di lavoro, come è reso palese dalla collocazione in un'unica disposizione di legge dei due precetti costituzionali (art. 36 co. I e II), essendo evidente come sarebbe ben magra consolazione quella di godere di un reddito sufficiente a garantire a sé e alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa, se il costo necessario fosse quello di una prestazione lavorativa prolungata oltre le umane capacità di sopportazione.

In questa prospettiva, per quanto non esistano norme dirette a limitare la prestazione dei lavoratori autonomi, se non nella prospettiva della tutela della sicurezza stradale e dei trasporti (dirr. 2002/15 e 2000/79), pare evidente come non sia facile giustificare il fatto che, a fronte di ordini liberamente accettati, il fattorino debba rimanere lungamente inoperoso nei tempi che intercorrono fra una consegna ed un'altra. Un fondamento indiretto alla teoria della patrimonialità del tempo, del resto, sembra rintracciarsi nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, che, chiamata a pronunciarsi sulla qualificazione dell'attesa per il lavoratore subordinato, ha riconosciuto comunque che essa, pur se non costituisce tempo di lavoro nella prospettiva solutoria, costituisce una limitazione alla libertà individuale⁴⁵ che, nella contrattazione collettiva e nella legislazione nazionale, ha sempre meritato, per questo solo, un compenso economico.

⁴⁴ Per un elenco, v. il commento di TRIPODINA all'art. 36 in BARTOLE, BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Cedam, 2008, 352.

⁴⁵ Da ultimo a riguardo v. C. giust., 21 febbraio 2018, *Matzak*, C-518/15, in ordine al quale segnalo altresì la mia relazione dal titolo *Notions of “working time” and “rest time”*, quale contributo all'*Expert Meeting on Enforcement of (EU) labour law*, tenutosi a Bruxelles in data 13 novembre 2018 su iniziativa della Commissione Europea, sul tema *The potential implications of the judgment of the Court*

Qui l'analogia fra lavoro subordinato e personale potrebbe attivarsi nell'ipotesi in cui il fattorino si dichiara disponibile sulla "piattaforma" e venga contattato una pluralità di volte, ma con lunghi intervalli fra una consegna ed un'altra, che vengano di fatto a limitare la possibilità di dedicarsi ad altro che non sia un tempo di semplice attesa. Ugualmente, si potrebbe ipotizzare che anche il tempo necessario per recarsi dal luogo di una consegna a quello di accettazione della merce sia considerato alla stregua di un tempo necessario per effettuare la prestazione e quindi remunerato, seppure sulla base anche di una tariffa ridotta.

Il fondamento normativo per siffatte estensioni può facilmente rintracciarsi nella constatazione che ogni attività lavorativa richiede un'attività preparatoria, come tipicamente la semplice vestizione⁴⁶ o i tempi necessari per recarsi sul luogo di lavoro, che esula dal tempo fatto oggetto di misurazione ai fini del pagamento del compenso (c.d. tempo di lavoro "effettivo"). Tale attività, tuttavia, viene esclusa dal compenso poiché essa è puramente preparatoria ed ancillare alla prestazione, mentre appare evidente come continue interruzioni finiscano per rovesciare tale rapporto, rendendo di fatto i tempi "morti" (o di attesa) preponderanti rispetto a quelli effettivamente lavorati. Ove una siffatta relazione venga a rovesciarsi, sembra apparire evidente l'ingiustificato arricchimento dell'imprenditore, venendosi ad alterare l'equilibrio fra i due patrimoni individuali senza alcun rispetto per quella elementare nozione di equità che presidia pacificamente l'obbligazione retributiva⁴⁷.

Si deve invero notare che la disciplina positiva delle pause (art. 8, co. 3 d.lgs. n. 66/2003) richiama ancora la legislazione del 1923, imponendo che queste siano predeterminate e non siano mai superiori a due ore, proprio al fine di evitare uno squilibrio fra attività ancillare e prestazione propriamente intesa⁴⁸; si tratta di una misura di elementare equità, come dimostrato dalla previsione dell'ordinamento francese che impone in ogni caso di chiamata una retribuzione commisurata ad almeno tre ore di servizio⁴⁹.

Il vincolo fatto palese dalla disposizione costituzionale di cui all'art. 36 si proietta poi, parimenti, sul livello salariale, posto che (a tacere della questione dei contratti cc.dd. "pirata", sottoscritti da associazioni dotate di minima rappresentatività) il sistema del pluralismo contrattuale rende la prestazione suscettibile di inquadramento in più di un sistema collettivo. A riguardo, nella perdurante attesa dell'attuazione dell'art. 39 Cost., non si deve dimenticare come la finalità di «contrastare forme di competizione salariale al ribasso»⁵⁰ è valsa a legittimare, anche al di là delle previsioni in tema di efficacia *erga omnes*, interventi normativi diretti alla fissazione di salari minimi, anche interprofessionali.

of Justice of the EU in the Matzak case C-518/15.

⁴⁶ Mi sono occupato della questione in relazione anche ai tempi di vestizione in *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, 2008, 245 ss.

⁴⁷ La relazione descritta è alla base del c.d. sciopero articolato, in ordine al quale rinvio al mio *Potere ed autotutela*, cit., 313 ss.

⁴⁸ Rinvio ancora al mio *Il tempo di lavoro*, cit., 219 ss.

⁴⁹ V. *amplius* FERRANTE, *Il cumulo dei "lavoretti": quale tutela per le attività discontinue o saltuarie?*, in *LD*, 2018, 4, 613-632. Nello stesso senso si pensi alla prassi di riconoscere ai lavoratori autonomi che si rechino a domicilio del cliente un diritto fisso "di chiamata".

⁵⁰ Vedi C. cost., n. 51/2015 (rel. Sciarra).

In senso contrario, invece, in assenza di una disposizione costituzionale orientata a proteggere il lavoratore contro il rischio di risoluzione del rapporto di lavoro priva di un motivo ragionevole, si deve ritenere che non si possa ricondurre alla nozione di personalità del lavoro nessuna tutela in tema di recesso, salvo tuttavia l'ipotesi della discriminazione, oramai normata attraverso forme che si estendono a tutta l'attività negoziale, e dunque anche ai prestatori d'opera, con effetti di tutela sostanzialmente analoghi a quelli previsti per i lavoratori neo-assunti dal d.lgs 23/2015⁵¹.

Da ultimo, si deve rilevare come anche l'elemento dell'abitudine, come proiezione del diritto all'equo salario, possa giovare alla risoluzione di nodi esegetici di non agevole risoluzione in combinazione con il carattere della personalità. A riguardo, si pensi ad es. alla prassi, abbastanza diffusa in altri ordinamenti, di apporre clausole di esclusività, sostanzialmente riprodotte del disposto dell'art. 2105 c.c., anche a rapporti di natura non subordinata. A fronte di formule non certo ignote nei rapporti commerciali (per es. in ordine alla vendita “monomarca”), l'incertezza relativa alla loro applicazione ai rapporti di lavoro para-subordinato può superarsi proprio in ragione del carattere della personalità di cui sopra si è detto, poiché apparirebbe ingiusto riconoscere la legittimità di limiti alla libertà individuale, in assenza del pagamento di compensi rispettosi del parametro della retribuzione equa, mentre al contrario, sia pure in assenza di etero-direzione, si dovrebbe senz'altro riconoscere la legittimità di clausole di limitazione della libertà negoziale, quando il lavoratore ritrae già dalla sua occupazione quanto necessario per vivere.

Come si vede, quindi, la personalità sembra costituire una categoria di facile ed indiscussa definizione, almeno concettuale, ove si tenga conto anche delle previsioni costituzionali e del generale principio di tutela del lavoro di cui all'art. 35/I Cost. (da contrapporre alla libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.), recentemente valorizzato dal Giudice delle leggi nella sent. n. 194 dell'8 novembre 2018 in tema di licenziamento individuale e senz'altro capace di guidare l'interprete (e il legislatore) verso soluzioni interpretative (o normative) che altrimenti rischierebbero di apparire troppo sbilanciate a tutela degli interessi di una delle parti.

⁵¹ In relazione alla c.d. azione civile contro la discriminazione di cui all'art. 28 d.lgs. n. 150/11, v. in particolare a riguardo l'art. 55 *ter* l. n. 198/2006, a trasposizione della direttiva europea 2004/113/CE del 13 dicembre 2004, in tema di accesso ai servizi.

