

ISSN 1121-8762

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

*La disciplina del lavoro subordinato
applicabile alle collaborazioni
etero-organizzate*

Arturo Maresca

anticipazione

Pubblicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

N. 1/XXX - 2020

 GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate

Arturo Maresca

Sommario: **1.** I possibili effetti indotti dalla sentenza: la tutela per via giudiziaria dei collaboratori. – **2.** La natura derogabile della disciplina del lavoro subordinato applicabile al collaboratore. – **3.** La verifica di compatibilità della disciplina del lavoro subordinato come filtro all'applicazione ai collaboratori. – **4.** I trattamenti economici e normativi collettivi accordati ai collaboratori in sostituzione della disciplina del lavoro subordinato: la valenza selettiva di tale equiparazione.

1. La Cassazione ha preso posizione sul tema delle collaborazioni continuative, esclusivamente (prima, oggi prevalentemente) personali ed etero-organizzate con l'attesissima sentenza del 24 gennaio 2020, n. 1663 che ha deciso il contenzioso insorto a Torino tra Foodora ed alcuni c.d. ciclofattorini. Anticipando qualche osservazione rispetto ad una riflessione più approfondita, volevo accennare ad uno soltanto dei due temi centrali, non quello relativo alla nozione, qualificazione e natura delle collaborazioni etero-organizzate, bensì l'altro riguardante la disciplina ad esse applicabile, senza alcuna pretesa di ricostruirla minuziosamente, ma tentando di fornire qualche prima indicazione metodologica.

La scelta del tema è motivata dalla convinzione che la sentenza della Cassazione potrebbe suscitare l'interesse degli operatori all'applicazione dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. Un interesse che, fino ad ora, non si è manifestato e che, invece, questa sentenza probabilmente stimolerà proprio perché apre la strada per conseguire in via giudiziaria le rilevanti tutele previste dall'art. 2, comma 1, ad un'ampia platea di soggetti, formata non solo dai *mitici* lavoratori delle piattaforme, ma da molti collaboratori le cui «prestazioni di lavoro» sono rese con continuità all'interno dell'organizzazione produttiva del committente che ne organizza le «modalità di esecuzione».

La posizione espressa al riguardo dalla Cassazione si condensa in alcuni rapidi passaggi (nei punti 39-41) che costituiscono un *obiter dictum* muovendo dal presupposto che il tema delle tutele dovute ai collaboratori non era oggetto

* *Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Roma "Sapienza".*

della causa, in quanto la sentenza della Corte d'Appello di Torino (pronunciata in merito con riferimento alla domanda formulata dai ricorrenti in primo grado) non era stata impugnata con riferimento a questo capo.

Il punto dal quale prendere le mosse si rinviene nella duplice affermazione della sentenza che, da una parte (si vedano i punti 39 e 40), si esprime per l'applicabilità in via generale della disciplina del lavoro subordinato ai collaboratori etero-organizzati, anche perché «la norma non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile», mentre, dall'altra (punto 41), precisa che «Non possono escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile» con le collaborazioni etero-organizzate «che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 cod. civ.».

Volendo sintetizzare: l'applicazione generalizzata alle collaborazioni etero-organizzate della disciplina del lavoro subordinato deve, in realtà, essere sottoposta ad un filtro che opera in relazione ad una verifica di compatibilità «della disciplina della subordinazione», atteso che tali collaborazioni non sono riconducibili all'interno dell'art. 2094 c.c.

La difficoltà (*in primis* concettuale) è proprio quella di innestare all'interno di un rapporto di lavoro autonomo, ancorché etero-organizzato, la disciplina dettata dal legislatore a protezione della persona del lavoratore che rende la sua prestazione in forma subordinata, cioè sottoposto ai poteri di direzione, conformazione, controllo e disciplinare.

Questo innesto deve realizzarsi perché il legislatore ha ritenuto, in attuazione del doveroso impegno di tutelare il «lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35, primo comma, Cost.), di selezionare e differenziare le tutele applicabili al lavoro autonomo graduandole in base alla intensità dei vincoli che connotano l'esecuzione della prestazione, distinguendo tra il contratto d'opera (art. 2222 c.c.), le collaborazioni coordinate (art. 409, n. 3, c.p.c.), il lavoro autonomo tramite piattaforme (art. 47-bis, d.lgs. n. 81/2015) e le collaborazioni etero-organizzate (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015).

Il legislatore, senza creare un nuovo tipo contrattuale rispetto al contratto di lavoro autonomo e subordinato, ha ritenuto di intensificare le tutele di quelle collaborazioni continuative nelle quali la prestazione resa dal collaboratore non è (più soltanto) coordinata, ma organizzata dal committente; un dato quest'ultimo (quello della etero-organizzazione) che viene assunto dal legislatore (art. 2, comma 1) come fattispecie di riferimento per l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato.

Si può, certo, discutere se il presupposto su cui il legislatore fonda la diversificazione delle tutele sia o meno appropriato, ipotizzando che le tutele avrebbero potuto dispiegarsi invece secondo i bisogni dettati dalla dipendenza economica (od altro), ma non è questo il punto che, sebbene di non poco momento, si intende trattare in questa sede. Anche perché, al riguardo, ci si può limi-

tare ad osservare che il legislatore si è mosso in sintonia con i tradizionali parametri che nel nostro ordinamento hanno distinto, fino ad oggi, il lavoro dell'Uomo in relazione ai poteri del creditore della prestazione e, specularmente, dei vincoli più o meno stringenti cui è sottoposto il debitore e che hanno determinato la misura della tutela dovuta alla persona del lavoratore.

2. Venendo, però, alla questione oggetto di esame in questa sede, il problema che si pone è quello, semplificando all'essenziale, di enucleare dalla complessiva disciplina del lavoro subordinato la parte non applicabile alle collaborazioni etero-organizzate.

Tale indagine deve seguire due strade che si dipartono da un comune presupposto, quello della presunzione di applicabilità generalizzata della disciplina del lavoro subordinato, per poi procedere per sottrazione.

Queste sottrazioni si fondano su due criteri: uno di carattere generale derivante dal parametro dell'incompatibilità evocata dalla sentenza annotata e l'altro ricostruibile in base ai dati normativi forniti, ancorché indirettamente, dallo stesso legislatore nell'art. 2.

Si deve, però, partire da un punto che sembra trascurato dalla sentenza e che risulta per *tabulas* dall'art. 2, comma 2, lett. a, del d.lgs. n. 81/2015, la disciplina applicabile alle collaborazioni etero-organizzate non è affatto la stessa del lavoro subordinato.

Infatti l'affermazione del legislatore (art. 2) per cui «si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente» (comma 1) è subito precisata (e circoscritta), in quanto tale «disposizione [...] non trova applicazione con riferimento: a) alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore» (comma 2).

Gli elementi che, per il tema in esame, si possono ricavare da quest'ultima disposizione sono più d'uno, ma il primo riguarda la natura pienamente derogabile della disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni, ben diversamente da quanto avviene per le norme imperativamente dettate a protezione dei lavoratori dipendenti.

Quindi la *disciplina* non è identica, perché rimuovere l'inderogabilità dalle tutele del lavoratore vuol dire cambiarne i connotati genetici.

Infatti l'inderogabilità della disciplina legale costituisce un tratto essenziale delle garanzie riconosciute al lavoratore proprio in relazione alla situazione giuridica di subordinazione in cui egli è posto nell'esecuzione della prestazione contrattualmente dovuta al datore di lavoro.

Si può, forse, aggiungere che la previsione dell'art. 2, comma 2, è ben diversa da quella dell'art. 8 della l. 14 settembre 2011, n. 148, che consente, sì, la derogabilità della disciplina delle «collaborazioni coordinate e a progetto e le partite IVA», ma soltanto per perseguire gli scopi predeterminati nell'art. 8, comma 1, con la conseguenza che l'accordo di prossimità è vincolato a questi scopi la cui realizzazione giustifica la deroga alla disciplina legale altrimenti applicabile.

Invece la derogabilità prevista dall'art. 2 opera in via generale per tutti i collaboratori destinatari degli accordi collettivi nazionali.

L'ulteriore elemento, anch'esso significativo – ed antitetico con la garanzia dell'imperatività di cui sono munite le norme poste a protezione del lavoratore dipendente – è che la derogabilità viene accordata dal legislatore «in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore».

Come a dire che la protezione legale del collaboratore etero-organizzato, mediante l'assoggettamento alla disciplina del lavoro subordinato (art. 2, comma 1), deve considerarsi cedevole per le prevalenti *esigenze* (neppure qualificate dal legislatore in termini più perentori, come necessità) del sistema produttivo in funzione del quale il collaboratore viene organizzato dal committente.

È pur vero che l'effetto prodotto da tali *esigenze* si realizza soltanto mediante l'intervento della contrattazione collettiva nazionale, ma ciò non toglie che l'operatività della disciplina legale del lavoro subordinato trova un limite nelle predette esigenze produttive ed organizzative, poiché quando esse si manifestano e vengono fatte proprie dalla contrattazione collettiva, le regole del lavoro subordinato sono sostituite da quella collettive aventi ad oggetto «discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo» (art. 2, comma 2).

Non è, pertanto, condivisibile l'affermazione della Cassazione per la quale «al verificarsi delle caratteristiche delle collaborazioni individuate dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2015, la legge ricollega imperativamente l'applicazione della disciplina della subordinazione» (punto 39), mentre tale applicazione è tutt'altro che imperativa, in quanto cedevole rispetto a «particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore» idonee a legittimare la deroga collettiva.

3. Partendo da quanto appena detto nella prospettiva di relativizzare il vincolo derivante dal rinvio dell'art. 2, comma 1, alla disciplina del lavoro subordinato, si devono ora prendere in considerazione i due criteri ai quali si è in precedenza accennato per stabilire l'effettivo contenuto della disciplina applicabile alle collaborazioni etero-organizzate. Contenuto che si ricava, come già anticipato, per sottrazione da quella *integrale* (punto 41 della sentenza) del lavoro subordinato nella misura in cui se ne verifichi l'incompatibilità o in base alle indicazioni enucleabili dal dato normativo (art. 2, comma 2, lett. a).

Il tema deve essere introdotto, precisando che in questa sede non si intendono affrontare i complessi profili processuali la cui importanza trova riscontro nella stessa sentenza annotata per quanto riguarda il contenuto della domanda con la quale il collaboratore invoca l'art. 2, comma 1, e, conseguentemente, il riconoscimento giudiziale della disciplina del lavoro subordinato. Domanda che potrebbe essere formulata in modo generale o, anche, delimitata ad alcune soltanto delle tutele, ad esempio quelle di carattere retributivo. Spetterà, invece, al convenuto dimostrare l'esenzione da tale obbligo, provando che la collaborazione, seppur etero-organizzata, è regolata da un accordo collettivo nazionale stipulato in conformità a quanto previsto dall'art. 2, comma 2, lett. a, o riconducibile alle altre ipotesi ivi contemplate.

Venendo all'identificazione di quella parte della disciplina del lavoro subordinato che è ontologicamente incompatibile con il contratto di collaborazione etero-organizzata e, quindi, ad esso inapplicabile, si può fare riferimento alle norme dettate dal legislatore per quanto riguarda l'esercizio dei poteri del datore di lavoro che connotano la subordinazione del lavoratore e che, nel contempo, non sono riconducibili al potere organizzativo a cui è, invece, assoggettato il collaboratore.

Per fare qualche esempio, il potere direttivo e di conformazione in materia di mutamento di mansioni o del luogo di esecuzione della prestazione (art. 2103 c.c.) o lo specifico potere di controllo che è riconosciuto al datore di lavoro nei riguardi del dipendente o quello disciplinare.

In questi casi, anziché di incompatibilità, si potrebbe parlare più radicalmente di una totale estraneità di queste tutele alla disciplina delle collaborazioni, in quanto il committente, non essendo titolare dei predetti poteri, non ha titolo per esercitarli nei confronti del collaboratore che, conseguentemente, non ha alcun interesse a fruire della protezione stabilita rispetto ad essi.

È evidente, infatti, che se il committente, invece di limitarsi ad organizzare le «modalità di esecuzione» delle «prestazioni di lavoro» fornite dal collaboratore, lo assoggettasse a vincoli ben più stringenti (controlli, sanzioni disciplinari, ecc.) ciò determinerebbe una diversa qualificazione del rapporto intercorrente e la sua riconduzione nell'ambito dell'art. 2094 c.c., con il corredo della conseguente disciplina.

Peraltro l'applicazione indifferenziata alle collaborazioni etero-organizzate delle regole in materia di potere direttivo, di conformazione, di controllo e disciplinare dettate per il rapporto di lavoro subordinato si risolverebbe paradossalmente nell'attribuzione al committente di tali poteri, finendo così per far diventare subordinato quel lavoro che il legislatore ha voluto fosse autonomo, anche se dotato di una protezione più incisiva mutuata dal lavoro subordinato. Infatti, come già accennato, il legislatore nell'articolazione delle tutele da riconoscere e distribuire nell'ambito di un lavoro autonomo sempre più eterogeneo ha preso atto della specificità di alcuni profili (l'etero-organizzazione),

compatibili con tale autonomia, innalzando il livello della tutela rispetto a quella dovuta nel caso di una collaborazione coordinata.

4. Un'ulteriore selezione della disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate può essere condotta in relazione al *congegno* normativo (art. 2, commi 1 e 2) per il quale l'operatività di tale disciplina viene meno ogni qual volta gli «accordi collettivi nazionali» prevedano «discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo».

Ciò sta a significare che l'idoneità degli accordi collettivi a sostituire la disciplina legale del lavoro subordinato (altrimenti applicabile al collaboratore) è condizionata al loro contenuto che deve riguardare «il trattamento economico e normativo».

Quindi affinché si realizzi l'effetto di sostituzione della disciplina legale con quella collettiva non è sufficiente un qualsiasi accordo nazionale che si limiti, ad esempio, a determinare il trattamento economico, senza nulla stabilire per quello normativo, essendo invece necessario che tale accordo si sia fatto carico di individuare regole *ad hoc* relative ai trattamenti economici e normativi dovuti ai collaboratori.

Quindi l'intercambiabilità tra la disciplina legale e quella collettiva presuppone che quest'ultima sia sovrapponibile alla prima (nel senso che deve avere lo stesso ambito di *copertura*) con una conseguente identità delle materie oggetto della regolazione di fonte legale e collettiva. Fonti perfettamente fungibili, pertanto, essendo entrambe ritenute idonee dal legislatore ad assolvere al compito di tutelare i collaboratori etero-organizzati a prescindere dalla misura delle tutele predisposte in sede collettiva sulla cui congruità l'art. 2, comma 2, nulla dice, escludendo così ogni tipo di valutazione in tal senso.

Si può, quindi, ritenere che la disciplina legale del lavoro subordinato applicabile ai collaboratori può essere circoscritta, al pari di quella collettiva, ai trattamenti economici e normativi del rapporto di lavoro.

Un risultato certamente non soddisfacente sul piano interpretativo per la genericità del riferimento, ma comunque pur sempre sufficiente ad escludere la disciplina previdenziale e, probabilmente, anche i trattamenti collettivi riconosciuti dal committente al personale dipendente.

Infatti l'art. 2, comma 2, richiama l'accordo collettivo nazionale in funzione sostitutiva della disciplina legale del lavoro subordinato ed il rinvio a quest'ultima non può implicare, nel silenzio del legislatore, anche una parità di trattamento economico e normativo tra i collaboratori etero-organizzati ed i dipendenti del committente per quanto concerne la contrattazione collettiva loro applicabile e neppure potrebbe sortire l'effetto di estendere l'efficacia soggettiva di tale contrattazione ai collaboratori che sono, come afferma condivisibilmente la sentenza annotata, lavoratori autonomi.

Quanto all'identificazione dei trattamenti economici dovuti ai collaboratori etero-organizzati si deve ritenere applicabile l'art. 36 Cost. con il conseguente

diritto alla retribuzione sufficiente mutuabile dal contratto collettivo nazionale di categoria eventualmente applicabile dal committente.

Più difficile è la ricognizione dei trattamenti normativi applicabili; su alcuni sembrano sussistere maggiori certezze, ad esempio, quanto alla sicurezza (e dignità) dovrebbe operare l'art. 2087 c.c. Così anche per i tempi massimi di lavoro e le pause, probabilmente escludendo il limite del normale orario di lavoro (in coerenza con l'art. 17, comma 5, d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66), ma ricomprendendo il diritto alle ferie retribuite.

Quanto al recesso nessun dubbio sull'obbligo di preavviso per entrambe le parti ed alla possibilità di invocare la sussistenza di una giusta causa esonerativa del preavviso, ma la questione centrale riguarda i vincoli causali al recesso del committente e la loro parificazione a quelli operanti per i lavoratori dipendenti (con l'ulteriore problema in ordine ai rimedi applicabili nel caso di un recesso ingiustificato).

Per un verso, si potrebbe optare per sottoporre il recesso del committente alla sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo ritenendo in via generale comprimibile la libertà di recesso con l'autonomia del rapporto del collaboratore.

Per un altro verso si potrebbe, però, obiettare che il recesso per giusta causa o giustificato motivo soggettivo costituisce esercizio del potere disciplinare (anche perché la valutazione dell'inadempimento viene ragguagliata pur sempre all'art. 2106 c.c.), con la conseguenza che in relazione a questo profilo si manifesterebbe un'incompatibilità con la natura autonoma del rapporto del collaboratore che, come si è detto in precedenza, non è assoggettato al potere disciplinare, ma al solo potere organizzativo del committente.

Inoltre si dovrebbe anche considerare che le limitazioni al recesso del committente non solo non sono configurabili alla stregua di un *trattamento economico e normativo* che, se previsto dagli *accordi collettivi nazionali*, comporta un effetto sostitutivo della disciplina del lavoro subordinato applicabile al collaboratore, ma anche che tali accordi non regolano o (almeno fino ad ora) non hanno mai regolato il recesso del committente, essendosi limitati a stabilire le condizioni economiche e normative dello svolgimento del rapporto del collaboratore. E, del resto, la contrattazione collettiva sostitutiva prevista dall'art. 2, comma 2, lett. a, sarebbe di fatto paralizzata se si ritenesse di applicare al recesso del committente gli stessi vincoli causali operanti per i dipendenti, in quanto tale tutela, essendo difficilmente replicabile in sede collettiva, sortirebbe un effetto inibitorio per le organizzazioni sindacali.

Da tutto ciò ne consegue che se, come prima si è detto, il perimetro delle condizioni stabilite dagli accordi collettivi nazionali deve essere coincidente con la disciplina del lavoro subordinato applicabile ai collaboratori, dovrebbero essere espunti da questa disciplina i limiti causali al recesso del committente.