
QUESTIONI

PAOLO TOSI
Prof. emerito dell'Università di Torino

... CONTINUANDO IL DIALOGO TRA ADALBERTO PERULLI E FRANCO CARINCI ⁽¹⁾

1. Il titolo che i Direttori hanno previsto, invitandomi ad intervenire, è forse sviante. Sarebbe più appropriato "La «risposta» di A. Perulli a F. Carinci: punto e a capo". Come vedremo, infatti, non si è trattato di un dialogo; il che condiziona il mio intervento.

Peraltro, anche per lo scritto di Perulli mi parrebbe più appropriato il titolo "Divagazioni concettuali su subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro neo-moderno". Perché non si tratta di una «risposta», almeno se intesa come replica agli argomenti critici svolti nella recensione: già nel secondo paragrafo, e poi fino alla fine, la «risposta» si risolve in un monologo autoreferenziale.

Perulli, del resto, chiarisce fin dal principio che il suo volume e la recensione, conseguentemente anche la «risposta» alla recensione, si collocano su piani insuscettibili di comunicazione per la diversa considerazione della norma fondamentale contenuta nell'art. 2, comma 1, D. lgs. 81/2015 (specie come successivamente novellato). Per il recensore "è nella sostanza una norma sulla subordinazione" mentre per il recensito va "oltre la subordinazione".

Al di là del gioco di parole, però, anche nella lettura dell'A. la norma è nella sostanza una norma sulla subordinazione. Infatti, per poterla spiegare quale norma che, del resto conformemente al suo testo, "estende le tutele del lavoro subordinato (...) a rapporti che non sono qualificabili in termini di subordinazione", è costretto a farla refluire sull'art. 2094 c.c. per modo che risulti sottratta, in esso, l'etero-direzione dal connubio con l'assetto organizzativo del datore di lavoro; quel connubio cui la giurisprudenza da sempre ricorre per poter attribuire all'etero-direzione una apprezzabile valenza qualificatoria nelle zone di confine.

Secondo la prospettazione di Perulli, insomma, la nuova norma refluisce sulla norma codicistica al punto da amputare parte del contenuto che essa ha assunto

(1) La recensione del prof. FRANCO CARINCI al volume del prof. ADALBERTO PERULLI "Oltre la subordinazione" è pubblicata a pag. 663 del n. 3 del 2021 di questa *Rivista* e la risposta di ADALBERTO PERULLI "Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro neo-moderno. Una risposta a Franco Carinci" a pag. 1310 del n. 6 del 2021 di questa *Rivista*.

nel diritto vivente. Con la conseguenza che l'intera questione qualificatoria verrebbe ora a gravare sull'art. 2, comma 1 (per il quale icasticamente Oronzo Mazzotta ha speso gli attributi di "pochezza e insignificanza": *Labour*, 2016, 1-2, 8).

2. Dichiarato il "dissenso di fondo sull'interpretazione dell'art. 2, comma 1" che separa recensore e recensito, questi può tornare a dire la sua messa su tale interpretazione vedendo ("io vedo") nella nuova norma "la *positio* di **un nuovo concetto normativo** [l'etero-organizzazione; il grassetto è mio] (mai prima d'ora impiegato dal legislatore), che deve necessariamente (per non essere un dato legislativo del tutto ininfluenza, o come ha scritto Paolo Tosi, «apparente») essere ricostruito giuridicamente come distinto dal potere direttivo contemplato dall'art. 2094 c.c."

L'A. fa dunque sostanzialmente propria l'affermazione, tratta dalla sentenza della Corte di Cassazione 1663/2020, secondo cui "i concetti giuridici, **in specie se direttamente promananti dalle norme** [il grassetto è mio], sono convenzionali, per cui se il legislatore ne introduce di nuovi l'interprete non può che aggiornare l'esegesi a partire da essi".

L'affermazione è sorprendente giacché il giurista positivo sa che le norme non contengono concetti dai quali muovere nell'esegesi del loro contenuto ma, semmai, contenuti sulla base della cui esegesi gli interpreti si spingono a ricostruire concetti; ciò, per lo più, al fine di avvalorare operazioni interpretative dimentiche dei canoni fondamentali dell'ermeneutica giuridica, il letterale, il sistematico, e, in quanto compatibile con essi, la *ratio legis*.

Sempre tenendo sullo sfondo lo spettro della «norma apparente» e in funzione del nuovo concetto, l'A. si affranca così dall'applicazione giurisprudenziale dell'art. 2094 c.c. invocando il classico insegnamento di Mattia Persiani secondo cui "l'organizzazione del lavoro altrui è priva di reali connotazioni normative"; entra però, secondo quell'insegnamento, nel contenuto stesso del contratto di lavoro subordinato. Quindi detta applicazione giurisprudenziale ne risulta, a ben vedere, avvalorata.

L'A. ribadisce poi che "l'etero-organizzazione, nel nostro ordinamento, è divenuta *per volontà del legislatore* un elemento tipologico, o comunque specifico e caratterizzante, di una diversa fattispecie o schema logico-giuridico (quello dell'art. 2, comma 1) irriducibile (per quanto contermina) a quello presidiato dall'articolo 2094 c.c."

Senza attardarmi a fermare l'attenzione sui vari frammenti che compongono l'insieme di questa elegante frase passo a constatare come l'A. prometta una successiva ricostruzione del nuovo concetto legislativo mediante gli anzidetti canoni ermeneutici. Con ciò, detto per inciso, ammettendo implicitamente che la nuova norma non contiene alcun concetto ma l'indicazione degli elementi costitutivi di una nuova fattispecie (nell'ultima versione, la prevalente personalità e la conti-

nuatività di prestazioni «le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente» anche se tramite piattaforme digitali).

3. Mi sarei dunque aspettato che, a questo punto della «risposta», come Carinci se lo attendeva dall'opera recensita, l'A. si affrettasse, mediante quei canoni, a spiegare all'interprete come poter distinguere in concreto le diverse tipologie di lavoro sussumendo nella nuova fattispecie le collaborazioni rispondenti alla fotografia astratta che ne dà il legislatore.

L'A. ritiene invece opportuno “provare a proiettare il discorso su un piano diverso da quello strettamente esegetico – sistematico, volto piuttosto a cogliere le grandi direttrici di fondo del pensiero sul diritto del lavoro nella società che si suole ormai definire neo-moderna, in contrapposizione al post-moderno” e va a collocarsi in una prospettiva propriamente palinogenetica.

“E qui si coglie [sottolinea Perulli] il punto vero di dissenso con l'autorevole recensore, che riguarda non tanto il piano dello *ius conditum*, quanto la prospettiva *de iure condendo*”. E si tratta effettivamente del punto vero di radicale differenziazione metodologica tra chi, nelle proprie operazioni ermeneutiche, tiene distinti il diritto che c'è e quello che vorrebbe ci fosse e chi invece li coniuga e confonde. Per modo che l'interpretazione non è più solo e consapevolmente influenzata dal *background* ideologico-politico dell'interprete, impegnato però a rimanere un giurista positivo, ma diviene *tout court* interpretazione ideologico-politica del diritto.

Mi vien da aggiungere che il volano di questa seconda interpretazione è usualmente la fantasia, sul cui ruolo Marzia Barbera, nella sua video-intervista nel sito di LLC, con sorriso birichino sollecita Mattia Persiani a riflettere chiedendogli se non sia il caso che, nelle operazioni ermeneutiche, l'interprete eserciti, appunto, anche la fantasia. E il Maestro risponde, con sorriso benevolo, che l'interpretazione delle norme è essenzialmente una tecnica.

4. Iniziando il viaggio sul “piano diverso da quello strettamente esegetico-sistematico” Perulli muove dal rimprovero al recensore di non voler prendere atto del superamento del “sistema binario lavoro subordinato e autonomo” con la conseguenza di finire nel vicolo cieco di una intrinsecamente contraddittoria duplicità di subordinazioni, una “«subordinazione 1», quella dell'art. 2094 c.c., e una «subordinazione 2», quella dell'art. 2, comma 1”. Dovrebbe invece convenire, il recensore, secondo l'A., che “l'art. 2, comma 1, non è una fattispecie di lavoro subordinato, e quindi è una fattispecie di lavoro autonomo, al pari dell'art. 409, n. 3, c.p.c., e dello stesso art. 2222 c.c.”; ciò che non dovrebbe poi “suscitare tanto scalpore”.

Quasi che l'alchimia dello scambio di etichette valga a rendere meno problematica la sussunzione dei casi concreti nella fattispecie dell'art. 2, comma 1, ovvero

in quella dell'art. 409, n. 3. Lo testimonia il caso dei *riders* Foodora, i soli ad essere stati qualificati e trattati come c.d. co.co.co., che ha fatto oggetto della menzionata sentenza della Corte di Cassazione.

Basti considerare che la Corte è stata costretta a motivare la scelta della prima soluzione, come visto, in base alla presenza, nella norma, di un preconfezionato "concetto" di etero-organizzazione, lasciandolo però vago, quasi allusivo, grazie alla deresponsabilizzante teorizzazione della norma di mera disciplina. Un vero *nonsense* giuridico, questa, in quanto non è immaginabile, in un ordinamento positivo fondato sul principio di legalità, una norma i cui effetti si producano *ex se*, senza l'aggancio ad una fattispecie di riferimento; fattispecie qui costituita, all'evidenza, dai sopra richiamati elementi/indici della c.d. etero-organizzazione forniti dalla norma stessa.

Tutto dipende, beninteso, dalla velleitaria *fuga in avanti* del legislatore; il quale assai meglio avrebbe potuto e dovuto recuperare pienamente, dopo la stagione del contratto a progetto, la fattispecie dell'art. 409, n. 3, c.c. occupandosi dell'implementazione e ragionevole allargamento delle tutele ad essa già correlate. Ma questo è un altro discorso.

Chiusa la digressione, devo osservare che, a valle del rimprovero al recensore, l'A. evoca un caleidoscopio di soluzioni adottate in altri paesi per chiedersi poi retoricamente: "come non vedere, in questo *continuum* di soggezioni dal lato del lavoro autonomo, il superamento del sistema binario, cui invece Carinci sembra rimanere fedele, pur nell'ambito di una visione della subordinazione che da monolitica diventa plurale?". Quindi non due subordinazioni ma tante forme di subordinazione oppure di autonomie, a seconda del versante da cui si osserva il fenomeno, discendenti dallo sfrangiarsi in esse della vetusta dicotomia lavoro subordinato/lavoro autonomo.

A questo punto la «risposta» del recensito si disperde in una, innegabilmente suggestiva, serie di variazioni sociologiche sul tema del *continuum*, con sfumature più o meno marcate, da, può dirsi, chi lavora in miniera fino al micro-imprenditore e all'imprenditore a tutto tondo. Ciò, per avviarsi a sfatare finalmente la "falsa alternativa tra lavorare «per altri» e lavorare «per conto proprio», che costituisce la premessa logico-giuridica su cui si innesta la «grande dicotomia» tra subordinazione e autonomia".

Per dare il colpo di grazia a questa dicotomia l'A. ricorre, lungo gli interi paragrafi da 7 a 10, al suo ricco e articolato bagaglio culturale muovendo dal "cuore della visione moderna del lavoro condensata nel celebre paradigma Signore-Schiavo della *Fenomenologia dello Spirito*" di Hegel.

L'A. riconosce, peraltro, che "ci siamo molto allontanati dalle questioni esegetico-ricostruttive da cui eravamo partiti in dialettica con la posizione del professore

Carinci". Ma può vantarsi di averlo (unitamente al lettore) "condotto su sentieri inusuali, con prospettazioni critiche piuttosto ardite sulla costruzione giuridica del lavoro autonomo", portandolo a "guardare là dove normalmente non si getta lo sguardo: «oltre la subordinazione», appunto". E può concludere, soddisfatto, aprendosi alla visione escatologica che vuole il diritto del lavoro giungere infine, lungo la via segnata nelle pagine precedenti, a portare il "*Lavoro in generale* nella sfera delle tutele che la nostra Costituzione attribuisce a tutti coloro che vivono del proprio lavoro".

5. Tornando sull'impervio terreno del diritto positivo, a valle della dissoluzione in un *continuum* della tradizionale dicotomia subordinato/autonomo, resta senza «risposta» un interrogativo ineludibile, come bene sottolinea il recensore: quale bussola l'interprete, segnatamente il giudice, ha a disposizione, nell'ordinamento, per collocare ogni fattispecie concreta in quel *continuum* ed applicarle la fetta di disciplina tipica del lavoro subordinato adeguata al suo specifico contenuto?

Pare anche a me di dover prendere atto che questo interrogativo irrisolto è l'approdo cui l'A. continua a pervenire al termine del viaggio che ha preso avvio dall'"impostazione", enunciata nel secondo capoverso del primo paragrafo, secondo cui, con l'art. 2, comma 1, e il nuovo concetto di etero-organizzazione ivi adottato, "si apre un canale di comunicazione che esce dal confine tipologico della fattispecie di subordinazione per condurre le tutele «oltre» il tradizionale concetto-base del diritto del lavoro".

L'idea stessa di questo *continuum* segna, mi pare, una sorta di inversione della tendenza, rimproverata da Carinci al legislatore, "a moltiplicare le fattispecie, senza modularne le discipline, come se queste non fossero costruite a misura delle prime". Nel *continuum* prefigurato dall'A. si intravede, piuttosto, una indeterminata serie di nuclei normativi alla ricerca delle rispettive fattispecie di riferimento.

A questo punto devo però anche riconoscere che quello della articolazione/non articolazione delle tutele è il nodo gordiano di un ordinamento positivo. Ne sono ben consapevole, come del resto Carinci, visto che nel 1974 ho cercato di esplorare la prima alternativa occupandomi di una categoria di lavoratori subordinati già internamente eterogenea quanto allo spessore della loro soggezione al potere direttivo ed organizzativo del datore di lavoro. Ho dovuto però poi alzare bandiera bianca.

Si tratta infatti di un nodo che non può essere sciolto perché da un lato della fune sta la massima corrispondenza possibile tra la disciplina da applicare e le peculiarità del caso concreto, ma anche, all'evidenza, l'incertezza del diritto, mentre dall'altro lato della fune sta il ragionevole sacrificio di quella corrispondenza, a beneficio, però, della certezza del diritto. Il nodo può dunque solo essere tagliato, ma badando bene di cadere dalla parte della seconda alternativa perché la certezza del diritto è un valore irrinunciabile, pur nella consapevolezza della sua

precarietà, specie in un ordinamento disseminato di clausole generali e di rinvii alle determinazioni giudiziali.

I rischi che si corrono pretendendo di scogliere quel nodo senza darsi carico delle conseguenze trovano conferma ancora nell'ormai celebre sentenza 1663/2020. Qui la Suprema Corte censura la Corte d'Appello di Torino per avere ritenuto applicabile alle collaborazioni c.d. etero-organizzate solo una parte della disciplina del rapporto di lavoro subordinato (a fronte di una norma che estende loro indiscriminatamente tale disciplina). Ammette però poi, alla stregua della classica figura retorica del bicchiere mezzo vuoto o mezzo pieno, che potrebbero risultare inapplicabili frammenti della disciplina medesima eventualmente incompatibili con lo specifico contenuto del rapporto controverso. Frammenti, tuttavia, nella sentenza lasciati indeterminati e quindi (per dirla con Carinci) "rimessi ad una supplezza dottrinale e giurisprudenziale al limite dell'arbitrio".

6. Sarebbe un fuor d'opera se mi occupassi *ex professo* qui di altri rilievi critici al volume contenuti nella recensione non essendo essi entrati nel "dialogo" (di cui al titolo del mio intervento) tra recensore e replicante. Ma almeno di uno di essi intendo far cenno, e cioè il denunciato "dribbling ermeneutico" a più fasi dell'A. tra i vari frammenti dell'insieme normativo contenuto nel D. lgs. 81/2015 a seguito della L. 128/2009: art 2, commi 1 e 2, lett. a); art. 47-bis, commi 1 e 2; art. 47-ter e segg.

In verità Carinci concede a Perulli l'onore delle armi a fronte di simile "materiale legislativo a dir poco ingestibile". Né io intendo dissentire. Solo esprimere la preoccupazione che simile materiale favorisca vieppiù il ricorso ad una ermeneutica orfana dei suoi canoni fondamentali.

La Corte di Cassazione, sempre nella sentenza 1663/2020 apprezzata da Perulli, ha utilizzato le modifiche recate al testo dell'art. 2, comma 1, dalla legge 128/2019, pur trattandosi, nello specifico giudizio, dell'applicazione, *ratione temporis*, del vecchio testo, al fine di supportare l'attribuzione all'avverbio "anche" della funzione di richiamo esplicativo sconosciuta alla nostra grammatica. Nonostante la dichiarata proiezione nomofilattica, la Corte non si è però misurata con il groviglio degli anzidetti frammenti normativi per ricondurli a sistema, mediante l'interpretazione, appunto sistematica, oltre che letterale, del nuovo testo di tale articolo. Credo, peraltro, che sarà presto a ciò chiamata.

La Corte dovrà quindi spiegare come la soluzione adottata in detta sentenza sia conciliabile con i due commi dell'art. 47-bis dai quali risulta che, "fatto salvo quanto previsto dall'art. 2, comma 1", cioè, qualora non ricorrano i requisiti per l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, ai *riders* lavoratori autonomi si applicano le norme del Capo V-bis. E i due commi indicano puntualmente gli elementi caratterizzanti la collaborazione di tali lavoratori in quanto coesenziali ad

essa. Con la logica conseguenza che la sola ricorrenza di tali elementi non consente la riconduzione dei *riders* all'art. 2, comma 1. Per contro, l'interprete dovrebbe, nel sistema, rilevare l'incidenza dei due commi dell'art. 47-*bis* su questa norma, al di là della specifica tipologia dei *riders*, escludendo la valenza qualificatoria degli elementi coesenziali ad ogni specifica tipologia di collaborazioni tramite piattaforma.

Carinci ha comunque puntualmente argomentato l'insoddisfazione per l'interpretazione dei vari frammenti normativi offerta dall'A. nello sforzo di comporli in un insieme coeso, funzionale all'impostazione da cui ha preso le mosse e che vorrebbe vedere avvalorata.

La Corte di Cassazione, peraltro, e prim'ancora la giurisprudenza di merito, sarà chiamata, la seconda sul campo, ad apprezzare la capacità derogatoria di norme di legge dei contratti collettivi stipulati da vari sindacati misurandone la (effettiva e non presuntiva) maggiore rappresentatività comparativa in rapporto a categorie merceologiche eventualmente nuove, individuate dai sindacati stessi sotto l'egida dell'art. 39, comma 1, Cost.; questione, questa, complicata, cui Carinci dedica acute riflessioni.

La Corte sarà, probabilmente, pure chiamata ad apprezzare l'anzidetta capacità derogatoria in capo a contratti collettivi stipulati a livello di singole aziende, seppure eventualmente con organizzazioni sindacali, anche nazionali, aderenti alle grandi Confederazioni, a fronte di norme (art. 2, comma 2, lett. a) e art. 47-*quarter*, comma 1, D.lgs. 81/2015) che richiedono, l'una, il livello nazionale del contratto collettivo, l'altra, la sua stipulazione da una organizzazione di datori di lavoro.

Tutto ciò mentre attendiamo ora il varo della Proposta di Direttiva elaborata dalla Commissione Europea. La sua prima lettura fa temere che venga ad incrementare piuttosto che a dissipare la confusione esistente nella materia, alimentando le ormai ricorrenti tentazioni verso operazioni ermeneutiche, c.d. comunitariamente orientate, manipolative delle norme del nostro ordinamento. Ma sarà la storia di domani, che anch'io auspico migliore di quella di ieri.