

# **Carmelo Romeo e Francesca Chietera**

**La riscrittura dell'art. 2086 c.c. :  
alla ricerca di nuovi strumenti per il  
superamento della crisi, recupero della  
continuità aziendale e mutazioni  
genetiche nel diritto del lavoro.**

**Conversazioni sul lavoro dedicate  
a Giuseppe Pera dai suoi allievi**

**Virus, stato di eccezione e scelte tragiche.**

**Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela  
dei diritti fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza  
sanitaria e della crisi.**

**La costruzione di un nuovo diritto del lavoro.**

**Conversazioni sul lavoro a distanza**

**da agosto 2020 a marzo 2021**

*promosse e coordinate da* **Vincenzo Antonio Poso**

*Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone*





**Andrea Gabriellini, *Dove vai*, 2006 ( Ciclo Cartoni Graffiati )**

# Carmelo Romeo e Francesca Chietera

## La riscrittura dell'art. 2086 c.c. : alla ricerca di nuovi strumenti per il superamento della crisi, recupero della continuità aziendale e mutazioni genetiche nel diritto del lavoro.

\* aggiornato al 15 marzo 2021

**Sommario: Francesca Chietera: 1.** Il nuovo articolo 2086 c.c.: finalità ed obblighi. **2.** La sospensione di fatto del dovere di adeguatezza degli assetti aziendali nel periodo emergenziale. **Carmelo Romeo: 3.** Le mutazioni genetiche dell'attuale diritto del lavoro. **4.** Crisi pandemica e nuove frontiere della subordinazione.

### 1. IL NUOVO ARTICOLO 2086 C.C.: FINALITÀ ED OBBLIGHI.

L'art. 375 del D. L.gvo 12 gennaio 2019 n. 14 ha novellato l'art. 2086 c.c. modificandone la rubrica ed il testo.

Già dalle modifiche introdotte sulla rubrica dell'articolo (da "Direzione e gerarchia dell'impresa" a "Gestione dell'impresa") si comprende che, a differenza del passato, nella figura dell'imprenditore vengono valorizzati i poteri gestori, rispetto a quelli, propri del corporativismo fascista, di direzione gerarchica dell'impresa<sup>1)</sup>.

Ferma restando, infatti, la qualificazione dell'imprenditore quale "capo dell'impresa", in quanto tale gerarchicamente sovraordinato ai collaboratori (art. 2086, co. 1. c.c.), il citato art. 375 del D. Lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 ha introdotto nell'art. 2086 c.c. un secondo comma, a mente del quale "L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, *anche* in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale".

---

<sup>1)</sup> sulla ricostruzione storica della figura dell'imprenditore si rinvia a V. FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell'impresa*, in *Il Codice Civile, Commentario*, Milano, 2012, p. 3 e ss.

Balza immediatamente agli occhi come la norma, in evidente eccesso di delega<sup>(2)</sup>, abbia introdotto per l'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva l'obbligo, di carattere generale ed indipendente dalla sussistenza di una situazione di crisi dell'impresa, di dotarsi di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile rispondente alla natura e alle dimensioni dell'impresa, che evidentemente costituisce un prerequisito per una corretta gestione aziendale. Inoltre, l'imprenditore è obbligato a monitorare costantemente l'andamento aziendale, al fine di effettuare una tempestiva rilevazione di una eventuale situazione di crisi, onde potervi farvi fronte con l'adozione degli strumenti di allerta e delle misure correttive previste dal medesimo decreto, miranti al recupero della continuità aziendale.

La disposizione, che ricalca quanto già previsto dall'art. 2381 co. 5 c.c. <sup>(3)</sup> per gli organi delegati dal consiglio di amministrazione, reca evidentemente il segno dei tempi, costituendo la situazione di crisi delle imprese un fenomeno ricorrente, anche al netto della crisi pandemica; di qui l'esigenza del legislatore di intervenire nella regolazione dei comportamenti che l'imprenditore deve necessariamente osservare nello svolgimento dell'attività, sia in relazione alla congruità ab origine degli assetti aziendali per un corretto svolgimento delle attività, sia con riferimento al monitoraggio costante dell'andamento aziendale, sì da poter intervenire in maniera tempestiva in situazioni di crisi.

La riforma dell'art. 2086 c.c. pone una serie di questioni interpretative. Innanzitutto occorre delineare il contenuto ed i confini dell'obbligo di adeguatezza sancito dalla norma; incontestato il fatto che la disposizione si esprima in termini di doverosità del comportamento dell'imprenditore, gli unici riferimenti normativi atti a delineare e graduare il contenuto e l'ampiezza dell'obbligo di adeguatezza degli assetti riguardano la natura e le dimensioni dell'impresa. Trattasi quindi di un obbligo a contenuto aperto e pertanto variabile a seconda delle dimensioni dell'impresa ed alla sua natura (per tale dovendosi per lo più intendere il tipo di attività esercitata), correttamente assimilato, sotto il profilo strutturale, al modello delineato dall'art. 2087 c.c. in tema di tutela delle condizioni di lavoro<sup>(4)</sup>.

La formulazione "in bianco" della norma <sup>(5)</sup>, in relazione al dovere di adeguatezza, comporta evidenti ricadute in termini di ampiezza del sindacato giudiziale sulle scelte gestorie dell'imprenditore, innegabilmente più invasivo rispetto al passato e probabilmente

---

<sup>2)</sup> L'art. 14 della legge delega 19 ottobre 2017 n. 155, prevedeva infatti che, "Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, il Governo procede alle modifiche delle seguenti disposizioni del codice civile rese necessarie per la definizione della disciplina organica di attuazione dei principi e dei criteri direttivi di cui alla presente legge, in particolare prevedendo: .... b) il dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale".

<sup>3)</sup> Secondo cui "Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni centottanta giorni, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate".

<sup>4)</sup> In tal senso P. TULLINI, *Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c. c. Prima lettura*, in RIDL, 2020, I, 135 e ss.

<sup>5)</sup> Colloca l'art. 2086 co. 2 c.c. tra le "norme in bianco", integrabili secondo la prassi che verrà a formarsi nelle aule di Tribunale M. CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in NLCC, 2019, 1163.

orientato a valutazioni di maggiore pregnanza di merito, presupponendo un giudizio più penetrante rispetto alle scelte organizzative rimesse all'imprenditore<sup>(6)</sup>.

I nuovi doveri organizzativi necessariamente impattano sui poteri gestori dell'imprenditore in relazione al fattore lavoro, sia in vista dell'obiettivo della conservazione dei livelli occupazionali <sup>(7)</sup>, sia, in particolare, con riferimento ai singoli atti di gestione, che riguardino, ad esempio, i trasferimenti, il mutamento di mansioni, i licenziamenti, sia individuali che collettivi <sup>(8)</sup>. In dette ipotesi, infatti, i nuovi doveri organizzativi posti in capo all'imprenditore condurranno inevitabilmente la magistratura ad un ulteriore e più invasivo vaglio di legittimità dell'operato imprenditoriale, posto che il singolo atto di gestione del rapporto di lavoro deve presupporre, a monte, il rispetto dei doveri organizzativi di cui all'art. 2086, co. 2, c.c. Il rischio che una tale prospettiva interpretativa incida corposamente sulla libertà d'impresa, costituzionalmente tutelata, è quindi di immediata percezione, come confermato dai primi interventi sul tema, con i quali si ipotizzano azioni risarcitorie, sia individuali che collettive, nelle ipotesi di violazione dell'obbligo di cui all'art. 2086, co. 2, c.c., che addirittura incidano *“sulla sfera personale e patrimoniale dell'imprenditore”*<sup>(9)</sup>.

Evidentemente omettendo di considerare che *“nella protezione costituzionale è insita l'accettazione del rischio di insuccesso, coerente con la stessa nozione di impresa”*, e che comunque non potrebbe essere ritenuta libera *“un'attività per sua natura suscettibile di condurre a risultati negativi se questi ultimi ricevessero un trattamento in qualche modo punitivo”*<sup>(10)</sup>.

Il sindacato giudiziale sui nuovi doveri organizzativi di cui all'art. 2086 c.c. in relazione agli atti di gestione che incidono sul personale, dovrebbe viceversa, nel rispetto del principio costituzionale della libertà di impresa, attenersi ai principi già espressi dalla giurisprudenza nell'interpretazione dell'art. 2381 co. 5 con riferimento agli amministratori, escludendo qualsivoglia responsabilità di natura *“oggettiva”* dell'imprenditore legata a scelte successivamente rivelatesi infelici o anche inopportune sotto il profilo strategico.

Secondo tale orientamento, ferma restando l'insindacabilità delle scelte strategiche discrezionali, anche ove queste ultime presentino profili di alea economica superiori alla

---

<sup>6)</sup> Ritiene impossibile scindere sindacato di merito e di legittimità con riferimento alle decisioni imprenditoriali cfr. G. FERRARO, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010 n. 183*, a cura di M. CINELLI e G. FERRARO, Torino, 2011, pag. 8.

<sup>7)</sup> C. ROMEO, *L'attuale dimensione del lavoro subordinato e no: la ricerca di nuove tutele*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, p. 1055 e ss.

<sup>8)</sup> P. TULLINI, op. cit., p. 1147 e ss.

<sup>9)</sup> cfr. sul punto, F. AIELLO, B. LAUDI, G. MAZZI e F. PETROLI, *Prime osservazioni sul nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, con particolare riferimento ai riflessi della crisi sul rapporto di lavoro*, in *Newsletter Wikilabour.it* n. 7 del 25 marzo 2019, che intravedono, nelle situazioni di insolvenza dell'imprenditore, la possibilità *“di avviare azioni nei confronti del soggetto imprenditore, per ottenere il risarcimento dei danni subiti dai lavoratori in seguito alla dichiarazione di insolvenza. Si pensi all'ipotesi di licenziamenti legittimi perché giustificati dallo stato di crisi. Stato di crisi però causato dalla cattiva gestione dell'imprenditore, una responsabilità, a favore dei lavoratori, per la perdita occupazionale e reddituale. Insomma, una sorta di danno punitivo, che potrebbe invadere la sfera patrimoniale e personale dell'imprenditore”*.

<sup>10)</sup> Così E. GRAGNOLI, *L'insopprimibile libertà di cessare l'impresa e l'illiceità del divieto di licenziamento*, in *Divieto di licenziamenti e libertà d'impresa nell'emergenza Covid, Principi Costituzionali*, a cura di G. PROIA, Torino, 2020, p. 90.

norma, la singola scelta di gestione è insindacabile, in primo luogo, “*solo se essa è stata legittimamente compiuta*” e, sotto altro aspetto, “*solo se non è irrazionale*”<sup>(11)</sup>.

In difetto di tali presupposti, l’operato dell’imprenditore sarebbe sanzionabile, in quanto da ritenersi “*non in linea con i doveri gestori oggi predicati dall’art. 2086 c.c.*”<sup>(12)</sup>.

## **2. LA SOSPENSIONE DI FATTO DEL DOVERE DI ADEGUATEZZA DEGLI ASSETTI AZIENDALI NELL’ERA PANDEMICA.**

L’entrata in vigore delle norme contenute nel D. L.gvo 14/2019 è stata ab origine bipartita, prevedendosi l’operatività di un primo gruppo di norme di carattere organizzativo, ivi compreso l’art. 2086 c.c., dal 16.3.2019, e viceversa postergando l’efficacia della restante parte del decreto al 15.8.2020<sup>(13)</sup>.

La scelta di prevedere un diverso termine di entrata in vigore delle disposizioni contenute nel D. L.gvo 14/2019 ha una sua logica, dovendo le imprese procedere in prima battuta ad attuare le misure organizzative previste dal decreto, per poi gradualmente attivare gli strumenti di allerta ivi previsti<sup>(14)</sup>.

Con l’irrompere della crisi pandemica, l’entrata in vigore delle disposizioni del decreto 14/2019, già prevista per il 15 agosto 2020, è stata poi differita all’1 settembre 2021

---

<sup>11)</sup> Così Trib. Roma, sez. specializzata in materia di imprese, ord. del 8 aprile 2020, che ha ritenuto illegittimo l’operato degli amministratori di una società, che avevano effettuato l’assunzione di un numero esorbitante di personale a tempo indeterminato in una situazione di sostanziale inattività della società. In termini, Cass. civ. 22 giugno 2017 n. 15470.

<sup>12)</sup> Trib. Milano, sez. specializzata in materia di imprese, ord. del 18 ottobre 2019, con la quale è stato revocato l’amministratore di due società, con contestuale nomina di un amministratore giudiziario.

<sup>13)</sup> L’art. art 389 del d. lgvo 12 gennaio 2019 n. 14, prevede, al comma 1, che “*Il presente decreto entra in vigore decorsi diciotto mesi dalla data della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, salvo quanto previsto al comma 2. Il comma 2 prevede che gli articoli 27, co. 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387, e 388 entrano in vigore il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del presente decreto*”.

<sup>14)</sup> In tal senso, M. BIANCA, *Allerta e dintorni: l’adozione delle misure idonee alla tempestiva rilevazione della crisi da parte dell’imprenditore individuale*, in *Orizzonti di diritto commerciale*, 2020. 1, p. 60.

dal cd. decreto rilancio<sup>15)</sup>, con contestuale adozione di una serie di ulteriori disposizioni urgenti per garantire la continuità delle imprese colpite dall'emergenza COVID – 19 <sup>16)</sup>.

Il rinvio dell'entrata in vigore del codice della crisi non ha quindi intaccato l'operatività dell'art. 2086 c.c., nella versione novellata, come innanzi detto già in vigore dal 16 marzo 2019.

Tuttavia, non ci si può esimere dal rilevare come gli obblighi di adeguatezza ivi previsti siano stati profondamente incisi da una serie di provvedimenti emessi dall'inizio della pandemia ed in particolare dal divieto di licenziamento, introdotto in prima battuta dall'art. 46 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020 n. 27 e successivamente prorogato – pur con alcune variazioni – da ultimo con

---

<sup>15)</sup> Cfr. art. 5 del d.l. 8 aprile 2020 n. 23, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2020 n. 40, che ha novellato l'art. 389 del d. lgvvo 12 gennaio 2019 n. 14.

<sup>16)</sup> Trattasi degli artt. articoli 6 (sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione in presenza di perdite rilevanti), 7 (disapplicazione del postulato della continuità) e 8 (postergazione dei finanziamenti soci).

<sup>17)</sup> I commi 309, 310 e 311 dell'art. 1 della legge 30 dicembre 2018 n. 178 prevedono testualmente che: *“Fino al 31 marzo 2021 resta precluso l'avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, e restano altresì sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020, fatte salve le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto di appalto. Fino alla medesima data di cui al comma 309, resta, altresì, preclusa al datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, la facoltà di recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e restano altresì sospese le procedure in corso di cui all'articolo 7 della medesima legge. Le sospensioni e le preclusioni di cui ai commi 309 e 310 non si applicano nelle ipotesi di licenziamenti motivati dalla cessazione definitiva dell'attività dell'impresa, conseguenti alla messa in liquidazione della società senza continuazione, anche parziale, dell'attività, nei casi in cui nel corso della liquidazione non si configuri la cessione di un complesso di beni o attività che possano configurare un trasferimento d'azienda o di un ramo di essa ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile, o nelle ipotesi di accordo collettivo aziendale, stipulato dalle organizzazioni sindacali di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro, limitatamente ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo; a detti lavoratori è comunque riconosciuto il trattamento di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22. Sono altresì esclusi dal divieto i licenziamenti intimati in caso di fallimento, quando non sia previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa, ovvero ne sia disposta la cessazione. Nel caso in cui l'esercizio provvisorio sia disposto per uno specifico ramo dell'azienda, sono esclusi dal divieto i licenziamenti riguardanti i settori non compresi nello stesso.*

l'art. 1 commi 309, 310 e 311 della legge 30 dicembre 2020 n. 178, di bilancio di previsione per l'anno 2021<sup>(17)</sup>.

Notizie di stampa anticipano un'ulteriore proroga del divieto di licenziamento sino al 30 giugno 2021, non essendo state nelle more adottate ulteriori e diverse misure idonee ad eliminare il divieto generalizzato di licenziamento economico o quanto meno a limitarlo a determinati settori, in cui effettivamente l'attività sia stata compromessa dall'emergenza epidemiologica.

Inascoltate dal Governo rimangono, allo stato, una serie di proposte alternative che prevedono misure diverse a seconda delle specifiche situazioni venutesi a creare all'esito dell'emergenza epidemiologica; non ha alcun senso, infatti, disporre la proroga del divieto di licenziamento in situazioni in cui vi è già certezza sulla impossibilità della ripresa dell'attività, potendosi in tali ipotesi viceversa ipotizzare interventi di rimodulazione dell'entità e della durata dei trattamenti di disoccupazione, ovvero di riattivazione degli assegni di ricollocazione<sup>(18)</sup>, lasciando il blocco dei licenziamenti e la proroga della Cassa Covid- o comunque di misure alternative di welfare di sostegno al reddito<sup>(19)</sup>- solo in favore delle aziende che, pur trovandosi in una situazione di difficoltà dopo il periodo di emergenza, abbiano comunque optato per il prosieguo dell'attività e il recupero della continuità aziendale.

In disparte le non poche questioni relative all'interpretazione delle norme di proroga del divieto di licenziamento, a partire dal decreto rilancio, la dottrina è sostanzialmente concorde nel ritenere che l'inibizione del potere di recesso "*economico*" individuale e collettivo mediante l'introduzione di un divieto generalizzato sia conforme a principi costituzionali antagonisti, costituendo una misura straordinaria di ordine pubblico, giustificata dalla eccezionalità del momento ed adeguatamente bilanciata tra diritto al lavoro (2, 4 e 35 co. 1. Cost.) e libertà di impresa (41, co. 2, Cost.)<sup>(20)</sup>; tuttavia, è altrettanto correttamente diffusa l'opinione secondo la quale la tenuta costituzionale delle disposizioni in tema di divieto di licenziamento economico nell'era emergenziale vada necessariamente valutata in relazione alla temporaneità della misura, atteso che la proroga

---

<sup>18)</sup> In tal senso, BENTIVOGLI, P. ICHINO e L. VALENTE, *Come proteggere il Lavoro*, Repubblica del 9 marzo 2021.

<sup>19)</sup> Cfr., sul punto, E. BALLETTI: *Divieto di licenziamento e libertà di impresa*, in *Divieto di licenziamento e libertà d'impresa nell'emergenza Covid. Principi costituzionali*, a cura di G. PROIA, Torino, 2020, p. 106.

<sup>20)</sup> A. GARILLI, *Il blocco dei licenziamenti: profili storici e sistematici*; R. PESSI: *Divieto di licenziamenti e libertà di impresa. Principi costituzionali*; M. MAGNANI: *Divieto di licenziamento e libertà di impresa: Principi costituzionali*, in *Divieto di licenziamento e libertà d'impresa nell'emergenza Covid. Principi costituzionali*, a cura di G. PROIA, Torino, 2020. Ritiene che la verifica della compatibilità costituzionale della disciplina in tema di divieto di licenziamento debba effettuarsi in una prospettiva più ampia, non solo di bilanciamento tra libertà di iniziativa economica e tutela del lavoro, ma anche con riferimento "*agli interessi e diritti di carattere sociale ed economico e di tutela della collettività, complessivamente assunti dalla normativa emergenziale*" F. SCARPELLI, *Il licenziamenti economici come (temporanea) extrema ratio: le proroghe del blocco dal d.l. n. 104/2020 alla legge di Bilancio*, in *Labor*, 2021, 1, p. 16.

sine die del divieto, oltre a non risolvere il problema occupazionale, ne snaturerebbe la natura di misura eccezionale, minandone in radice la ragionevolezza<sup>(21)</sup>.

In tale contesto, deve ritenersi che l'obbligo di adeguatezza di cui all'art. 2086 co. 2. c.c. non possa ritenersi esigibile avendo subito, di fatto, una sterilizzazione, nella misura in cui, anche a fronte di una difficile situazione economica che necessariamente impatta sugli assetti aziendali, all'imprenditore è inibita la possibilità di (ri)dimensionare gli organici in relazione alle diminuite ovvero compromesse attività aziendali.

Il problema, come è evidente, si porrà nel momento immediatamente successivo alla scadenza del divieto di licenziamento, in cui l'imprenditore, dopo un anno buio legato alla pandemia, dovrà gradualmente riprendere le proprie attività adeguando gli assetti aziendali alla inevitabile stretta delle attività che l'emergenza ha portato.

### 3. LE MUTAZIONI GENERICHE DELL'ATTUALE DIRITTO DEL LAVORO.

Proprio in coincidenza con il cinquantesimo anniversario dall'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori <sup>(22)</sup> appaiono oggi più marcati i segnali della profonda mutazione dei confini e dei contenuti della nostra materia, nel segno di una permanente destrutturazione dei tradizionali pilastri portanti. Ed infatti, dal moderato *restyling* degli anni ottanta-novanta, si è passati a talune operazioni legislative sempre più invasive. Queste ultime sono, poi, approdate sullo scenario della nuova questione sociale, ineluttabilmente determinata da un forzato *welfare* in ragione della drammatica crisi epidemiologica <sup>(23)</sup> che, *oborto collo*, ha stravolto le nostre abitudini e non solo sul fronte lavorativo, ma anche su umano e sociale.

Senza poter mancare di osservare che una delle manifestazioni più evidenti della predetta mutazione riguarda, a ben vedere, il superamento della dicotomia classica tra subordinazione e autonomia, nel contesto di una ricerca di tutele che si ponga al di fuori della subordinazione. Tale nuova (e rivoluzionaria) fase del diritto del lavoro, nel tempo dell'innovazione e della crisi, *“sconvolge il difficile equilibrio tra imprese e lavoro, ma non già per le inedite modalità di svolgimento delle prestazioni, quanto per il diverso*

---

<sup>21)</sup> Secondo A.PERULLI, *Sospensione dei licenziamenti e tutela costituzionale del lavoro*, in *Divieto di licenziamento e libertà d'impresa nell'emergenza Covid. Principi costituzionali*, a cura di G. PROIA, Torino, 2020, p. 81, “..Il blocco, se fosse prolungato oltre limiti di ragionevolezza, offrirebbe probabilmente il destro ad un giudizio di incostituzionalità per lesione dell'art. 41”; in giurisprudenza, cfr. sentenza 15 dicembre 2020 n. 283 del Tribunale di Barcellona, che ha disapplicato la disposizione nazionale introdotta dall'art. 2 del Real Decreto Ley 27 marzo 2020 n. 9, successivamente prorogata, che ha introdotto il divieto di licenziamento per motivi economici nel periodo di emergenza sanitaria legata al Covid-18, ritenendola incompatibile con l'art. 38 della Costituzione spagnola e con gli artt. 3 co. 3 del Trattato dell'Unione e 16 della Carta di Nizza.

<sup>22)</sup> Per una panoramica complessiva, dal taglio storico e ricostruttivo, dalla gestazione alla nascita e alle progressive evoluzioni, cfr. F. CARINCI, *Fiftyyears of the Workers' Statute (1970-2020)*, in *ItalianLabour law e-Journal*, vol. 13 no 2, del 21/12/2020.

<sup>23)</sup> Si segnala sul punto la pubblicazione del commentario a cura di D. GAROFALO, V. FILI', F. SEGHEZZI e M. TIRABOSCHI, *Welfare e lavoro nell'emergenza epidemiologica*, ADAPT LabourStudies e-Book Series, 2020.

*fenomeno dell'assoluta eterogeneità dei servizi richiesti che, a ben vedere, mette in dubbio la dicotomia concettuale tra subordinazione - autonomia, nel segno di un'assoluta insufficienza del modello classico desumibile dallo storico contrasto tra la norma dell'art. 2094 e quella dell'art. 2222 del Codice Civile"* (24). Ed infatti è del tutto implausibile che il lavoratore, subordinato o no, rimanga sguarnito - a fronte di una moltiplicazione legislativa scoordinata sul tema (25) - dalle necessarie tutele per il lavoro prestato. Pertanto, gli sfumati e tenui confini tra i due poli del lavoro, un tempo decisamente opposti, non possono pregiudicare la ricerca e conseguente individuazione di una tutela unanime che garantisca la persona del lavoratore, specie sul piano delle frequenti incursioni che devono comunque salvaguardare la *privacy* dei soggetti interessati.

La denunciata evenienza, tuttavia, non scioglie i dilemmi che agitano gli animi dei giuslavoristi italiani sulla necessità di una riqualificazione non più secondo il tradizionale metodo dell'indagine: subordinazione vs. autonomia. Quindi, è d'obbligo trovare una soluzione alternativa che superi la classica dicotomia di sempre, prendendo le mosse da una prospettiva svicolata dall'indagine tradizionale e proiettata sull'onda di un'emergente dimensione, liberata dai lacci e laccioli dell'imperativo categorico, decisamente condizionato dalla necessità dell'indagare sulla qualificazione giuridica della fattispecie a qualunque costo.

Sulla scia di quest'ultima considerazione è possibile evidenziare due e ben distinti profili: il primo di ordine pragmatico, legato ad una possibile modalità dell'esecuzione del contratto di lavoro subordinato decisamente contrassegnato dalla massima flessibilità di utilizzo; il secondo di natura metodologica che prescinda da ogni esigenza di ordine definitorio della fattispecie.

Quanto al primo profilo è appena il caso di osservare che l'attuale processo tecnologico, volto ad una sempre più invasiva (e obbligata) digitalizzazione dei sistemi produttivi delle imprese, caratterizzate per il diffuso (e insostituibile) impiego di tecnologie dell'automazione e della robotica, favorisce il crescente affermarsi dello *smartworking*, meglio nella definizione italiana di lavoro agile (26). Tale soluzione che, a ben vedere, consente di controllare a distanza il processo produttivo tramite sistemi informatici, sta notevolmente influenzando e trasformando i caratteri originari del rapporto di lavoro, nonché la stessa dialettica tipica del rapporto impresa-lavoro (27), conseguenza della richiamata digitalizzazione. Ed infatti l'impresa, pena la sua espulsione dal mercato, è decisamente costretta a ridefinire, per essere concorrenziale, le proprie strategie di sviluppo e i modelli di *business* (28), al fine di conseguire adeguati paradigmi produttivi in

---

24) Il corsivo è in un mio precedente scritto: L'attuale dimensione del lavoro subordinato e no: la ricerca di nuove tutele, in *Lav giur.*, 2020, 11, p. 1055.

25) Tra gli osservatori più sensibili ai frenetici impulsi di rinnovamento, F. CARINCI, *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla subordinazione alle subordinazioni*, in *ADL*, 2018, n.4-5, p. 961 e ss.

26) Mi permetto di rinviare al mio intervento C. ROMEO, *Il lavoro agile in ambito privato e pubblico*, in *Mass. Giur. lav.*, 2017, n. 12, p. 824 e ss.

27) Sullo specifico e da ultimi vedi gli interventi di V. DE LUCA, A. IACOBELLIS, M. DE ANGELIS e R. DI VUOLO, *Lo smartworking*, in Guida al Lavoro, 19 giugno 2020, da p. 40 e ss. ove si osserva come "lo Smart Working entra a gamba tesa nell'era dell'industry 4.0, la cosiddetta quarta rivoluzione tecnologica, caratterizzata dal fatto che il mondo reale si trasforma in un sistema informativo esteso".

28) Il processo *in itinere* di trasformazione del lavoro è oggi al centro del dibattito giuslavoristico. Nell'impossibilità di richiamare l'ampia dottrina sul punto, si veda, per uno sguardo sovranazionale, M. Weiss, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *DRI*, 2016, n. 3, 651 e ss.; per il dibattito nazionale si vedano le relazioni di D. Garofalo, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, F. Basenghi, *Decentramento organizzativo e autonomia collettiva* e F. Borgogelli, *Modelli organizzativi e tutele*

sintonia con i tempi <sup>(29)</sup>. Limite invalicabile di tale modalità consiste nell'impedire un'eccessiva invadenza, sul piano di una connessione continua del lavoratore in modalità *smartworking*, e ciò a seguito di un'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali. Fondamentali, a tal fine, appaiono le regole, anche sul piano degli accordi negoziali: sulle forme di esercizio del potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro; sui tempi di riposo; sulle misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la "disconnessione" del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro. Rimane fermo il principio, decisamente consolidato nel nostro ordinamento, del divieto di indagini sulle opinioni di cui all'art. 8 dello Statuto che, nell'ipotesi del lavoro agile, deve leggersi come divieto del trattamento dei dati personali, in violazione del principio di necessità, secondo cui i sistemi informativi e i programmi informatici devono sempre essere configurati riducendo al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi in relazione alle finalità perseguite. In realtà, come è stato scritto da altri, *"la normativa in materia di protezione dei dati personali dettata dal Regolamento europeo 679/2016 (GDPR) impone al datore di lavoro di mettere in atto misure tecniche e organizzative idonee a garantire un livello di sicurezza dei dati trattati, adeguato al rischio e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche e tenendo conto dello stato dell'arte, dei costi di attuazione e del contesto e finalità del trattamento"* <sup>(30)</sup>. Da qui la percezione che la soluzione del lavoro agile, pur nelle espresse criticità connesse alla sua implementazione dal punto di vista *privacy*, potrebbe indubbiamente costituire la via più facile non solo come soluzione rimediale alla crisi della prima metà dell'anno 2020, ma potrebbe indubbiamente costituire la base per indubbi benefici da realizzare attraverso tale modalità di lavoro e sull'opportunità di incentivare tali pratiche anche una volta usciti dall'attuale crisi emergenziale.

Quanto al secondo profilo diviene logico - quasi obbligato - l'approdo ad una nuova dimensione del lavoro autonomo, sia pure nel contesto socio-economico dell'attuale capitalismo moderno che stiamo vivendo in questi ultimi anni, e nella percezione di dover finalmente superare il noto pregiudizio culturale della dottrina giuslavoristica italiana che la massima forma della tutela si debba necessariamente concretare nella qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato. Orbene, a fronte delle sempre più stringenti esigenze dello sviluppo economico, oramai a proiezione globale, non appare certo implausibile

---

*dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in Giornate di Studio Aidlass 2017, *Frammentazione organizzativa e Lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Cassino, 18-19 maggio 2017.

<sup>29)</sup> *"E' noto che a partire dal mese di febbraio di quest'anno sono stati emanati numerosi provvedimenti emergenziali allo scopo di contenere la diffusione del Covid-19. Tutta la normativa straordinaria ed urgente cerca di coniugare la salvaguardia dell'attività lavorativa (soprattutto nei settori considerati essenziali, come quello relativo all'attività della resistente) con le esigenze di tutela della salute e di contenimento della diffusione dell'epidemia. In tale contesto, il ricorso al lavoro agile, disciplinato in via generale dalla legge 22 maggio 2017, n. 81, è stato considerato una priorità. Per ovvie ragioni, tale modalità lavorativa non può, né poteva, essere imposta in via generale ed indiscriminata; cionondimeno la stessa è stata, reiteratamente e fortemente, raccomandata ed addirittura considerata modalità ordinaria di svolgimento della prestazione nella P.A. (cfr. art. 87 D.l. 18/2020). Inoltre, ai sensi dell'art. 39, co. 2, D.l. ult. cit., lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa è riconosciuta la priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile ai sensi degli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81" (il comma precedente disciplina il diritto allo svolgimento di siffatta tipologia di lavoro nel caso di lavoratori, o loro familiari, nelle condizioni di cui all'art. 3, co. 3, della L. 104/1992). Il corsivo è tratto dalla sentenza del Tribunale lavoro Grosseto del 23 aprile 2020, in Il Sole 24 Ore, Guida al Lavoro, 2020, n. 20, pg. 66.*

<sup>30)</sup> M. MAIOLETTI, *Smart working: di necessità virtù – le regole a tutela della privacy*, in Diritto24, 7 aprile 2020, in [ilsole24ore.com](http://ilsole24ore.com).

poter ritagliare una dimensione negoziale del lavoro autonomo che aspiri a preservare la persona del lavoratore non subordinato, ma autonomo. Il tutto nell'ambito del traffico economico, di nuovi assetti e categorie giuridiche, nonché di nuove dimensioni di responsabilità contrattuale per abuso di diritto ed in particolare dall'abuso di dipendenza economica, con conseguente violazione dalla carenza di buona fede contrattuale. E' questa la via da intraprendere al fine di enucleare una nuova potenziale dimensione delle tutele, ma questa volta declinate a favore dei lavoratori autonomi.

La legge del 22 maggio 2017, n. 81 sui lavoratori autonomi, non imprenditori, si preoccupa di garantire condizioni contrattuali eque per la prestazione di lavoro autonomo, *"tutelando innanzi tutto l'effettività dell'adempimento dell'obbligazione principale"* <sup>(31)</sup>, attraverso la previsione di un compenso equo, implicitamente ispirato ai canoni dell'art. 36 Cost.. La legge indubbiamente rappresenta un momento fondamentale per il diritto del lavoro italiano, perché per la prima volta il legislatore italiano si occupa specificamente del lavoro autonomo, non già nell'accezione di contratto d'opera ex art. 2222 c.c. in posizione di parità contrattuale tra le parti negoziali, bensì in un'ottica di tutela delle condizioni dei lavoratori autonomi. Com'è noto il testo - stralciato dai codici del lavoro ad eccezione degli artt. 18 e ss. sul lavoro agile - prevede: agevolazioni fiscali, il diritto all'indennità di maternità, a prescindere dall'astensione dall'attività lavorativa, nonché la sospensione della prestazione per un periodo massimo di 150 giorni salvo che venga definitivamente meno l'interesse del committente. Infine l'art. 3, comma 4°, legge n. 81 del 2017, estende al lavoro autonomo, sia pure "in quanto compatibile", la norma in materia di *"dipendenza economica"* prevista dalla legge sulla subfornitura art. 9, legge 192/1998, e configurando ufficialmente nel nostro ordinamento giuridico *"la nozione di "lavoratore autonomo economicamente dipendente", in linea con le sollecitazioni da tempo espresse dagli organismi comunitari"* <sup>(32)</sup>. La complessiva percezione è che sia stata appositamente ritagliata una nuova dimensione del lavoratore autonomo dalle quale emergono regole e principi in sintonia con le teorie socio-economiche del lavoro subordinato.

#### **4. CRISI PANDEMICA E NUOVE FRONTIERE DELLA SUBORDINAZIONE.**

Non appare trascurabile segnalare che proprio gli ultimi scorcio dell'anno *horribilis* 2020 hanno segnato una vera e propria mutazione genetica del diritto del lavoro. A ben vedere tale evenienza configura un ulteriore passo in avanti rispetto all'evoluzione delineata nel precedente paragrafo, ed è specificamente il frutto di un decisivo e coraggioso orientamento della giurisprudenza di merito che ha colto - ponendosi in discontinuità con precedenti (e più blasonati) arresti giurisprudenziali e nel segno di un'evidente

---

<sup>31)</sup> Così P. STARAPOLI, *La tutela del lavoro autonomo e l'equo compenso*, in Guida al lavoro, 2018, n. 27 p. 12 e ss. che rileva come *"la previsione di un compenso equo per il professionista lascerebbe svuotata di significato concreto l'affermazione del diritto se questa non fosse accompagnata da un adeguato corollario di tutela e garanzia del principio e della sua pretendibilità. La norma, oltre a presumere l'unilateralità della predisposizione delle convenzioni da parte dei contraenti forti così come individuati dal primo comma, dispone il divieto delle clausole vessatorie, ponendo (al quarto comma) un criterio generale per individuare questo tipo di clausole, quando determinano, anche in ragione della non equità del compenso pattuito, un significativo squilibrio contrattuale a carico del professionista"*.

<sup>32)</sup> A. C. SCACCO, *Jobs act autonomi, la dipendenza economica del lavoratore*, in Guida al lavoro, 2017, n. 27 da p.

interpretazione evolutiva - nelle prestazioni di lavoro dei ciclo-fattorini i profili della subordinazione piena ex art. 2094 c.c.. Si tratta dell'ormai nota sentenza del Tribunale di Palermo del 24 novembre 2020, n. 3570 <sup>(33)</sup> che sottolinea il dato dell'incorporazione della prestazione di lavoro in una organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo e decisionale.

Orbene, il provvedimento giurisdizionale in esame, essenzialmente rivolto ad un oggettiva valutazione del fatto materiale, riconosce implicitamente - ed è questo l'aspetto più interessante - che invece sarebbe approdato ad un diverso risultato ove mai dalla ricognizione istruttoria fosse emerso che il *rider* (ricorrente nella controversia *de qua*) era effettivamente libero di scegliere se e quando lavorare. In disparte, poi, ogni ulteriore considerazione che peraltro trova radice nel consolidato convincimento <sup>(34)</sup> della giurisprudenza che così si ritiene di sintetizzare: “*non può escludersi a priori che, a fronte di specifica domanda della parte interessata, si possa pervenire al risultato fondato sul parametro normativo dell'art. 2094 c.c., e che quindi il giudice accerti in concreto la sussistenza di una vera e propria subordinazione senza alcuna limitazione qualificatoria*”.

Il risultato è dirompente. La decisione qui in commento “*supera l'impostazione fatta propria dalla giurisprudenza maturata nel caso Foodora, riconoscendo la sussistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato tra il rider e la Società esercente la piattaforma e ravvisando l'esercizio, da parte di questa, dei tipici poteri datoriali*” <sup>(35)</sup>. Tutto ciò attraverso l'accertamento istruttorio di un potere direttivo datoriale che si manifesta attraverso un algoritmo che regola l'organizzazione del lavoro, oltre al dato emergente dell'assenza in capo al rider di un'effettiva libertà di determinare autonomamente se e quando lavorare. Sulla scia di tale soluzione è chiaro che risposte appaganti possono essere date solo soppesando attentamente tutte le circostanze di fatto che consentono di appurare se vi sia un'effettiva libertà di scelta, oppure se l'assenza di un obbligo di rendere la prestazione non finisca per essere meramente apparente.

In conclusione il caso appare paradigmatico, perché potrebbe suggerire ai Tribunali del lavoro la soluzione più semplice e cioè quella di un accertamento di fatto che non lasci dubbi sulle modalità effettive dello svolgimento delle prestazioni di lavoro richieste. Si tratta di un apprezzabile spunto al giustificato fine di offrire una soluzione rimediabile decisamente appropriata riguardo i rassegnati dilemmi qualificatori, soluzione che potrebbe essere utilmente declinata tenendo conto della fase funzionale afferente all'esecuzione del rapporto di lavoro e non già puntando alla ricerca spasmodica un

---

<sup>33)</sup> Per un apprezzabile commento della decisione in argomento si v. G. CAVALLINI, *Libertà apparente del raider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione*, in Giustiziavivile.com, del 21 dicembre 2020, p. 2 e ss.. I giudici siciliani hanno riconosciuto la natura subordinata del rapporto di lavoro laddove non sussista in capo al lavoratore una piena ed effettiva libertà di scegliere, ma solo quella di prenotarsi per i turni che la piattaforma mette a sua disposizione secondo tempistiche e modalità dipendenti da un punteggio determinato anche in base alla sua produttività. Decisamente critico rispetto al *decisum* sopra riassunto è, invece, P. TOSI, *Riders: qualificazione del rapporto e rappresentanza sindacale*, in Guida lav., n.48, 2020, 12 ss.

<sup>34)</sup> Cass., 24 gennaio 2020, n. 1663, in Riv. it. dir. lav., 2020, I, 1, 49 ss., con nota di M.T. CARINCI, tra l'altro di sostanziale conferma della Corte d' Appello lavoro di Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, sempre in Riv. it. dir. lav., 2019, I, 2, 350 ss.

<sup>35)</sup> G. CAVALLINI, *La libertà apparente del rider*, cit. p. 3.

*nomen iuris* da attribuire necessariamente alla fattispecie concreta delle varie modalità del lavoro.