



CENTRE FOR THE STUDY OF  
EUROPEAN LABOUR LAW  
"MASSIMO D'ANTONA"

Working Papers

# La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 267/2015

© Luca Nogler 2015  
Università di Trento  
luca.nogler@unitn.it

WP.CSDLE.MASSIMO.D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X  
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania  
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012  
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)  
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020  
csdle@lex.unict.it  
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



## **La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»<sup>α</sup>**

**Luca Nogler**  
**Università di Trento**

1. L'«autorità del punto di vista giuridico»: un *brand* in cui pulsa l'ermeneutica pre-gadameriana di Emilio Betti..... 2
2. Riscoprire la relazione e il datore di lavoro con una trama integralmente contrattuale e..... 7
3. Segue. ...che sappia integrare con coerenza l'organizzazione nel discorso giuslavoristico. ....13
4. L'art. 2, c. 1 del d. lgs. n. 81 del 2015: una nuova presunzione assoluta. Collaborazioni che si concretino in prestazioni di lavoro esclusivamente personali,.... 16
5. *Segue*. ...continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e luogo di lavoro. L'art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 81 del 2015: nessun problema d'indisponibilità del tipo contrattuale. ....17
6. Recuperare il *facere* del lavoratore: subordinazione e non alienazione (con cenni all'oggetto del contratto di lavoro). ....25
7. Il processo circolare d'interpretazione/qualificazione del contratto di lavoro. Andare oltre Barassi.....28

---

<sup>α</sup> Lo scritto, che è in corso di pubblicazione in ADL 2016-1, riproduce la relazione tenuta al convegno per il ventennale della rivista *Argomenti diritto del lavoro* che si è svolto nell'aula magna della Suprema Corte di Cassazione il giorno 11 giugno 2015.

## 1. L'«autorità del punto di vista giuridico»: un *brand* in cui pulsa l'ermeneutica pre-gadameriana di Emilio Betti.

È impossibile, e sarebbe anzi segno evidente di presunzione, riassumere i primi vent'anni di *Argomenti di diritto del lavoro* (d'ora in poi semplicemente: ADL) con una sola immagine, sintetica e definitiva, con un giudizio netto che semplifichi la complessità di apporti che la rivista ha ospitato in questo ormai lungo lasso di tempo. Lo storico del diritto che si caricherà del compito di rovistare in questi vent'anni, per distinguere i saggi che restano da quelli che passano, non potrà, tuttavia, non constatare che una considerevole parte della rapidità con la quale ADL raggiunse quella che, nell'odierno linguaggio burocratico, si chiama la "fascia" dell'eccellenza, promanò dalla spinta iniziale profusa dalla sua pietra di fondazione: un vibrato *acte d'accusation* della dottrina giuslavoristica italiana. Il saggio d'apertura accostò, infatti, criticamente l'essere del diritto del lavoro al dover essere «razionale» del discorso giuridico stesso<sup>2</sup>. Parametro che, una volta che furono raggiunte le prime posizioni del *seeding* giuslavoristico, fu più provocatoriamente riformulato come «autorità del punto di vista giuridico»<sup>3</sup>. ADL nacque, dunque e questo è rimasto a lungo il suo nucleo più incandescente e vivo, da un esplicito – e come vedremo, salutare – invito all'auto-analisi rivolto al "pensiero giuslavoristico" italiano nei cui discorsi la pur necessaria razionalità topica prendeva troppo spesso, e su svariati profili critici, il sopravvento su quella sistematica che dovrebbe innervare la «razionalità» giuridica. Di qui l'esplicito invito a verificare, evidentemente sulla nuova rivista, i risultati ipotizzati dalla prima «con la disciplina che (...) è stata dettata» per la singola fattispecie astratta<sup>4</sup>.

Ora, questa diagnosi sullo stato di salute del pensiero giuslavoristico conferma appieno l'opinione di Bernd Rütters secondo il quale i giuslavoristi sono «dei vagabondi i quali attraversano i confini [disciplinari] senza permesso di soggiorno»<sup>5</sup>. Infatti, nonostante molti concetti e, soprattutto, richiami all'opera di Luigi Mengoni, il manifesto d'apertura della rivista si fece sostanzialmente paladino della ricerca della

---

<sup>2</sup> In *Arg. dir. lav.*, 1995, pagg. 1 segg.

<sup>3</sup> In *Arg. dir. lav.*, 2000, pagg. 1 segg.

<sup>4</sup> M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., pag. 7.

<sup>5</sup> B. RÜTTERS, *35 Jahre Arbeitsrecht in Deutschland*, in *Recht der Arbeit*, 1995, pag. 326; riprendo la citazione da J. GOMES, *Direito do trabalho*, Coimbra, 2007, pag. 11 nt. 3.

«vera» soluzione regolativa<sup>6</sup> che l'interprete avrebbe dovuto cogliere praticando scrupolosamente, e cioè senza ghiribizzi, la «fedeltà alla legge»<sup>7</sup>. Questa impostazione metodologica segnò, senza ombra di dubbio, il ritorno all'ermeneutica giuridica pre-gadameriana di Emilio Betti. Ermeneutica che è, infatti, incentrata proprio sulla distinzione tra la fase iniziale del processo di focalizzazione della regola giuridica, nella quale prevalgono gli argomenti pratici (*inventio*) e che è aperta a tutte le soluzioni<sup>8</sup> e quella, successiva, degli argomenti sistematici (*demonstratio*) che «seleziona» le ipotesi decisionali scartando quelle che non rispettano l'ordinamento giuridico preconstituito.

Senonché, distinguendo le due fasi, dei pensieri problematico e sistematico, l'una governata (anche) da argomenti pratici e l'altra (solo) da argomenti di congruenza concettuale, Betti universalizzò la nozione pandettistica della dogmatica giuridica chiusa<sup>9</sup> ed attribuì così alla scienza giuridica un compito essenzialmente *ricognitivo* del significato obiettivo del diritto positivo. I fautori di tale impostazione designano, inoltre, frequentemente l'attività giuridica come una *tecnica*<sup>10</sup>. Ma si tratta di una rappresentazione che falsa in parte la pratica giuridica perché eleva l'uomo-giurista «al di sopra del suo ambiente»<sup>11</sup>, aprendo la strada al rischio di incorrere nel tecnicismo formalista. Proprio per sfuggire a quest'ultimo, Mengoni sposò, invece, il diverso orientamento

---

<sup>6</sup> Così F. CARINCI, *Un giurista doc: Mattia Persiani*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, pag. 118 che non nasconde il suo scetticismo sul punto.

<sup>7</sup> M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., pag. 7; allineato: P. TOSI, *Il metodo nel diritto del lavoro: la lezione di Luigi Mengoni*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, pagg. 874 segg.

<sup>8</sup> Fermo restando che anche «il nuovo è tale rispetto ad un determinato sistema di significati» (G. PRETI, *Praxis e empirismo*, Torino, 1957 rist. Milano, 2007 dalla quale cito e, quindi, pag. 12).

<sup>9</sup> L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, pubblicato in *Id.*, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, pag. 19.

<sup>10</sup> Dissente U. ROMAGNOLI, *La costituzione delegittimata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pag. 837 nt. 14 il quale ribatte secco che il giurista non è un idraulico non riuscendo, tuttavia, a disarmare l'avversario perché cade nell'eccesso opposto d'identificare il diritto con la mera affabulazione. La mente va all'eleganza con la quale C. A. Jemolo si vantava di essere un «artigiano del diritto» (*Allargamento di responsabilità per colpa aquiliana*, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1284). In *Rilettura giuslavoristica di «problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico»*, in *JUS*, 2012, pagg. 59 segg. sostengo che R. travisi in un sol colpo sia il pensiero di Mengoni che quello di Sinzheimer.

<sup>11</sup> Così C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, Milano, 2012, pag. 13 in generale in relazione al rapporto tra l'uomo, che è posseduto dalla tecnica, e la natura. Il tecnicismo può sfociare in un atteggiamento di auto-referenzialità (formalismo) da parte del giurista che deve, al contrario, radicare convincentemente le sue scelte regolative nel contesto inter-relazionale.

metodologico post-gadameriano secondo il quale il passaggio dall'enunciato legislativo all'individuazione della regola (di giudizio) sconta addizioni dell'interprete che sono sollecitate dal modo, non considerato dal legislatore, in cui gli interessi si combinano tra di loro nel caso concreto.

Il giurista trentino, che una parte della dottrina giuslavoristica subiva come «precettore»<sup>12</sup> e che fece parte del primo comitato scientifico di ADL, condivideva senz'altro la profonda convinzione che l'argomentazione sistematica è decisiva per arginare lo spostamento del dibattito giuridico, là dove tutto si può dire e il contrario di tutto<sup>13</sup>. Quest'ultimo rappresenta un pericolo reale, ed attualissimo, in questa interminabile stagione in cui la politica subisce la dittatura del riformismo dei mercati e, quindi, delle forze che spingono per l'integrazione negativa degli stessi. Viviamo una congiuntura in cui dominano su tutte le riviste gli *sprint* neo-esegetici<sup>14</sup> che sono quasi sempre costruiti sull'illusione della verità cognitiva derivante dalla *ratio legis* che spesso viene per di più confusa con l'*intentio* del legislatore. Niente di nuovo ovviamente: parcellizzazione del disposto normativo<sup>15</sup>, frutto dell'illusione prospettica di una ritrovata forza regolativa delle prescrizioni legislative, e rimozione della faticosa ricostruzione di un sistema, che consenta, in quanto tale, di tenere insieme l'intero *output* regolativo ascritto al testo legislativo, sono da sempre presenze costanti nel dibattito giuslavoristico.

Ma di qua, una volta individuata la meta comune, le strade si dividono a raggiera. Mentre il Persiani degli inizi della rivista abbinava il metodo topico e quello sistematico in un *ordo successivus* (cd. teoria della secondarietà), Mengoni, ponendosi nella scia del movimento che ha

---

<sup>12</sup> L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro e il suo ambiente*, in *Scritti in onore di G. F. Mancini*, I, Milano, 1998, pag. 350; U. ROMAGNOLI, *Luigi Mengoni, precettore dialogante*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pagg. 397 segg.

<sup>13</sup> M. PERSIANI, *Osservazioni sulla dottrina giuslavoristica nel trentennio dopo la Costituzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2010/2, pag. 329 dove il fondatore di ADL censura, ancora una volta il fatto che nel discorso giuslavoristico «l'aspetto politico finisce per avere il sopravvento su quello tecnico».

<sup>14</sup> I «problemi immediatamente esegetici» inducono a trascurare quelli «di sistemazione dogmatica» così M. G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979, pag. 10 con giudizio generalizzabile.

<sup>15</sup> Quale esempio eloquente v. la considerazione isolata del «fatto materiale» evocato dall'art. 3, comma 2, del d. lgs. n. 53 del 2015: cade in tale tranello anche V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, WP C.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 259/2015, pag. 29 che ovviamente si richiama alla presunta *ratio* della legge.

preso il nome della rivalutazione della filosofia pratica<sup>16</sup>, sostenne, invece sempre, che la dogmatica giuridica – che rappresenta *uno* dei vincoli del discorso giuridico – deve far ricorso, contemporaneamente, ad argomenti sia giuridici che pratici<sup>17</sup>. Come pose in risalto Mario Grandi su ADL del 2006<sup>18</sup> il giurista trentino optò per una teoria, non della secondarietà, bensì dell'*integrazione* tra i due tipi di argomentazione. La grande novità teoretica, sulla quale Mengoni stesso insistette, con un'enfasi che i suoi lettori non sempre colgono, consiste nel superamento, di contro a Betti, della «separazione tra teoria e prassi postulata dalla dottrina pandettistica sotto l'influsso della filosofia kantiana»<sup>19</sup>. Esse devono combinarsi tra di loro in un processo di andirivieni circolare dall'una all'altra. L'applicazione non coincide perciò con la semplice appropriazione di significati regolativi precostituiti<sup>20</sup>.

L'impostazione bettiana non tiene conto che, siccome «gran parte della vita sociale e dei processi cognitivi non passa (...) dal linguaggio», e risulta anzi «perfino difficile» da esprimere verbalmente<sup>21</sup>, qualsiasi disposizione legislativa è costitutivamente incapace di prescrivere con precisione le regole di condotta che vengono poi tratte dalla stessa. D'altronde, ogni uomo, proprio grazie all'oggetto del diritto, e cioè le relazioni inter-personali che egli instaura, sviluppa un suo essere sociale che quando diventa riconoscibile può imprimere al caso concreto rilevanti specificità innovative rispetto a quelle che sono state prese in considerazione dal legislatore<sup>22</sup>. Insomma, la vita, la quale contiene possibilità praticamente illimitate di simmetrie ma anche di nuove combinazioni, scorre come un fiume e l'interprete deve evitare che il «già noto» soffochi «il non-ancora-noto»<sup>23</sup>.

---

<sup>16</sup> «La filosofia della *praxis* respinge» la dicotomia «"speculativo" e "pratico", per affermare un unico valore, l'"umano"» (G. PRETI, *Praxis e empirismo*, cit., pag. 12).

<sup>17</sup> L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., pagg. 55-56; ID., *Presentazione*, in R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, pag. X

<sup>18</sup> M. GRANDI, *Lavoro e valori: note sulla prospettiva assiologica di Luigi Mengoni*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, pag. 701.

<sup>19</sup> L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., pagg. 34-35.

<sup>20</sup> Cfr. da ultimo G. MELIADÒ, *La riforma della Cassazione e la giustizia del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, pag. 12.

<sup>21</sup> M. AUGÉ, J.-P. COLLEYN, *L'antropologia del mondo contemporaneo*, Milano, 2006, pag. 57 i quali soggiungono che «gran parte dei nostri comportamenti sfuggono alla rappresentazione cosciente, sebbene obbediscano comunque a regole». D'altronde, l'essere umano sa molto di più di quello che può dire: M. POLANYI, *The Tacit Dimension*, Chicago, 2009, pag. 4.

<sup>22</sup> L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, pag. 83.

<sup>23</sup> G. PRETI, *Praxis e empirismo*, cit., pag. 203.

In positivo tutto ciò significa che il discorso metodologico deve, ormai, assegnare alla fase applicativa di una disposizione legislativa una funzione costitutiva delle regole giuridiche che vengono applicate al caso<sup>24</sup>. Ma se è innegabile che l'individuazione delle regole decisionali richiede sempre, se non creatività, sicuramente una fortissima apertura mentale (*in primis*, al diritto comparato<sup>25</sup>) rispetto alla chiusura imposta dalla staticità dell'ordine sistematico preconstituito<sup>26</sup>, occorre anche sottolineare che il giurista può e, anzi, deve attrezzarsi nel suo difficile compito di essere al passo con la realtà. Se sul piano teoretico si tratta di prendere definitivamente atto che il testo di legge è «di regola suscettibile di varianti interpretative tutte compatibili con il suo tenore letterale»<sup>27</sup>, sicché esso è in grado di fungere "solo" da argine rispetto all'arbitrio manifesto<sup>28</sup>, dal punto di vista pratico occorre esercitarsi nel captare gli interrogativi regolativi che vengono posti al testo stesso dal basso. Dopo Gadamer, e poi grazie alle scienze cognitive, siamo entrati in una temperie di pensiero in cui l'interprete deve auto-controllare la propria prefigurazione (scelta di valore) delle conseguenze pratiche della regola che egli ipotizza istintivamente di collegare all'enunciato legislativo (cd. precomprensione).

Sorge di qui l'urgenza di estendere il vincolo della legge all'argomentazione del giudizio retrostante alla decisione regolativa. A tal fine non è più sufficiente che il giudice rispetti la sola forma sillogistica<sup>29</sup>, né che si limiti a riprodurre in motivazione il giudizio retrostante. Occorre che egli riporti la decisione sul piano dell'intersoggettività per renderla

---

<sup>24</sup> G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962.

<sup>25</sup> «Che è meglio di qualsiasi fantasia» (così un gigante della comparazione giuslavoristica: F. GAMILLSCHEG, *Betrieb und Unternehmen. Zwei Grundbegriffe des Arbeitsrechts*, in *Arbeit und Recht*, 1989, pag. 37).

<sup>26</sup> O dell'auto-suggestione di chiarezza in cui si cade quando si partecipa alla stesura del testo legislativo. Particolarmente esposto a tale rischio appare P. ICHINO, *Appunti irriverenti sui nuovi decreti attuativi della riforma del lavoro*, in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it), pag. 7 che prospetta il testo del d. lgs. n. 53 del 2015 come «esemplare per concisione, leggibilità, chiarezza e univocità del contenuto».

<sup>27</sup> L. MENGONI, *Interpretazione della legge e interpretazione del contratto collettivo*, in AA. VV., *Nuovi contributi per l'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro*, Roma, 2000, pagg. 38-39.

<sup>28</sup> G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro It*, V, 1969, col. 112 segg.

<sup>29</sup> Da ultimo, tra i tanti, F. ROSELLI, *Categorie civilistiche e giudizio di legittimità*, *Giust. civ.*, 2015 (1), pag. 53. La realtà non è mai "sì o no" ma sempre un "più o meno" e, quindi, è proprio l'elemento formale - le inferenze vere dipendono esclusivamente dalla forma - che rende certo un determinato esito del giudizio.



così controllabile<sup>30</sup>. Egli deve perciò seguire una precisa struttura argomentativa che espliciti le scelte valoriali e di sistema.

Quest'ultimo può, ed anzi deve essere in movimento oltre le sue frontiere senza far venir meno però la sua funzione di griglia concettuale che tiene insieme la totalità dell'esperienza giuridica in nome del principio supremo d'uguaglianza. Si prenda, inoltre, atto che il venerato sistema ha a che fare con il tempo determinato e che esso deve arricchirsi stabilmente del diritto vivente<sup>31</sup> in modo tale che il discorso giuslavoristico afferri meglio le differenze e torni a concepirsi come *opus* collettivo.

Sottolineo in finale di questa concisa premessa metodologica due importanti profili: il fatto stesso che ADL riuscì a spostare il dibattito giuslavoristico sul piano metodologico era segno evidente che esso era in crisi<sup>32</sup>; in secondo luogo, e come era d'altronde d'attendersi, la sintesi finale segnò una convergenza pressoché totale di Persiani sulle posizioni di Mengoni<sup>33</sup>.

## **2. Riscoprire la relazione e il datore di lavoro con una trama integralmente contrattuale e...**

Al di là di come fu formulata *in apicibus* la sua ragion d'essere metodologica, è indubbio che ADL seppe cogliere con tempestività storica una reale esigenza regolativa la quale "trascinò appresso" alla rivista un grande consenso e molti ammiratori inizialmente nient'affatto scontati: integrare nel discorso giuslavoristico le stesse esigenze del datore di lavoro che, in quanto (altro) *soggetto* della relazione di lavoro, è anch'egli «portatore di valori»<sup>34</sup>.

L'idea che il diritto del lavoro assolve alla "sola" funzione di proteggere la persona del lavoratore dall'autorità del suo datore di lavoro, ricondotta ad un piano extra-giuridico o, comunque, extra-giuslavoristico, affonda le sue radici nella culla del pensiero giuslavoristico e cioè nel

---

<sup>30</sup> Sull'intersoggettività poggia la scientificità delle discipline pratiche (G. PRETI, *Praxis e empirismo*, cit., pag. 105).

<sup>31</sup> M. PERSIANI, *Osservazioni sulla dottrina giuslavoristica nel trentennio dopo la Costituzione*, cit., rispettivamente, pag. 350 e pagg. 338 segg.

<sup>32</sup> K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1996<sup>3</sup>, pag. 75. La crisi era stata preannunciata da M. D'ANTONA, in *Lav. dir.*, 1988, pag. 413.

<sup>33</sup> In M. PERSIANI, *Diritto privato e diritto secondo*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 4-5, pagg. 955-956, il fondatore della rivista si pronuncia, infatti, a favore del superamento della logica comune/speciale.

<sup>34</sup> M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, cit., pag. 15.