



Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i *riders* autonomi

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 410/2020

© Adalberto Perulli 2020
Università di Venezia Ca' Foscari
adaper@unive.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>



Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i *riders* autonomi^α

**Adalberto Perulli
Università Ca' Foscari Venezia**

1. La subordinazione e i suoi interpreti, tra tendenza espansiva del diritto del lavoro e superamento della rigida dicotomia.....	3
2. Prove di "superamento" della subordinazione: le nuove collaborazioni organizzate dal committente (art. 2, d.lgs. n. 81/2015).	9
3. Collaborazioni etero-organizzate e tutela dei <i>riders</i> autonomi: quale coordinamento?.....	17
4. La tendenza espansiva del diritto del lavoro:.....	23
5. Neo polarizzazione tra subordinazione e autonomia o ri-modulazione delle tutele?	26
5.1. L'ipotesi della neo-polarizzazione.	27
5.2. L'ipotesi della ri-modulazione delle tutele.	29
5.2.2. La contrattazione collettiva come vettore di modulazione delle tutele: l'esempio dell'art. 2, co.2, del d. lgs. 81/2017 e i suoi profili critici.	31

^α Lo scritto è la rielaborazione dell'introduzione al Convegno, co-organizzato con la SSM e con il supporto del Gruppo Freccia Rossa, che si è svolto all'Università Ca' Foscari di Venezia il 24 gennaio 2020. Il testo, in una versione ulteriormente rivista, è di prossima pubblicazione nella Collana "Il nuovo diritto del lavoro", Giappichelli editore.

6. Legislazioni a confronto: la dipendenza economica come criterio di espansione delle tutele.	38
7. Oltre la subordinazione: i profili interpretativi.	40
7.1. La prestazione prevalentemente personale.	41
7.2. Il potere di organizzazione: svincolato dal riferimento ai tempi e al luogo.	48
8. I lavoratori autonomi etero-organizzati dalla piattaforma digitale.	54
9. Le nuove tutele per il lavoro (non etero-organizzato) tramite piattaforma digitale: subordinazione o autonomia?	61
10. Le tutele minime per i <i>riders</i>	64

1. La subordinazione e i suoi interpreti, tra tendenza espansiva del diritto del lavoro e superamento della rigida dicotomia.

"Oltre la subordinazione" è un tema che allude ad una tendenza di lunga durata del diritto del lavoro, che probabilmente segna il destino stesso di questa materia nella società post-industriale, o neo-moderna. A cosa ci si vuole riferire? Evidentemente ad una rivisitazione dello schema rigidamente binario su cui il diritto del lavoro è stato costruito nel corso del Novecento e che oggi appare sempre più bisognoso di un aggiornamento, o addirittura di un suo superamento. Se l'*aggiornamento* mantiene inalterata la rigida alternativa tipologica tra subordinazione e autonomia, e indaga soprattutto le tecniche interpretative o legislative volte ad adeguare il concetto di subordinazione per adattarlo ai mutamenti della realtà sociale, la seconda e più radicale prospettiva, quella del *superamento*, mette in discussione il paradigma consolidato per indirizzare il diritto del lavoro verso un sistema policentrico, in cui subordinazione e autonomia cessano di essere concetti radicalmente alternativi, mentre il lavoro "in tutte le sue forme e applicazioni" (art. 35 Cost.) diventa l'oggetto delle tutele.

So bene che questa affermazione è problematica, e che una parte cospicua della dottrina preferisce, ancor oggi, ribadire i consueti assunti secondo i quali tra lavoro subordinato e lavoro autonomo esiste una diversità strutturale insuperabile, che rispecchia assetti di interessi tra le parti non solo diversi ma addirittura contrapposti. Credo, tuttavia, che sia ormai evidente come il diritto del lavoro sia sempre più artificialmente il diritto della (sola) subordinazione di novecentesca memoria, e che il lavoro subordinato e il lavoro autonomo, per una serie di fattori sia oggettivi sia soggettivi, siano categorie destinate non solo a dialogare ma anche a riannodare gli antichi legami che un tempo, nei sistemi di *civil law*, tenevano insieme forme diverse di attività resa a favore di altri (secondo lo schema originario del mandato) nella categoria unificante della *locatio-conductio operis*, così come nei sistemi di *common law* il diritto del lavoro delle origini - la legge del rapporto tra *Master and Servant* - veniva collegato allo *status* delle persone, e non al tipo di contratto in cui l'attività veniva dedotta, e per questo riguardava anche lavoratori autonomi a giornata, artigiani, apprendisti (che non erano affatto lavoratori subordinati come li intendiamo oggi)¹.

¹ Cfr. su questi temi il fondamentale contributo di B. Veneziani, *The Evolution of the Contract of Employment*, in B. Hepple (ed), *The making of Labour Law in Europe*, Mansell Publishing Limited, London and New York, 1986, p. 31 ss.; ma v. anche, nella stesso senso,

Il "superamento" della subordinazione come categoria esclusiva del diritto del lavoro viene quindi da lontano, e anche nella fase industriale, che maggiormente ha contrapposto le categorie del lavoro per rispondere alle esigenze della gerarchia, imponendo l'egemonia del lavoro salariato nella struttura della materia, il diritto del lavoro ha continuato a tessere il filo rosso che lega i due universi asseritamente separati ed oppositivi. Quando alla fine degli anni '50 del secolo scorso il legislatore italiano ha introdotto la categoria delle prestazioni d'opera coordinate e continuative, ripresa in seguito dall'art. 409 n. 3 c.p.c. sia pure con rilievo esclusivamente processualistico, ha di fatto tenuta aperta una prospettiva espansiva del diritto del lavoro che guardava oltre il recinto della sua fattispecie fondativa². Quando nel 2015 è stata coniata la norma sulla prestazione di lavoro organizzata dal committente (art. 2, co1, d. lgs. n. 81), il legislatore non ha affatto prodotto una norma "apparente", né ha inteso ribadire inutilmente un concetto già presente nell'ordinamento, e cioè che il rapporto di lavoro subordinato è etero-organizzato dal creditore della prestazione, ma ha voluto *estendere* la disciplina del lavoro subordinato a fattispecie che ricadevano nell'area grigia tra subordinazione e autonomia, le quali, in mancanza di quella nuova categoria, avrebbero potuto gravitare nell'alveo del lavoro autonomo e rimane, quindi, prive di adeguate tutele. Il caso dei *riders di Foodora* dibattuto nelle aule del Tribunale e della Corte d'appello di Torino, sino alla sentenza della Corte di Cassazione n. 1663/2020, esemplifica bene questa tendenza espansiva del diritto del lavoro tramite categorie impropriamente definite "intermedie" o "terze", le quali, peraltro, non sono una prerogativa italiana: basti pensare al caso del Regno Unito ove da molti anni esiste una categoria "intermedia", quella dei *Workers*, vale a dire lavoratori non subordinati che fruiscono di alcune tutele di base in materia di compenso minimo, disciplina delle ferie e dei riposi, orario di lavoro, divieto di discriminazione, malattia, maternità, congedi parentali; ovvero al caso francese, dove un'intera parte del *Code du Travail* (il Titolo VII) è dedicata a figure di lavoro autonomo che vengono assimilate, quanto a tutele, alla disciplina del *contrat du travail*³.

S. Deakin, *The Contract of Employment: A Study in Legal Evolution*, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 203; nonché, per ulteriori spunti, A. Perulli, *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno*, in LD, 2017, p. 251 ss.

² Lo ricorda, da ultimo, E. Ales, *Oggetto, modalità di esecuzione e tutele del "nuovo" lavoro autonomo. Un primo commento*, in MGL, 4, 2019.

³ Si tratta dei lavoratori a domicilio, dei lavoratori che esercitano attività di servizio alla persona, o ancora dei gerenti non salariati, a cui si applica una parte cospicua del diritto del lavoro.

In che termini può avvenire (o sta di fatto già avvenendo) questo aggiornamento, o questo "superamento" di un diritto del lavoro esclusivamente incardinato sulla categoria della subordinazione? E come si ridefinisce lo scenario tipologico su cui siamo soliti esercitare la nostra attività ricostruttiva e interpretativa?

La regolazione del lavoro, basata sulla nozione di subordinazione, è attraversata da inedite tensioni prodotte dai profondi mutamenti dei sistemi economici e sociali, e chiede ormai di essere riarticolata per rispondere ai bisogni di protezione sociale espressi dal mondo del lavoro. Se il secolo breve è stato il regno della subordinazione, simboleggiata dalla fabbrica fordista e dal relativo compromesso sociale, il nuovo millennio si è aperto all'insegna del superamento di quel paradigma con una lunga ed incerta transizione che oggi incrocia la rivoluzione digitale, latrice di un ambivalente messaggio di liberazione del lavoro dalle costrizioni del vecchio ordine, ma anche di neo-assoggettamento dell'uomo che lavora alle tecniche di produzione⁴. Le piattaforme digitali, icona del nuovo capitalismo, liberano energie e capacità di intraprendere inediti percorsi lavorativi, come ha scritto Giuseppe Bronzini⁵, ma al contempo riproducono meccanismi di dipendenza e di precarietà. Da *Uber* a *Foodora* la giurisprudenza in tutti i sistemi giuridici si interroga se si tratti di lavoro subordinato, e quindi tutelato, o di lavoro autonomo, escluso dalle protezioni del diritto del lavoro. A fronte di questo dilemma, in Europa come negli Stati Uniti, sono all'opera vettori che spingono per un aggiornamento in chiave espansiva della nozione di subordinazione. In questo caso andare "oltre la subordinazione" significa riscriverne la morfologia normativa per riaffermare il dominio del diritto del lavoro sui territori di frontiera, sempre più estesi e sconosciuti, sottraendoli al mercato non regolato.

Il principale vettore di questa riarticolazione delle categorie e, conseguentemente, delle tutele giuslavoristiche è la giurisprudenza, che adotta una postura *Purposive*, vale a dire teleologica, per adeguare interpretativamente la fattispecie di subordinazione ai nuovi dati della realtà sociale. Rivisitando in via interpretativa i tradizionali indici basati sull'assoggettamento del prestatore al potere direttivo (che rappresenta non solo in Italia il principale elemento caratterizzante la subordinazione, e che coincide sostanzialmente con il *control test* della *common law*) le Corti tendono a relativizzarne la portata a favore di indici basati sulla dipendenza economica, come l'*economic reality test*, o sull'integrazione

⁴ Sia consentito il rinvio a A. Perulli, *Lavoro e tecnica ai tempi di Uber*, in RGL, 2, 2017.

⁵ Cfr. G. Bronzini, *Il punto sul futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell'era della Share-Economy*, in RIDL, 2016, I, p.75.

del lavoratore nella struttura organizzativa del datore, come l'*integration test*, o il francese *service organisé*, che propone una visione "organizzativa" della subordinazione svincolata dall'esercizio del potere direttivo⁶. La punta più avanzata di questa tendenza al superamento del criterio tradizionale basato su direzione e controllo sembra attuato dalla giurisprudenza californiana, che ha elaborato un ABC test in cui la subordinazione, presunta ogniqualvolta una prestazione di lavoro sia resa a favore di altri, viene esclusa solo se il committente oltre a provare il mancato esercizio delle prerogative datoriali di direzione e controllo, dimostra che la prestazione lavorativa è estranea alla normale attività dell'impresa e il lavoratore opera concretamente sul mercato, con una propria organizzazione, a favore di altri committenti⁷.

⁶ Tale criterio ha trovato tuttavia una battuta d'arresto con la celebre decisione *Société Générale* (Cass. Soc. 13 novembre 1996) che ha riaffermato la centralità del potere direttivo (anche solo in modalità programmatica: cfr. la sentenza *Société Humanitaire*, Cass. Soc. 15 ottobre 1998), degradando il *service organisé* a mero indice fra i tanti.

⁷ ABC test - Corte Suprema della California. Nel caso *Berwick v. Uber* (*Labor Commission of State of California*, 4 giugno 2015), le autorità amministrative californiane hanno qualificato gli autisti della piattaforma Uber come *employees*. In altri casi, ad esempio in *Douglas O'Connor v. Uber* dell'11 marzo 2015, le autorità giudicanti hanno fatto ricorso ai parametri di giudizio elaborati dalla Corte Suprema della California nel caso *Borello* (*S.G. Borello & Sons, INC. v. Department of Industrial Relations*, 23 marzo 1989). Il *Borello employment test* ha una struttura bifasica che si articola in due momenti: nel primo, qualora il ricorrente provi di aver fornito dei servizi a un datore si conclude con una presunzione di subordinazione; il secondo prevede che sia il datore a provare eventualmente che non sussisteva un rapporto di tipo subordinato. Il *Borello test* è un test multifattoriale poiché prende in considerazione tutti gli elementi fattuali rilevanti alla qualificazione del rapporto. Rappresenta "una sorta di ibridazione"⁷ dei due tradizionali modelli usati dalle corti statunitensi, rappresentando la fusione di *right to control test* da un lato e *economic reality test* dall'altro. Il *Borello test* si basa principalmente sulla verifica della presenza del controllo datoriale, al quale si aggiungono indici sussidiari per stabilire se sussista o meno un rapporto di tipo subordinato⁷. Tra questi indici (*secondary indicia*), che devono essere combinati tra loro, si annoverano: il rischio; l'impiego di aiutanti e gli investimenti materiali e immateriali; la necessità di specifiche competenze; la durata del rapporto; la valutazione della prestazione come parte integrante dell'attività esercitata dal datore⁷. Gli indici del *Borello test* mostrerebbero, invero, la loro incapacità di rispondere alla qualificazione dei rapporti di lavoro attuali e un tanto è stato sottolineato dalle stesse autorità californiane che trovandosi a decidere di un altro caso, *Patrick Cotter v. Lyft* del marzo 2015⁷, hanno escluso un legame di subordinazione tra gli autisti e la Lyft alla luce di indici che si sarebbero potuti adattare e annoverare tanto in un rapporto di tipo autonomo tanto in uno di carattere subordinato. Tanto che, successivamente, la Corte Suprema della California, nella sentenza *Dynamax Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles County* del 30 aprile 2018, ha deciso di abbandonare gli indici del *Borello test*, in favore del cd. *ABC test*, secondo il quale il datore, al fine di provare che un rapporto di lavoro ricade nell'alveo dell'autonomia dovrà: a- dimostrare che non esercita potere direttivo o di controllo sul lavoratore; b- provare che l'attività lavorativa non rientra tra quelle ordinarie del committente, cioè tra il suo core business; c- provare che il prestatore di lavoro autonomo svolge abitualmente altre

Attraverso la giurisprudenza il diritto del lavoro sta quindi ridisegnando i propri confini in una prospettiva universalistica, in cui la subordinazione acquisisce le caratteristiche di un concetto "cumulativo", capace di attrarre fattispecie concrete a rischio di esclusione. Nello scenario comparato la giurisprudenza italiana appare, sotto questo profilo, tutto sommato, tre le più arretrate. Arroccata su un concetto di potere direttivo molto tradizionale e restrittivo, riesce tuttavia a catturare parzialmente il pluralismo della realtà sociale con la modesta nozione di "subordinazione attenuata"; ma non ha ancora compiuto il salto verso una nozione di subordinazione allargata, come sta accadendo in altri

attività (di natura commerciale o professionale) simili a quelle svolte in favore del committente. Secondo la spiegazione fornita dalla stessa Suprema Corte della California⁷, per soddisfare la parte A del test, il committente deve stabilire che il prestatore non è soggetto al suo controllo né alla sua direzione, tenendo comunque conto della natura della prestazione. Quanto alla parte B del test, il committente deve provare che il prestatore svolge un'attività che non rientra in quella tipica della committente, poiché nel caso in cui il prestatore fornisca la stessa prestazione che fornisce un dipendente della committente, allora sarà considerato lavoratore subordinato. Nel caso *Dynamex* la Corte ha elencato anche esempi concreti: si rimane nell'alveo dell'autonomia qualora, ad esempio, un negozio al dettaglio si serva della prestazione di un idraulico per aggiustare il bagno, ma non se un produttore di abbigliamento si serva dell'attività di una sarta a domicilio che cuce abiti con prodotti forniti dalla stessa azienda committente. Per rispondere al quesito C, il committente deve provare che il prestatore è abitualmente e contestualmente - e non solo potenzialmente - impegnato in altre attività, indipendenti, della medesima natura. Pertanto se l'attività di un prestatore è concentrata nei confronti di un solo committente, la parte C del test non può dirsi soddisfatta. Sia il *Borello test* che *ABC test* partono dal presupposto che il lavoratore sia legato da un rapporto di tipo subordinato e che sia il committente/datore a dover provare che invece si tratti di un lavoratore autonomo. Nel *Borello test*, tuttavia, nessun singolo indice è in grado di qualificare il rapporto, ma tutti sono potenzialmente e allo stesso modo rilevanti rispetto al caso specifico e alla natura della prestazione. *ABC test*, invece, è strutturato per rendere prevedibile e semplificare l'operazione di qualificazione del rapporto poiché se il committente/datore non è in grado di dimostrare anche una delle tre parti di cui si compone il test, allora il prestatore sarà considerato lavoratore dipendente. Recentemente, nel settembre 2019, il Governatore dello Stato della California ha approvato l'Assembly Bill (AB)5, una legge che affronta l'"employment status" dei lavoratori laddove dal committente siano considerati *independent contractor* e non *employee*. L'AB 5 si serve proprio dell'ABC test per qualificare il rapporto che lega prestatore a committente, ai fini dell'applicazione del Codice del Lavoro, del Codice dell'assicurazione di disoccupazione e delle disposizioni sui salari della Commissione sul welfare industriale (Industrial Welfare Commission). L'AB 5 è entrato in vigore il primo gennaio 2020, anche se con delle differenze in base alle materie e al campo di applicazione (alcune parti saranno effettive dal primo luglio 2020). È interessante considerare che il lavoratore potrebbe essere considerato subordinato dalla legge californiana, ma non ai sensi di quella federale, giacché diversi sono i test utilizzati per la qualificazione (a livello federale si usa il Federal Fair Labor Standards Act - FLSA).

sistemi giuridici, come quello spagnolo, francese o – come si è visto – nello Stato della California.

Andare “oltre la subordinazione”, tuttavia, non significa solo aggiornamento e riscrittura interpretativa della subordinazione tradizionale, ma il suo *superamento funzionale* attraverso la creazione per via legislativa di un sistema plurale e modulato di tutele del lavoro, a prescindere dalla qualificazione del rapporto nei termini della subordinazione classica. In questa prospettiva la subordinazione è sottoposta ad una duplice torsione: da un lato l’economia delle piattaforme (e più in generale la fabbrica 4.0) imprime al lavoro dipendente fisionomie che poco hanno a che vedere con il passato (si pensi allo *smart working* e alla possibilità di svincolarsi da rigidi obblighi di spazio e tempo nella prestazione); dall’altro lato la subordinazione tradizionale scopre di non essere più la figura egemone del sistema produttivo, ma di convivere con fasce sempre più ampie di lavoro non salariato, vale a dire quel lavoro autonomo di nuova generazione che busa alla porta del diritto del lavoro per reclamare le tutele (non necessariamente tutte) tradizionalmente appannaggio dei soli lavoratori dipendenti. Si spiega così la recentissima legge sui diritti minimi per i *riders* autonomi, che prevede opportune garanzie specie in materia di compenso e di salute e sicurezza, e così dicasi per la legge n. 81/2017 che per la prima volta nella storia repubblicana ha affrontato il tema delle tutele del lavoro autonomo non imprenditoriale, purtroppo con una impostazione timida, generalista e assai poco efficace.

Molti lavori autonomi economicamente dipendenti e il mondo dei *free lancers* chiedono riconoscimento normativo e rappresentanza degli interessi. Manca tuttavia una legislazione che estenda in modo espresso le prerogative sindacali ai lavoratori autonomi, mentre la Corte di Giustizia europea ha ribadito, con un approccio molto discutibile, che la contrattazione collettiva a favore di prestatori indipendenti confligge con il diritto della concorrenza. Il che dimostra come non manchino gli ostacoli per andare “oltre la subordinazione”, e che il diritto del lavoro, per assecondare questa tendenza, o per compiere questo suo destino, deve superare o relativizzare la rigida dicotomia tra subordinazione e autonomia e prendere atto che la tutela del lavoro “in tutte le sue forme e applicazioni” è un programma di politica del diritto che ancora attende di essere compiutamente realizzato, per far sì che l’antica idea di *animal laborans* venga sostituita con la filosofia dell’*homo faber*, il lavoratore di domani, pienamente integrato nei suoi diritti di cittadinanza economica e sociale.

2. Prove di "superamento" della subordinazione: le nuove collaborazioni organizzate dal committente (art. 2, d.lgs. n. 81/2015).

La descritta tendenza ad andare "oltre la subordinazione" ha trovato nel nostro sistema una evidente conferma con l'entrata in vigore dell'art. 2, co. 1, del d.lgs. n. 81/2015 (d'ora in poi art. 2, co. 1). Tale norma ha suscitato un acceso dibattito dottrinale sulla categoria del lavoro "etero-organizzato", dissimulando chiare scelte di politica del diritto circa il campo di applicazione delle tutele del diritto del lavoro⁸. Chi ha nega la sostanziale rilevanza della norma, affermandone addirittura la mera "apparenza"⁹, così come coloro che, con qualche eccesso di realismo empirico, ne sanciscono la sostanziale sovrapposizione con la fattispecie di subordinazione¹⁰, ritengono opportuno limitare il travaso di tutele verso territori estranei al diritto del lavoro tradizionale, valorizzando piuttosto le collaborazioni coordinate e continuative come categoria idonea a collettare le nuove forme di lavoro, tra le quali spiccano, anche per la risonanza mediatica del fenomeno, i *riders* delle piattaforme digitali. Viceversa, coloro i quali, mobilitando anche gli strumenti della dogmatica giuridica, si sforzano di fornire un'interpretazione differenziale dell'art. 2, co.1, rispetto alla fattispecie di subordinazione, non coltivano il piacere salottiero di una sterile astrazione concettuale¹¹ ma, al contrario,

⁸ Cfr. M. Persiani, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in ADL, 6/2015, p. 1257, secondo il quale le questioni teoriche e sistematiche affrontate dalla dottrina avrebbero trascurato le problematiche applicative della norma; in realtà proprio la necessaria ricostruzione dei profili dogmatici relativi alla differenziazione (o meno) dell'art. 2, co.1, rispetto alla fattispecie di subordinazione comporta rilevantissimi profili pratici e applicativi.

⁹ P. Tosi, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?* in ADL, 2015, p. 13.

¹⁰ Cfr. R. De Luca Tamajo, *La sentenza della Corte d'Appello di Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, in Lav. Dir. Europa, 1/2019, che parla di "impalpabile confine" tra art. 2, co.1 e art. 2094 c.c.

¹¹ Cfr. P. Tullini, *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?*, in Lav. dir. Europa, 1/2019, la quale riferisce di un "florilegio di letture interpretative, talora piuttosto astratte", e afferma che la sentenza della Corte d'Appello torinese "non si abbandona affatto alla dogmatica accademica né a concettualizzazioni tipologiche"; l'A. sembra però sottostimare l'apporto della Corte sui profili squisitamente concettuali specie laddove distingue (concettualmente, appunto) il potere gerarchico-disciplinare e direttivo tipico dell'art. 2094 c.c., il potere di etero-organizzazione ex art. 2, co.1, e la collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. in cui le modalità del coordinamento sono definite consensualmente e quindi non v'è alcuna prerogativa unilaterale. La sentenza quindi, lungi dal trascurare il lavoro ricostruttivo e sistematico, parte proprio da un'esigenza di chiarificazione concettuale (e dogmatica) per giungere alle conclusioni secondo cui l'art. 2, co., è norma dal contenuto precettivo, distinta dall'art. 2094 c.c., applicabile a rapporti di lavoro autonomo.

assicurano alla norma un ambito di operatività ulteriore rispetto a quello già presidiato dalla subordinazione standard, per rispondere alla necessità di fornire tutela "alle nuove fattispecie di lavoro che, a seguito della evoluzione e della relativa introduzione sempre più accelerata delle recenti tecnologie, si stanno sviluppando"¹².

Alla prima prova giurisprudenziale, l'ambito di operatività dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 è stato ben delineato dalla Corte d'Appello di Torino, con una sentenza che ha posto le premesse per una corretta impostazione dei profili teorico-ricostruttivi sollevati dall'interpretazione della norma nel suo raccordo sistematico con le categorie della subordinazione e dell'autonomia, e con le loro interne declinazioni aprendo un nuovo fronte regolativo per il *platform work* nonchè, più in generale, per le prestazioni di lavoro autonomo organizzate dal committente¹³. La parte più interessante della sentenza del Collegio torinese riguarda il riconoscimento ai *riders* dello status di collaboratori etero-organizzati dal committente, ai sensi dell'art. 2, co.1, da cui discende l'applicazione della disciplina dei rapporti lavoro subordinato. Il punto sviluppato dalla Corte è tecnicamente notevole, non tanto perché smentisce le conclusioni un po' frettolose circa la non applicabilità dell'art. 2 in materia di lavoro tramite piattaforme digitali, quanto perché, a monte, fornisce una razionale e condivisibile ricostruzione teorica della norma, rendendola di fatto operativa anche (ma non solo) nello specifico contesto tecnologico. Sconfessando la tesi della norma "apparente", meramente confermativa della tradizionale concezione della subordinazione come assoggettamento del lavoratore al potere direttivo-organizzativo del datore di lavoro, la Corte afferma che ogni norma di legge deve avere un contenuto precettivo, onde l'interprete, per fornire un significato a questo enunciato legislativo, è chiamato a distinguere subordinazione (art. 2094 c.c.), etero-organizzazione (art. 2) e prestazione d'opera coordinata e continuativa (art. 409 n. 3 c.p.c.), identificando i relativi tratti tipici (o sovra-tipici), giungendo alla conclusione che la norma in esame esprime un nuovo concetto normativo (*l'etero-organizzazione*) irriducibile a quello della subordinazione di cui all'art. 2094 c.c., e una precisa *ratio legis*, volta ad ampliare (e non a restringere, come erroneamente ritenuto dal Tribunale) l'ambito delle tutele, per far fronte all'evoluzione del mercato del lavoro e agli effetti su

¹² Sono le parole della Corte d'Appello di Torino nella sentenza 4 febbraio 2019, n. 26, che ha deciso il caso *Foodora*; vedila in Labor, 2019, p. 313 ss, qui p. 317, e per il commento A. Perulli, *I lavoratori delle piattaforme e le collaborazioni etero-organizzate dal committente: una nuova frontiera regolativa per la Gig Economy?*, ivi, p. 320 ss.

¹³ Cfr. F. Martelloni, *La Corte d'appello di Torino tira la volata ai riders di Foodora*, in *Questione Giustizia*, 17 aprile 2019.

di esso prodotti da un pervasivo impiego delle nuove tecnologie digitali. Inoltre, secondo la Corte l'art. 2, co.1, è applicabile al caso di specie perché, contrariamente a quanto aveva ritenuto il giudice di primo grado, il riferimento all'etero-organizzazione "*anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro*" non deve essere riguardato come requisito di esercizio di un potere direttivo specifico e puntuale in relazione all'orario e al luogo di lavoro, bensì come espressione di una prerogativa organizzativa diversa dal potere direttivo, che si sostanzia nella predisposizione unilaterale di una "turnistica" e delle zone di partenza dei *riders* da parte della committente. Di conseguenza, la Corte d'Appello accoglie la tesi che ravvisa nell'art. 2, co.1, una norma di estensione delle tutele a figure che gravitano nell'area grigia tra subordinazione ed autonomia, affatto riconducibili alla fattispecie di cui all'art. 2094 c.c. nella misura in cui l'etero-organizzazione non coincide con l'etero-direzione. Esiste quindi, come già sostenuto da chi scrive¹⁴, un "sottile confine" tra il dettato dell'art. 2, co.1., e il disposto dell'art. 2094 c.c., consistente in ciò che "mentre nella subordinazione tipica l'oggettivazione della forza-lavoro consente al creditore di esercitare un potere di costante intervento sulle modalità organizzative intrinseche del comportamento dovuto, incidendo sull'oggetto dell'obbligazione e sull'iter strumentale che meglio consente di fatto di conseguire il risultato utile per il creditore, nella prestazione "organizzata dal committente" il raggio d'azione dell'autorità è del tutto impersonale, non si sostanzia in ordini o direttive, ma riguarda le modalità organizzative estrinseche della prestazione e della sua esecuzione"¹⁵. Il compito dell'interprete consiste dunque nel delineare i due diversi campi di applicazione, distinguendo etero-direzione ed etero-organizzazione, sussistente quando l'attività viene effettivamente integrata funzionalmente nell'organizzazione produttiva del committente "in modo tale che la prestazione lavorativa finisce con l'essere strutturalmente legata a questa (l'organizzazione) e si pone come qualcosa che va oltre alla semplice coordinazione di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c., poiché qui è il committente che determina le modalità della attività lavorativa svolta dal collaboratore". Correttamente la Corte afferma che mentre la subordinazione richiede l'esercizio di un potere direttivo, gerarchico, e disciplinare, il lavoro etero-organizzato postula l'integrazione funzionale del prestatore nell'organizzazione produttiva, onde il committente non si limita a coordinare l'attività ma impone le modalità organizzative con cui la prestazione si attua (nel caso di specie

¹⁴ Cfr. A. Perulli, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in L. Fiorillo, A. Perulli, a cura di, *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 299 ss.

¹⁵ A. Perulli, op. ult. cit., p. 303 s.

stabilendo i turni, le zone di partenza, gli indirizzi di consegna e i tempi di consegna dei fattorini). Vale dunque rilevare come la Corte d'Appello abbia ben compreso che l'"organizzazione" della prestazione da parte del committente, cui si riferisce l'art. 2, co.1, è un elemento tipologicamente estraneo alla fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., i cui tratti vengono connotati da altri elementi normativi di per sé necessari e sufficienti per la produzione dell'effetto giuridico: *in primis* l'assoggettamento del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro¹⁶.

Il potere direttivo, nelle sue molteplici accezioni dottrinali, è il dispositivo giuridico che connota la fattispecie di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c. Secondo la giurisprudenza maggioritaria, i "*requisiti determinanti ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato sono ravvisabili nell'assoggettamento del lavoratore al potere organizzativo, gerarchico e disciplinare del datore di lavoro - potere che deve estrinsecarsi in specifici ordini (e non in semplici direttive, compatibili anche con il lavoro autonomo) -, oltre che nell'esercizio di un'assidua attività di vigilanza e controllo sull'esecuzione dell'attività lavorativa e nello stabile inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale del datore di lavoro*"¹⁷. In tal prospettiva, ai fini dell'accertamento di un rapporto di lavoro subordinato, è necessario ravvisare una direzione del lavoro e un controllo datoriale molto specifico e dettagliato, che presupponga la sottoposizione del lavoratore a stringenti e puntuali ordini e ad una stretta vigilanza nell'esecuzione della prestazione. Questo orientamento è stato fedelmente seguito da Corte Cost. n. 76/2015, secondo la quale "*il potere direttivo, pur nelle multiformi manifestazioni che presenta in concreto a seconda del contesto in cui si esplica e delle diverse professionalità coinvolte, si sostanzia nell'emanazione di ordini specifici, inerenti alla particolare attività svolta e diversi dalle direttive d'indice generale, in una direzione assidua e cogente, in una vigilanza e in controllo costanti, in un'ingerenza idonea a svilire l'autonomia del lavoratore*". Il potere direttivo non solo consente l'organizzazione della prestazione nel contesto produttivo, ma, più radicalmente, la *determinazione dell'oggetto dell'obbligazione lavorativa*, di volta in volta modulabile in ragione delle esigenze gestionali dell'impresa. Questa valenza del potere direttivo è alla base della teoria giuseconomica dell'impresa di matrice neo-istituzionale, secondo la quale i contratti di lavoro subordinato non solo prevedono "zone di accettazione" entro le quali gli ordini vengono eseguiti senza resistenza,

¹⁶ Sia consentito il invio a A. Perulli, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992.

¹⁷ Cass. 10 febbraio 2016 n. 2653.

ma consentono di evitare la continua rinegoziazione dei termini del contratto in funzione di un processo decisionale sequenziale ed adattabile¹⁸. Il potere direttivo, che viene talvolta denominato direttivo-organizzativo, non deve confondersi con le prerogative di "etero-organizzazione" contemplate dall'art. 2, co.1, del d.lgs. n. 81/2015. La distinzione tra assoggettamento ad etero-direzione e assoggettamento ad etero-organizzazione è stata di recente imposta dal legislatore proprio con l'art. 2, co.1, onde non può accettarsi una indistinta sovrapposizione tra i due termini, ovvero una loro equivalenza funzionale, o peggio una "surrogazione" dell'etero-organizzazione all'etero-direzione quale nuovo requisito-cardine per qualificare un rapporto come subordinato¹⁹. Piuttosto è vero, invece, il contrario, e cioè che la giurisprudenza, nelle fattispecie in cui impiega l'indice dell'etero-organizzazione, proprio al fine di salvaguardare il valore determinante del potere direttivo quale criterio di qualificazione del rapporto, si limita a rilevare la possibile non manifestazione di quest'ultimo (*id est* la sua mancata estrinsecazione sul piano dell'essere fenomenologico), non già la sua radicale ed ontologica assenza sul piano del dover essere normativo. Come dire che non può essere condivisa la tesi per cui in tali fattispecie l'impiego di indici sussidiari – ed in particolare quello dell'etero-organizzazione – esprime una loro elevazione ad elementi costitutivi della fattispecie astratta di subordinazione. L'impiego di tali indici si spiega nella logica della pragmatica ed empirica ricerca, da parte dei giudici, di fattori indizianti gravi, precisi e concordanti da cui presumersi l'esistenza del potere direttivo²⁰, ovvero, ancor meglio, si può affermare che tali indici giocano quali fattori di "disvelamento mediato" della subordinazione-eterodirezione²¹, onde, lungi dal negare rilievo al criterio del potere direttivo, il loro utilizzo ne conferma la qualità di indice legale-tipico prioritario ed assorbente.

L'art. 2, co.1, quindi, non descrive una fattispecie caratterizzata dalla soggezione in senso tecnico al *potere direttivo* del committente, riferendosi, invece, ad una più generica e meno pervasiva facoltà di

¹⁸ Cfr. O. E. Williamson, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Angeli, Milano, 1987, p.p. 156 ss. e 384 ss.

¹⁹ In senso critico, con particolare riferimento alla figura del dirigente, M. Biasi, *Brevi riflessioni sulla categoria dirigenziale all'indomani del Jobs Act*, Dir. Rel. ind. 2016, p. 760 ss.

²⁰ C. Pisani, *Tripartizione del potere direttivo e qualificazione del rapporto di lavoro subordinato*, in Mass. Giur. Lav. 2011, 3, p. 114 ss.

²¹ C. Santoro, *Eteroorganizzazione e attività lavorative tipologicamente subordinate*, in Lav. giur., 2015, p. 817

organizzare la prestazione del lavoratore anche (ma non necessariamente) in ragione del tempo e del luogo, rendendola di fatto compatibile con il substrato materiale e con i fattori produttivi apprestati dal committente (ciò che la Corte d'Appello torinese descrive con il concetto di "integrazione funzionale del lavoratore nella organizzazione produttiva del committente"). Le esigenze organizzative, condensate nel substrato materiale della prestazione, retroagiscono sulla sfera debitoria *senza tuttavia incidere sull'oggetto dell'obbligazione*, di talchè la prestazione "organizzata dal committente" è sì conformata in relazione alle modalità di accesso e di fruizione dei mezzi preposti alla produzione (anche in ragione della dimensione collettiva dell'impresa), ma non è assoggettata all'altrui sfera di comando in relazione ai cambiamenti dello stato del mondo come invece accade in virtù della situazione di soggezione tipica della subordinazione. Ogniqualevolta la prestazione venga inserita all'interno di un "dispositivo organizzativo" capace di "formattare", anche sotto il profilo spazio-temporale la prestazione, a prescindere dall'esercizio in concreto dei poteri direttivi e di conformazione della prestazione, puntuali ed assidui, tipici del datore di lavoro giusta lo schema dell'art. 2094 c.c., si realizza una situazione di etero-organizzazione: si pensi all'inserimento continuativo e stabile del prestatore all'interno dei locali del committente con rispetto di vincoli spazio-temporali, all'esecuzione della prestazione entro determinate fasce orarie imposte dal committente, all'impiego di mezzi e beni strumentali del committente che incidono sulle "modalità di esecuzione" della prestazione, alla necessità per il prestatore di seguire istruzioni vincolanti dettate anche tramite procedure sequenziali e algoritmi, ecc.

La Corte d'Appello di Torino, dopo aver distinto l'eterodirezione dall'etero-organizzazione, si perita di distinguere quest'ultima dal "coordinamento" di cui all'art. 409 n. 3, c.p.c., non aderendo alla prospettazione dottrinale che, in una logica ricostruttiva del tutto speculare a quella che identifica la etero-organizzazione con la subordinazione, sostiene la sussunzione dell'etero-organizzazione nell'ambito del coordinamento²². La diversa ipotesi ricostruttiva seguita dalla Corte, già avanzata in dottrina²³, è la seguente: il "sottile distinguo"

²² Tesi sostenuta in particolare da U. Carabelli, *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, p. 41 ss, e ripresa da C. Spinelli, *La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro dei fattorini tra autonomia e subordinazione*, nota a T. Torino 7.5.2018, in *Riv. Giur. Lav.*, 2018, p. 371 ss.

²³ Sia consentito il rinvio a A. Perulli, *Il nuovo art. 409, n. 3, c.p.c.*, in Luigi Fiorillo e Adalberto Perulli, *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 141 ss.

tra l'art. 2 e l'art. 409 n. 3 c.p.c. è ravvisabile nei caratteri legali-tipici del coordinamento, i quali, diversamente da quanto accade per l'etero-organizzazione, sono definiti di comune accordo dalle parti, senza alcun elemento di unilateralità, ciò che modifica qualitativamente (nella loro natura giuridica) i due istituti in esame. Invero, affermare il contrario, e cioè che l'organizzazione delle collaborazioni ex art. 2, co.1, coincide con il coordinamento dell'art. 409, n. 3, c.p.c., rende indistinte due fattispecie che, invece, hanno effetti e trattamenti alternativi fra loro; né vale sostenere che le prestazioni etero-organizzate si materializzano quando nell'accordo sulle modalità del coordinamento previsto nel novellato art. 409, n. 3, c.p.c., le parti concordemente attribuiscono al committente un potere di etero-organizzazione.

Questo *modus procedendi* non appare coerente con l'interpretazione letterale della legge nella misura in cui l'art. 2, co.1, impiega il termine "organizzazione", mentre nell'art. 409, n. 3, c.p.c., compare il termine "coordinamento"; né sembra rispettoso dell'interpretazione teleologica dal momento che la *ratio legis* dell'art. 15, l.n. 81/2017, consiste nel rendere il coordinamento delle collaborazioni un fatto consensuale, e non nel consentire che quel medesimo potere unilaterale venga consensualmente riattribuito al committente *sub specie* di "potere di organizzazione" in un'altra fattispecie (quella dell'art.2). In questo nuovo quadro concettuale si apre quindi uno spazio per identificare una prestazione etero-organizzata, non etero-diretta (nel senso di direttive puntuali e continue ex art. 2094 come interpretato dalla giurisprudenza maggioritaria), né coordinata (nel senso che il collaboratore segue delle modalità di coordinamento definite consensualmente) ma assoggettata ad una etero-organizzazione, anche spazio-temporale; tale etero-organizzazione si distingue dal coordinamento perchè quest'ultimo ha cessato di essere una prerogativa unilaterale, diventando null'altro che una modalità consensuale di programmazione della prestazione in aderenza a quanto previsto in generale per il lavoro autonomo dall'art. 2224 c.c.

Infine, la Corte si riferisce all'art. 2 come ad un "*terzo genere*" che si colloca tra subordinazione e collaborazione coordinata e continuativa. Il riferimento, descrittivo più che normativo, non deve tuttavia trarre in inganno: le collaborazioni organizzate dal committente rientrano nel genere "lavoro autonomo", tant'è che la Corte, accogliendo anche sotto questo profilo la tesi avanzata da una parte della dottrina²⁴, afferma che l'applicazione dell'art. 2 non comporta la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato e che la collaborazione autonoma mantiene la propria natura. Il lavoratore etero-organizzato rimane quindi autonomo, ma "per

²⁴ A. Perulli, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, cit.

ogni altro aspetto" la disciplina sarà quella del rapporto di lavoro subordinato. Questa soluzione interpretativa supera la diversa prospettazione, pure avanzata in dottrina, secondo cui l'art. 2 co.1, determinerebbe una riqualificazione della fattispecie concreta nei termini della subordinazione.

Piuttosto, sembra aprirsi uno spazio per discutere se l'effettiva volontà del legislatore è quella di estendere *tutte* le norme del rapporto di lavoro alla fattispecie di cui all'art. 2, o solo una parte, quella compatibile con la natura autonoma del rapporto. A fronte di un disposto generico, che si riferisce all'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, si può in effetti discutere su alcuni problemi derivanti dall'estensione dell'intero edificio delle norme di disciplina del rapporto di lavoro subordinato, con particolare riferimento a quelle relative ai poteri gerarchico-direttivi: si pensi, ad esempio, all'applicabilità a tali rapporti, caratterizzati da etero-organizzazione ma non da etero-direzione, del dovere di obbedienza ex art. 2104 c.c., ovvero della norma in materia *ius variandi* (art. 2013 c.c.). Si tratta di dispositivi che, in linea di massima, non dovrebbero trovare applicazione con riguardo a rapporti in cui non viene dedotta in obbligazione una prestazione di *facere* eterodiretta secondo le disposizioni e gli ordini impartiti dal datore di lavoro, bensì una prestazione di lavoro etero-organizzata, la cui natura rimane autonoma²⁵. Non è affatto chiaro, inoltre, se anche la disciplina previdenziale/assistenziale ed amministrativa relativa al rapporto di lavoro subordinato venga ricompresa nell'estensione, ovvero, trattandosi di rapporti aventi natura autonoma, permanga vigente, sotto questi profili non strettamente attinenti alla "disciplina del rapporto" il diverso regime previdenziale/assistenziale del lavoro parasubordinato²⁶. Stante il tenore assai vago del disposto, sul punto sarà opportuno un chiarimento da parte dello stesso legislatore attraverso una norma di interpretazione autentica, ovvero un'indicazione da parte degli istituti pensionistici ed ispettivi, o ancora, in ultima istanza, la verifica giurisprudenziale. Su

²⁵In senso analogo U. Carabelli, op. cit., p. 56 s. Sotto questo profilo, quindi, il legislatore avrebbe dovuto essere più preciso e selettivo, distinguendo all'interno della disciplina complessiva le materie non estensibili, come fecero a suo tempo Massimo D'Antona e Nanni Alleva nelle proposte sul lavoro *sans phrase*: cfr. P. Alleva, *Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro, prima proposta di legge*, e M. D'Antona, *Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro, seconda proposta di legge*, in G. Ghezzi, a cura di, *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, Ediesse, 1996, rispettivamente pp. 187 ss e 195 ss.

²⁶ Dubbi sull'applicabilità della tutela previdenziale ai collaboratori etero-organizzati sono sollevati da M. Persiani, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, cit., p. 1256 ss.

questo specifico punto, peraltro, la recente pronuncia della Corte di Cassazione n. 1663/2020 relativa al caso *Foodora* lascia aperto un pertugio interpretativo per applicazioni differenziate, affermando – invero un po' contraddittoriamente – da un lato che il legislatore ha inteso assicurare al lavoratore "la stessa protezione di cui gode il lavoro subordinato" (punto 27) e che la norma "non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile" (punto 40), dall'altro che "non possono escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 cod. civ." (punto 41).

È presto per giungere a conclusioni in un senso o nell'altro. Tuttavia, come abbiamo sostenuto anche in questo scritto, l'applicazione integrale della disciplina del rapporto di lavoro subordinato non è ragionevolmente prospettabile con riferimento ai poteri del datore di lavoro, che il diritto del lavoro da un lato limita ma dall'altro legittima, onde sarebbe incongruo che al prestatore etero-organizzato venisse applicata la disciplina dello *ius variandi*, così come intesa nell'ambito della subordinazione. Ma il limite della incompatibilità ontologica non dovrebbe riguardare la materia del licenziamento, posto che una disciplina del recesso è sicuramente compatibile con i contratti di lavoro autonomo, come dimostra, ad esempio, la norma in tema di revoca del mandato oneroso (benchè, in questo caso, la giusta causa operi non come fatto legittimante il recesso ma come elemento che esonera il recedente dall'obbligo risarcitorio: art. 1725 c.c.).

3. Collaborazioni etero-organizzate e tutela dei riders autonomi: quale coordinamento?

La neo-tendenza espansiva del diritto del lavoro ha segnato un ulteriore passo in avanti con la legge n. 128 del 2019, che ha modificato i connotati della fattispecie di cui all'art. 2, co.1, del d. lgs. n. 81/2015, dettando, al contempo, una disciplina minima di tutela per i *riders* autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui mediante l'impiego di piattaforme anche digitali.

La novella sembra *prima facie* ispirata da una duplice *ratio*, cui conseguono due distinti campi normativi, riferibili, rispettivamente, all'area delle modifiche apportate all'art. 2, co.1. (disciplina delle collaborazioni "etero-organizzate" dal committente), e alla nuova disciplina di cui al Capo V-bis intitolato "*Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali*": mentre il primo campo normativo, giusta quanto dispone l'art. 2, co. 1, riguarda l'estensione della disciplina del lavoro subordinato oltre i confini della subordinazione, per il secondo vengono

apprestate *ad hoc* alcune garanzie di base sul presupposto che, qualora non trovi applicazione l'art. 2, co.1, ai lavoratori autonomi delle piattaforme sia comunque garantita una rete minima di sicurezza costituita da un nucleo di diritti sociali fondamentali (dai diritti di informazione ad una remunerazione equa, dai divieti di discriminazione alla tutela della salute e sicurezza, v. *infra*, par. 10). La novella, quindi, da una parte ridisegna *in generale* la tipizzazione delle collaborazioni etero-organizzate, con l'evidente scopo di *ampliare il campo di applicazione della fattispecie* e di renderla più agevolmente distinguibile rispetto a quella contermine del lavoro subordinato (art. 2094 c.c.); dall'altra parte appresta *in particolare* nuove tutele per quelle prestazioni di lavoro autonomo rese da *riders* che operano senza alcun vincolo di subordinazione ex art. 2094 c.c., ovvero ai quali non si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato ex art. 2, co.1. Tale disciplina particolare dovrebbe, quindi, ragionevolmente, trovare applicazione nei confronti di quei prestatori autonomi riconducibili nell'alveo delle prestazioni d'opera coordinate e continuative ex art. 409, n. 3, c.p.c., ovvero delle prestazioni d'opera "pure" ex art. 2222 c.c., dotando questo specifico segmento del lavoro autonomo di un nucleo minimo, ma comunque significativo, di tutele che sinora non erano mai state garantite al lavoro autonomo, almeno *in questa misura* (si pensi, ad esempio, all'estensione dell'intera disciplina di cui al Testo Unico sulla sicurezza del lavoro).

Se questa fosse la trama normativa della legge, si tratterebbe di un intervento di indubbio rilievo sistemico, che contribuisce a razionalizzare lo scenario regolativo del lavoro autonomo secondo una logica di ampliamento del campo di applicazione delle tutele riservate ai collaboratori etero-organizzati ex art 2, co.1 (i quali, come ora vedremo, per effetto della duplice innovazione apportata dalla riforma costituiscono una platea sicuramente più ampia rispetto al passato), e di garanzia minima per quei lavoratori autonomi che *"svolgono la loro attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore, attraverso piattaforme anche digitali"* (art. 47-bis, co.1.).

Tuttavia, questa ragionevole aspettativa normativa è resa problematica dalla lettera della stessa legge, la quale, nel Capo V-bis, al comma secondo dell'art. 47-bis, definisce la peculiare tecnologia impiegata dai *riders* statuendo che *"si considerano piattaforme digitali i programmi e le procedure informatiche utilizzate dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna dei beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione"*. Ora, se la piattaforma

*determina le modalità di esecuzione della prestazione, l'attività lavorativa dovrebbe essere ricondotta nel primo dei descritti ambiti normativi, vale a dire l'art. 2, co.1, che da un lato definisce nei medesimi termini la collaborazione etero-organizzata ("rapporti di collaborazione prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente") e, dall'altro dispone l'applicazione della relativa disciplina "anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali", come recita il nuovo periodo introdotto dall'art. 1, l. n. 128/2019. Si potrebbe opporre a tale conclusione che solo i rapporti di lavoro etero-organizzati dalla piattaforma aventi il connotato temporale della *continuità* potrebbero aspirare alle tutele maggiori di cui all'art. 2, co.1, onde, in mancanza di tale requisito (prestazione occasionale, saltuaria, o comunque non continuativa) il *rider* avrebbe diritto ai livelli minimi di tutela previsti dal Capo V-bis.*

Questo argomento si scontra però, a sua volta, con un ostacolo di natura sistematica, consistente in ciò che "i lavoratori autonomi" le cui modalità di esecuzione della prestazione sono definite dalla piattaforma (art. 47-bis commi 1 e 2) e in ipotesi destinatari dei livelli minimi di tutela, non possono essere altrimenti qualificati che nei termini di prestatori d'opera ex art. 2222 c.c., la quale rappresenta la sola tipologia generale di riferimento in cui collocare una prestazione autonoma non continuativa (che non sia ovviamente riconducibile ad altre fattispecie tipiche contenute nel Libro IV del codice civile). Ma una simile qualificazione dei lavoratori autonomi indicati dall'art. 47-bis co.1 è giuridicamente "impossibile" perché lo schema tipico del contratto d'opera non ammette prestazioni le cui modalità esecutive siano organizzate unilateralmente dal committente (cfr. art. 2224 c.c.), né prevede che il compenso dovuto al prestatore d'opera sia altrettanto unilateralmente fissato dall'altra parte (cfr. art. 2225 c.c.).

La conseguenza di questi inequivoci incroci definatori non può che essere l'applicazione dell'*intero statuto protettivo* del lavoro subordinato, e non delle sole *tutele minime* di cui al Capo V-bis, ai *riders* che forniscono una prestazione etero-determinata quanto a modalità esecutive da parte della piattaforma, con carattere di continuità. Viceversa, sempre ai sensi e per gli effetti del medesimo quadro regolativo, le tutele minime di cui al Capo V-bis non dovrebbero applicarsi né ai *riders* le cui prestazioni presentino i tratti delle collaborazioni coordinate e continuative ex art. 409 n. 3, c.p.c., né, quelli del contratto d'opera ex art. 2222 c.c. (categoria cui si deve ricondurre una prestazione occasionale o saltuaria di lavoro autonomo), posto che *sia* la fattispecie generale di lavoro autonomo (art. 2222 c.c.), sia la sub-

fattispecie definita dalla norma processuale (art. 409, n. 3, cp.c.) sono *strutturalmente incompatibili* con la prescritta determinazione unilaterale delle modalità di esecuzione della prestazione da parte della piattaforma. Il contratto d'opera ex art. 2222 c.c. prevede una prestazione avente ad oggetto un'opera o un servizio reso non solo senza vincolo di subordinazione, ma pure senza alcun altro tipo di condizionamento relativo alle modalità di esecuzione della prestazione che non sia quello delle regole dell'arte o del programma negoziale convenuto fra le parti (art. 2224 c.c.). La collaborazione coordinata e continuativa, dal suo canto, non contempla affatto un'attività etero-determinata nelle sue modalità di esecuzione, ma, casomai una prestazione d'opera etero-coordinata nei profili estrinseci dell'attività resa dal collaboratore: tuttavia, la modifica introdotta dall'art. 14 della legge n. 81/2017 ha definitivamente espunto qualsiasi connotato unilaterale alla prerogativa in esame, stabilendo che il coordinamento è stabilito di comune accordo tra le parti: ciò che rende ancor più chiaramente incompatibile la struttura normativa dell'art. 409, n. 3, c.p.c., con la determinazione unilaterale delle modalità di esecuzione della prestazione.

Se non si vuole quindi giocare con le parole del diritto, si dovrebbe quindi concludere che il campo di applicazione del Capo V-bis è un piccolo rompicapo normativo, o, meglio, un labirinto senza uscita: *inapplicabile* ai *riders* le cui prestazioni continuative sono etero-organizzate dalla piattaforma in punto di modalità esecutive, per i quali troverà applicazione ai sensi dell'art. 2, co.1, l'intera disciplina del rapporto di lavoro subordinato; *inapplicabile* alle prestazioni continuative e coordinate, né ad altre prestazioni di lavoro autonomo occasionale o saltuario per ragioni di incompatibilità logica e tipologica, non potendosi concepire, al di fuori della peculiare fattispecie dell'art. 2, co.1, lavoratori autonomi etero-organizzati.

Una via d'uscita alternativa a tale ginepraio consiste nel ritenere che con il Capo V-bis il legislatore abbia creato una *nuova e specifica categoria* di lavoratori autonomi, caratterizzati in senso oggettivo dal tipo di prestazione resa (l'attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore) e dalla peculiare natura del committente (la piattaforma digitale). Questa nuova categoria senz'altro atipica o meglio *speciale* di lavoro autonomo presenta alcune macroscopiche deviazioni dal tipo generale del lavoro autonomo: si tratta infatti di un prestatore autonomo che non ha alcuna autonomia sia nella determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione, sia nella definizione del compenso. Questo *monstrum* giuridico, pur essendo espressamente qualificato dal legislatore come "lavoro autonomo" si porrebbe quindi in antitesi con le caratteristiche tipologiche

dell'art. 2222 c.c., potendosi addirittura sollevare un profilo di *indisponibilità del tipo* (nella misura in cui il legislatore qualifica come *autonomo* un rapporto che non ne presenta i connotati tipici di base, sottraendolo alle tutele del lavoro subordinato ex art. 2, co.1) e/o di *irrazionalità della norma ai sensi dell'art. 3 Cost.* (il legislatore differenziando in modo irragionevole la disciplina di un *rider* con prestazione continuativa, qualificabile quindi come collaborazione etero-organizzata ex art. 2.co1, da una prestazione che presenta le medesime caratteristiche di etero-organizzazione ma non è continuativa²⁷).

Approfondiremo più avanti la delicata questione, fornendo una soluzione sistematica che, se non si vuole fornire interpretazioni manipolative dei testi normativi in esame e rispettare i vincoli di sistema, consiste nel ritenere il Capo V-bis applicabile alle prestazioni determinate dalla piattaforma cui non si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato ex art. 2, co.1 in virtù dell'intervento derogatorio della contrattazione collettiva ai sensi di quanto prevede l'art. 2, co.2. Questa soluzione ha una sua logica, rispettosa del testo della legge e delle compatibilità sistematiche sopra discusse, ma, probabilmente, non della *ratio legis*, che vorrebbe garantire i livelli minimi di tutela a tutti i prestatori autonomi non occasionali che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui. Per ottenere questo auspicabile effetto generale, tuttavia, il legislatore dovrebbe prendere atto dei problemi qualificatori innescati dalla *definizione* di piattaforma e modificare l'art. 47-bis co.2, al per renderla compatibile con i tratti tipologici del contratto d'opera (art. 2222 c.c.). In questa prospettiva dovrebbe essere espunto il riferimento alla determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione da parte della piattaforma: di tale definizione, peraltro, non v'è alcun bisogno, essendo sufficiente a fini di qualificazione della fattispecie e applicazione delle relative tutele, la definizione soggettiva di lavoratore autonomo di cui art. 47 bis co.1. In alternativa, se proprio si ritiene di

²⁷ La continuità o meno della prestazione non può certo essere un criterio ragionevole per differenziare in modo così radicale i trattamenti. Il dato della continuità è comunque molto relativo, e non consente di escludere, in sua assenza, la presenza di un vincolo di subordinazione, sia se riferito alla *prestazione*: anche il lavoro subordinato non presuppone necessariamente una continuità giornaliera della prestazione lavorativa, potendo le parti concordare modalità di lavoro *a chiamata*, o a *part-time* verticale (cfr. Cass.3 ottobre 2017, n. 23056); sia se riferito al rapporto: anche un rapporto di lavoro subordinato a brevissimo termine può essere definito come rapporto di lavoro non continuativo (non soddisfacendo un interesse durevole del datore di lavoro). Ne consegue che il *rider* occasionale ben potrebbe, sulla base della etero-organizzazione della prestazione, chiedere la qualificazione del rapporto come subordinato, e guadagnare in tal modo delle tutele ben maggiori rispetto a quelle che gli riserva il Capo V-bis.

dover mantenere ferma una formula definitoria, il legislatore potrebbe modificarne il testo riferendosi a programmi e procedure informatiche utilizzate dal committente strumentali alle attività di consegna dei beni *secondo le istruzioni formulate dalla piattaforma*: di tal guisa i *riders* autonomi occasionali, che come tali dovrebbero auto-determinarsi nelle modalità di esecuzione della prestazione, seguono le "istruzioni" della piattaforma, secondo un modello storicamente già invalso in alcune *locationes operis* (mandato, trasporto, agenzia). Una tale formulazione consentirebbe anche di estendere il Capo V bis alle prestazioni, qualificabili come collaborazioni coordinate e continuative (art. 409 n. 3, c.p.c), rese da *riders* non etero-organizzati ex art. 2, co.1, che, in ipotesi, abbiano *concordato con il committente* (come richiede la norma) e tramite la piattaforma, le modalità del coordinamento della prestazione.

Non si può escludere, tuttavia, che il legislatore abbia scientemente inteso escludere dal campo di applicazione delle tutele minime proprio i collaboratori autonomi diversi da quelli etero-organizzati dal committente ex art. 2, co.1, e riservare il Capo V-bis alle sole collaborazioni etero-organizzate diversamente disciplinate dalla contrattazione collettiva ex art. 2, co.2; il potrebbe anche avere una sua logica, considerato che sembra assai improbabile, nell'attuale realtà produttiva ed organizzativa delle piattaforme digitali, immaginare la prestazione di un *rider* che, invece di essere unilateralmente determinata dalla piattaforma nelle sue modalità esecutive, onori i canoni tipologici dell'art. 409 n. 3, c.p.c., vale a dire si svolga secondo "*modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti*" nel pieno rispetto di un'attività lavorativa che il collaboratore "*organizza autonomamente*" (art. 409, n. 3, c.p.c.). E' quindi possibile che la soluzione del rompicapo sia quella qui prospettata (e più a fondo argomentata *infra*, par.), e che il legislatore abbia inteso soprattutto indirizzare decisamente verso il campo di applicazione dell'art. 2, co.1, le prestazioni dei *riders* autonomi (con prestazione continuativa); tale conclusione è supportata sia dall'aggiunta del nuovo periodo che imperativamente applica l'art. 2, co.1, "anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforma", sia dall'incipit dell'art. 47-bis co.1, che, nell'introdurre il Capo V-bis con il suo apparato di tutele minime, esordisce con un "*fatto salvo quanto previsto dall'art. 2, co1*", a rimarcare la volontà del legislatore, che guarda alla qualificazione del *rider* autonomo continuativo come collaboratore etero-organizzato dalla piattaforma e, per questo, meritevole di fruire delle tutele del rapporto di lavoro subordinato.

4. La tendenza espansiva del diritto del lavoro.

La direzione di marcia della legge n. 128 del 2019, nel suo complesso, può essere utilmente collocata entro la storica "tendenza espansiva" del diritto del lavoro, volta a correggere quegli eccessi di miopia di una disciplina che, talvolta, finisce per attribuire tutele a chi non ne è sempre meritevole (i "portoghesi" del diritto del lavoro), lasciando in disparte i lavoratori effettivamente bisognosi di specifica protezione. Questa tendenza espansiva si manifesta oggi in una prospettiva che, con maggiore determinazione rispetto al passato, ha cessato di riguardare alla fattispecie di subordinazione come forma esclusiva ed egemonica di rapporto di lavoro personale a favore di altri, tale per cui la disparità di potere negoziale impone un intervento eteronomo di riequilibrio delle condizioni dello scambio. Da tempo la dottrina, non solo italiana, ha sollevato il velo sull'insufficienza del criterio di subordinazione quale principale selettore delle tutele del diritto del lavoro, evidenziando la necessità di un più attenta verifica di congruenza tra la fattispecie legale-tipica e le esigenze sociali di protezione, alla luce di profonde trasformazioni del mercato del lavoro e dell'emergere di nuove forme di assoggettamento del lavoro a poteri e/o prerogative altrui che suggeriscono di ridefinire, con un dosaggio di universalismo e selettività, il campo di applicazione delle tutele²⁸. Tale nuovo impulso espansivo si colloca, peraltro, nell'alveo di una più complessa crisi del diritto del lavoro di fronte alle esigenze di protezione sociale che nascono di continuo nel mondo vitale e chiedono riconoscimento normativo. Nella fase in cui il lavoro si trova in rapporto con le condizioni di produzione nasce il bisogno di tutela: un bisogno che non è più semplicemente contenibile entro il recinto tipologico dell'art. 2094 c.c., mentre diventa sempre più diffusa l'idea che il diritto del lavoro partecipi a quella "crisi della fattispecie" la cui funzione regolativa viene svolta dal legislatore, o dalla giurisprudenza, mediante dispositivi normativi/interpretativi che irrompono sulla scena per far valere principi (e valori) del diritto del lavoro²⁹ a prescindere dal ricorrere della fattispecie³⁰.

²⁸ Per tutti A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 1999.

²⁹ Sulla ripresa di riflessione in materia di valori del diritto del lavoro, sia consentito il rinvio a A. Perulli, *I valori del diritto e il diritto come valore. Economia e assiologia nel diritto del lavoro neo-moderno*, in RGL, I, 2019, 689 ss.; una versione ampliata di tale scritto si trova ora in *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, a cura di Caruso, del Punta e Treu, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 63 ss.; v. da ultimo anche l'ampio studio di V. Speciale, *Il "diritto dei valori", la tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2019.

³⁰ Cfr. N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 1, 36.

Il problema riguarda tutti i sistemi giuridici, generalmente impegnati in una ridefinizione e/o aggiornamento dei criteri selettivi per l'applicazione delle tutele giuslavoristiche. L'OIL, nella sua Raccomandazione n. 198/2006, suggeriva agli Stati di collegare le tutele del rapporto di lavoro a situazioni di "dipendenza" oltre che di "subordinazione", mentre nel più recente Rapporto sul futuro del lavoro, promuove la ricerca di soluzioni volte ad ampliarne il campo di applicazione definendo una "Garanzia universale del lavoro" *indipendentemente dalle forme contrattuali in cui la prestazione viene dedotta ("regardless of their contractual arrangement or employment status")*³¹. La "relativizzazione" del pensiero tipologico, ovvero del sistema di protezione del lavoro centrato esclusivamente sulla tecnica della fattispecie, non poteva trovare una migliore sintesi; le tutele vanno garantite là dove cresce il bisogno sociale, a prescindere dalle forme negoziali tipiche nelle quali l'obbligazione di lavoro viene dedotta. Il tempo in cui voci autorevoli, come quella di Luigi Mengoni, si levavano per riaffermare la netta distinzione tra tipi negoziali opposti in ragione di altrettanto nettamente divaricati assetti di interessi sembra superata, nei fatti, da un processo di moltiplicazione di forme giuridiche del lavoro in una affannosa rincorsa della norma verso la mutevole realtà sociale, in cui, più che la fattispecie, è la *disciplina* a porsi al centro della scena regolativa³².

La rivoluzione digitale in corso, dispiegando il suo pervasivo portato innovativo circa i mezzi e le modalità di prestare l'attività lavorativa secondo schemi capaci di sommare i vantaggi della gerarchia con quelli del mercato, ha ulteriormente enfatizzato l'insufficienza dei criteri di qualificazione tradizionali, sempre meno adatti a fornire risposte certe e razionali alle profonde trasformazioni del sistema economico-produttivo. Le piattaforme digitali, grazie ad un inedito dosaggio di flessibilità organizzativa, pieno controllo del processo produttivo e riduzione dei costi

³¹ ILO, *Work for a brighter future*, 2019, p. 38 s., ove si legge che il rapporto di lavoro subordinato rimane il centro di gravità delle tutele del lavoro ma, allo stesso tempo, tutti i lavoratori, senza riguardo al tipo di contratto o al loro status lavorativo, devono ugualmente fruire di protezioni adeguate al fine di assicurare condizioni lavorative umane per tutti. Tali condizioni sono riferite a: orario di lavoro, equa retribuzione, protezione in caso di malattia, infortunio, protezione del lavoro minorile, dei giovani e delle donne, parità di trattamento, libertà di associazione e di contrattazione collettiva.

³² Nella recente sentenza della Corte di Cassazione 1663/20 sul caso *Foodora*, si afferma significativamente, con riferimento all'art. 2, co1., che "non ha decisivo senso interrogarsi se tali forme di collaborazione...siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia, perché ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato, *disegnando una norma di disciplina*" (c.m.).

transattivi, hanno riproposto con maggiore clamore il problema della tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni (art. 35 Cost.), e quindi anche in quelle forme di autonomia imperfetta, o – come si usava dire con formula oggi desueta – di parasubordinazione, caratterizzate dalla presenza di prerogative creditorie incidenti sulle modalità di esecuzione della prestazione. Tali prerogative del committente, pur diverse rispetto a quelle tipiche del datore di lavoro nel lavoro subordinato in senso stretto (esercizio del potere direttivo in senso tecnico), condizionano la sfera di autonomia del prestatore in modo tale da giustificare l'intervento riequilibratore del diritto del lavoro. Ovviamente, in una prospettiva valutativa piuttosto che interpretativa, si potrà discutere sulla razionalità, assiologica e strumentale, di questa specifica tendenza espansiva del diritto del lavoro, che allarga lo spettro delle tutele a tutte le prestazioni autonome personali (o anche, come vedremo, *prevalentemente* personali: v. *infra*) caratterizzate dall'etero-organizzazione delle modalità di esecuzione della prestazione da parte del committente³³. Ma tale piano del discorso valutativo, che si colloca su un livello diverso rispetto a quello critico-ricostruttivo, sarà comunque influenzato dalla capacità del sistema di coniugare questa neo-tendenza espansiva del diritto del lavoro in senso universalistico con congegni rispondenti a logiche selettive, al fine di ridefinire il sistema delle tutele anche in una prospettiva modulare e per soglie di tutela. Si pensi, con particolare riferimento al contenuto della disciplina estesa ex art. 2, co1., sia alla possibilità di escludere l'applicazione integrale della disciplina

³³ In una prospettiva volta ad applicare il diritto del lavoro a tutte le relazioni personali di lavoro, senza riferimento alla subordinazione o dipendenza, con la sola esclusione che la persona sia un genuino imprenditore ("*unless that person is genuinely operating a business on her or his own account*"), v. il report *New Trade Union Strategies for New Forms of Employment*, scritto da N. Countouris e V. De Stefano, ETUC, Brussels, 2019. La formula proposta appare (volutamente, ritengo) un po' vaga, per non "irrigidire" la tensione universalistica che anima la proposta; tuttavia, in termini operativi, non si riesce a comprendere quali siano le norme di tutela che si dovrebbero applicare ai rapporti di lavoro autonomo, né a quali categorie di lavoratori autonomi si dovrebbe rivolgere lo statuto protettivo. Gli autori fanno un generico riferimento ad una situazione di "debolezza sul mercato del lavoro": ma questo non è certo un criterio giuridicamente affidabile per selezionare le figure sociali di riferimento meritevoli di tutela giuslavoristica. Infatti, la debolezza sul mercato del lavoro è un dato socio-economico (traducibile in termini giuridici come "debolezza contrattuale") riscontrabile anche nelle relazioni contrattuali con soggetti genuinamente autonomi o addirittura imprenditoriali: si pensi ad un lavoratore autonomo/micro-imprenditore personale che destina la propria opera o servizio a favore di un'impresa di più grandi dimensioni, in qualità di fornitore o sub-fornitore. Peraltro, quando la "debolezza economica" si traduce in "dipendenza economica" possono derivarne abusi, disciplinati, sul piano interno, dalla legge n. 192/1998 sulla subfornitura nelle attività produttive, e, più recentemente, dalla l. n. 81/2017 in materia di tutele del lavoro autonomo non imprenditoriale.

della subordinazione almeno in quei casi in cui essa sia "ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 c.c."³⁴, sia alla facoltà derogatoria attribuita all'autonomia collettiva dall'art. 2, co. 2 (su cui v. infra),

Invero, le due modifiche dell'art. 2, co.1, relative alla natura prevalentemente personale della prestazione e alla dimensione genericamente etero-organizzata della prestazione (non più necessariamente "anche" in relazione ai tempi ed al luogo dell'attività), su cui ci soffermeremo *funditus* più avanti, determinano un effetto di attrazione verso le tutele tipiche del rapporto di lavoro subordinato di una parte consistente del lavoro parasubordinato, mentre un'altra porzione di rapporti gravitanti nella zona grigia rifluiscono nello schema delle collaborazioni coordinate e continuative (art. 409 n. 3, c.p.c.) o del lavoro autonomo puro (art. 2222 c.c.), cui si applicano tutele sicuramente meno intense ed estese.

L'effetto complessivo è quello di una geografia normativa del lavoro autonomo con *gradienti differenziati di protezione*, posto che, mentre ai collaboratori autonomi etero-organizzati si applicano le tutele del lavoro subordinato standard, i prestatori autonomi delle piattaforme possono ora aspirare ad alcune tutele *ad hoc*, non previste da nessun'altra fattispecie concreta di lavoro autonomo, onde il sistema delle *locationes operis*, già di per se strutturalmente declinato al plurale, accentua i connotati di un "multiverso normativo" differenziato quanto a livelli, modelli regolativi e tecniche di tutela.

5. Neo-polarizzazione tra subordinazione e autonomia o ri-modulazione delle tutele?

Di fronte a queste innovazioni, l'interprete è chiamato non solo ad un'opera di esegesi del testo, ma anche - e soprattutto - di ricostruzione critica volta a fornire una rappresentazione il più possibile sistematica e coerente di questo composito multiverso normativo, sempre meno corrispondente al paradigma oppositivo tra *facere* autonomo e fattispecie di subordinazione. Se dovessi sinteticamente offrire al lettore una griglia interpretativa di questi sommovimenti categoriali e disciplinari, prospetterei due distinti scenari: l'uno di *neo-polarizzazione* delle categorie e delle relative tutele, sia pure con una maggiore attenzione a queste ultime rispetto alle prime, l'altro caratterizzato da una più accentuata frammentazione delle tipologie contrattuali e conseguente *modulazione* degli statuti protettivi.

³⁴ Cass. 1663/2020, che sembra, seppur *obiter*, ammettere l'applicazione di un principio di "compatibilità" tra la disciplina estesa e la "natura" autonoma del rapporto.

5.1. L'ipotesi della neo-polarizzazione.

Lo schema di neo-polarizzazione fornisce una lettura ancora una volta dicotomica tra subordinazione e autonomia come grandi sistemi di riferimento categoriale del diritto del lavoro. Si tratta, a ben vedere, di uno schema binario il quale, già ormai sganciato dalle rigidità del tipo contrattuale e affrancato dal classico metodo sussuntivo di qualificazione, supera anche il più flessibile metodo tipologico (che rimane pur sempre centrato sulla nozione di subordinazione) per approdare ad una nuova polarizzazione, assai meno centrata sulle fattispecie astratte di subordinazione e autonomia e più sensibile alle esigenze di tutela del lavoro nella sua declinazione pluralistica, come suggerito dall'approccio di tipo rimediale³⁵. L'area della parasubordinazione rappresentata dalle collaborazioni autonome etero-organizzate di cui all'art. 2, co.1, si colloca nel primo polo, quello della *disciplina* della subordinazione (non della *fattispecie di subordinazione*). Come dire che una componente di lavoro autonomo (parasubordinato), dopo aver attraversato lunghe traversie normative (dalle collaborazioni coordinate e continuative di cui all'originario art. 409 n. 3, c.p.c. al lavoro a progetto, sino ai c.d. rapporti a "partita iva") è finalmente approdata ad un porto sicuro, quello dello statuto regolativo del diritto del lavoro con tutele piene. Ciò è avvenuto sulla base di un duplice presupposto: l'uno antifraudolento, la cui *ratio* consiste nell'evitare l'abuso di "schermi contrattuali" finalizzati ad eludere l'applicazione delle tutele, l'altro "rimediale"³⁶, nell'ottica di rispondere alle sfide che il mercato del lavoro postindustriale, sempre più attraversato da forme originali, e spesso precarie, di attività lavorative, pone al diritto del lavoro: presentando connotati atipici o devianti o comunque differenziali rispetto al tipo prevalente del lavoro "alle dipendenze e sotto la direzione", tali forme di lavoro sono tipologicamente qualificabili come autonome, ma esprimono, nondimeno, bisogni di tutela sociale non distinguibili, nella sostanza, da quelli riscontrabili nel mondo del lavoro subordinato standard. Il legislatore non ha realizzato un *formale* progetto di pan-subordinazione, *id est* una riforma della fattispecie di subordinazione mediante la riformulazione del paradigma tipico dell'assoggettamento ad etero-direzione in senso allargato ed includente³⁷, né ha aggiunto alla fattispecie base una sua variazione tipologica basata sull'etero-organizzazione invece che

³⁵ Cfr. T. Treu, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 136/2017

³⁶ Cass. n. 1663/2020.

³⁷ Come proposto, ad esempio, in un ddl circolato all'inizio dell'esperienza di governo 5 Stelle-Lega.

sull'etero-direzione; il sistema ha invece allentato i vincoli tipologici che presiedono alla dinamica fattispecie-effetti grazie all'identificazione di un'area di lavoro parasubordinato (oggi "etero-organizzato") che, senza la norma dell'art. 2, rischierebbe di essere qualificato come lavoro autonomo *tout-court* e quindi (per la rigida correlazione fattispecie-effetti) sprovvisto di adeguate tutele. La legislazione del lavoro si è mossa quindi in senso espansivo, verso una prospettiva di sostanziale ampliamento del campo di applicazione delle discipline del tipo generale senza necessità di riscrittura tipologica delle categorie classiche del lavoro subordinato. Tuttavia, in questo scenario bipolare, è necessario rimarcare che l'effetto di espansione delle tutele del rapporto di lavoro subordinato verso i territori esterni alla fattispecie di subordinazione può essere temperato, e quindi opportunamente modulato selettivamente, in ragione dell'intervento dell'autonomia collettiva, abilitata dall'art. 2, co. 2, ad escludere dall'applicazione del co.1 le collaborazioni cui accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale abbiano fornito una diversa regolamentazione. E' come se il legislatore, consapevole dell'importante effetto attrattivo esercitato dal "magnete" di cui all'art. 2, comma 1, abbia inteso depotenziare (sino ad annullarlo del tutto) il meccanismo di espansione e universalizzazione delle tutele proprie del rapporto di lavoro subordinato, affidando alla contrattazione collettiva il compito di interpretare le esigenze di protezione sociale in quei settori. La contrattazione collettiva ha di conseguenza il compito di disapplicare l'effetto di cui al comma 1, vuoi rimodulando selettivamente le tutele eteronome che rappresentano il dato "istituzionalizzato dell'ordinamento della subordinazione"³⁸, vuoi individuando nuove e specifiche discipline di trattamento economico e normativo, calibrate su contenuti, congegni e tecniche regolative anche diverse da quelle del diritto del lavoro tradizionale (v. infra).

Seguendo lo scenario di una neo-polarizzazione delle discipline, nell'altro centro di attrazione normativa vanno collocate le collaborazioni coordinate e continuative ex art. 409 n. 3, c.p.c., la cui dimensione "autoritativa", rappresentata dalla prerogativa del *coordinamento* in capo al committente, è stata declassata a semplice modalità di coordinamento stabilita di comune accordo, e quindi a mero elemento consensuale del programma negoziale secondo quanto prevede in generale l'art. 2224 c.c. in tema di condizioni contrattuali di esecuzione dell'opera: un coordinamento sprovvisto dunque di ogni possibile elemento unilateralmente imposto dal committente. Ne consegue che questo

³⁸ R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile*, p.55.

segmento di lavoro parasubordinato, sin dalle origini ricondotto entro la categoria generale del lavoro autonomo ma connotato da un dato tipologico di difficile razionalizzazione dogmatica (il coordinamento, appunto) gravita ora assai più decisamente, ed assai più congruamente, nell'area disciplinare del lavoro autonomo, assistito da uno specifico (e modesto) apparato di tutele assai diverso in termini quantitativi e qualitativi rispetto al sistema protettivo del diritto del lavoro. La razionalità assiologica di questa polarizzazione delle collaborazioni coordinate e continuative verso il sistema del lavoro autonomo, diversamente da quanto accade per le collaborazioni autonome etero-organizzate, si spiega in ragione del diverso assetto degli interessi delle parti nonché della diversa condizione in cui versano i prestatori nei rispettivi segmenti del lavoro parasubordinato: una condizione di assoggettamento ad un potere di organizzazione delle modalità estrinseche della prestazione in un caso, una condizione di piena autonomia organizzativa, pur nell'ambito di una programmazione negoziale delle modalità di adempimento dell'obbligazione, nell'altro caso. Le norme di matrice civilistica poste a tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale di cui alla legge n. 81/2017, l'art. 409, n. 3, c.p.c., le altre prerogative sociali spettanti al collaboratore coordinato e continuativo (dalla Dis-coll alle tutele in caso maternità, malattia e infortunio) definiscono quindi uno *statuto minimo di garanzia per i lavoratori autonomi* i quali – secondo la valutazione compiuta dal legislatore – esprimono bisogni di tutela sociale inferiori e/o diversi rispetto a quelli del collaboratore etero-organizzato di cui all'art. 2, co.1. In definitiva, secondo questo scenario polarizzante, la grande dicotomia subordinazione/autonomia è stata *scomposta tipologicamente* per essere *ricomposta disciplinarmente*, secondo il seguente schema riassuntivo:

(lavoro subordinato standard ex art 2094 c.c.; lavoro autonomo etero-organizzato ex art. 2, co.1 = *disciplina* del rapporto di lavoro subordinato);

(collaborazioni coordinate e continuative ex art. 409 n. 3 c.p.c.; lavoro autonomo tramite piattaforma di cui al Capo V-bis; lavoro autonomo puro ex art. 2222 c.c. = tutele generali del lavoro autonomo ex l. n. 81/2017 + tutele specifiche per ciascuna forma particolare di prestazione autonoma).

5.2. L'ipotesi della ri-modulazione delle tutele.

La seconda ipotesi ricostruttiva parte da un diverso presupposto concettuale e giunge a differenti conclusioni sul piano logico-sistematico. Invece che prospettare la descritta neo-polarizzazione tra le due grandi categorie del lavoro subordinato ed autonomo, si può tematizzare la crisi

metodologica e di razionalità strumentale di questo paradigma classico e la sua ormai progredita trasformazione in un insieme *modulare e graduato di tutele* del lavoro (il lavoro “*sans phrase*”, per riprendere una formula dottrinale degli anni '90) che si collegano ai bisogni di protezione sociali espressi dalle inedite figure sociali del lavoro 4.0, prescindendo sempre più dalla rigida struttura binaria su cui il diritto del lavoro è stato edificato (ma che, al contempo, lo stesso diritto del lavoro, con la sua tendenza espansiva, ha sempre dimostrato non essere un dogma assoluto).

Il concetto chiave di questo scenario è “selettività” delle tutele, vale a dire un modello regolativo ispirato ad una logica differenziante che può avere ad oggetto sia i destinatari delle tutele (per cui l'estensione dei diritti avviene a favore certi gruppi di lavoratori e non di altri: ad esempio i lavoratori autonomi delle piattaforme e non tutti i lavoratori autonomi; i lavoratori autonomi coordinati e continuativi e non tutti i prestatori d'opera; ecc.), sia il livello e l'intensità delle tutele (garantendosi così i soggetti maggiormente vulnerabili con tutele massime, come nel caso dell'art. 2, co.1, e modulando tutele parziali per coloro che necessitano la protezione di alcune situazioni giuridiche e non un intero edificio normativo, come accade ad esempio in ragione della differenziazione tra lavoro autonomo e attività d'impresa compiuta dalla legge n. 81/2017). In questa prospettiva, che dispiega una razionalità regolativa adattiva rispetto alla crescente complessità del lavoro nella sua realtà economica e sociale, la disciplina del rapporto di lavoro subordinato resta appannaggio della fattispecie tipica di cui all'art. 2094 c.c. ma viene selettivamente estesa, *in tutto o in parte*, anche a forme di lavoro non subordinato, sul presupposto che l'esigenza di protezione sociale si articola attorno a fattispecie differenziate dal punto di vista strettamente tipologico (inteso il tipo nella sua globalità) ma accomunate da taluni elementi transtipici (la personalità o prevalente personalità della prestazione, la continuità, l'assoggettamento a prerogative che limitano, con diversa intensità e gradazione, l'autonomia della prestazione, la dipendenza economica ecc.) che colgono in modo pluralistico i bisogni sociali da soddisfare. In tal modo le tutele possono addensarsi secondo “soglie” soggettivamente e/o disciplinarmente diversificate, talvolta legate a fattispecie sovra-tipiche (come nel caso dell'art. 2, co.1, o dell'art. 409, n. 3, c.p.c.), altre volte inerenti a fattispecie specifiche definite in ragione di elementi decisamente estrinseci del rapporto, e attinenti direttamente al mutato contesto economico-organizzativo (come nel caso del lavoro autonomo tramite piattaforme), con intensità protettive diverse a seconda, appunto, dei bisogni di tutele sociale che vengono espressi dalle nuove soggettività del lavoro. Se questa ipotesi ricostruttiva risultasse confermata, piuttosto

che verso una nuova grande neo-polarizzazione del mondo del lavoro, il sistema italiano si collocherebbe, con maggiore consapevolezza rispetto al passato, in una logica di progressivo superamento della grande dicotomia. Questo oltrepassamento del confine categoriale si è attuato con un mix legislativo di *universalismo-assimilativo* (art. 2, co.1) e di *espansionismo-selettivo* delle tutele secondo diversi gradienti (art. 2, co. 2, art. 409 n.3, c.p.c., lavoro autonomo tramite piattaforma) che rilancia, nel suo complesso, l'aspirazione universalistica del diritto del lavoro unitamente alla garanzia di selettività sociale dell'intervento protettivo. Infatti, se la logica di regolazione è selettiva, l'effetto sistemico complessivo non è quello – talvolta lamentato in dottrina – di una riduzione delle tutele e/o dei soggetti destinatari delle stesse, ma, al contrario un'espansione modulare del diritto del lavoro verso una quota addizionale di lavoratori: la selettività opera infatti come meccanismo intelligente e mirato di universalismo delle tutele³⁹.

5.2.2. La contrattazione collettiva come vettore di modulazione delle tutele: l'esempio dell'art. 2, co.2, del d. lgs. 81/2017 e i suoi profili critici.

Se si vuole coltivare lo schema della selezione delle tutele, è importante rimarcare il possibile sganciamento della fattispecie del lavoro etero-organizzato dall'effetto omologante di cui all'art. 2, co.1, grazie ad un vettore cui la stessa norma, nella sua complessa *ratio*, fa espresso rinvio, spostando la risposta riequilibratrice *ab externo* e incentrandola sulla fonte collettiva, più dinamica ed adattiva rispetto alla legge. Fino ad oggi questo percorso è stato attivato in particolari contesti (come del resto richiede la norma, che si riferisce espressamente a "particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore", ad esempio quello dei *call center*), onde l'attribuzione all'autonomia collettiva della facoltà di regolare diversamente le fattispecie concrete di lavoro etero-organizzato non sembra aver dato, almeno sinora, frutti generalizzabili (ma è lo stesso art. 2, co.1, a non avere avuto, di fatto, applicazione concreta, a parte il noto caso giudiziario dei *riders* di Foodora). È quindi possibile, ma non scontato, anche alla luce della novella, che la fattispecie definita dal legislatore nel 2015 rappresenti un potenziale fattore di aggregazione normativa per le nuove figure sociali operanti nei segmenti "grigi" e meno tutelati del mercato del lavoro (piattaforme, *crowdworking*), smentendo tesi circa la non impiegabilità dell'art. 2, co.1,

³⁹ Cfr. G. Davidov, p. 16

in materia di lavoro tramite piattaforme digitali⁴⁰. Se questa prospettiva venisse perseguita anche dagli attori sociali, l'art. 2, co.2, potrebbe rappresentare l'occasione - in quanto *norma promozionale* della contrattazione collettiva in materia di disciplina delle collaborazioni etero-organizzate - per svolgere un ruolo regolativo originale, traghettando le nuove e sottoprotette forme di lavoro verso inediti orizzonti di tutela riguardanti il loro trattamento economico e normativo. In questo modo l'art. 2, *nel suo complesso*, costituirebbe un'innovazione evolutiva davvero intelligente del diritto del lavoro inteso come *sistema normativo pluralistico e differenziato*, idoneo a rilanciare la funzione regolativa tipica dell'autonomia collettiva e la sua capacità di ricerca "sul campo" di possibili percorsi di tutela del lavoro, contribuendo a decostruire il "pluralismo polarizzato dalla vocazione egemonica del prototipo"⁴¹ ed accompagnando la logica di differenziazione disciplinare dei rapporti di lavoro nell'area del lavoro autonomo contermine alla subordinazione classica⁴².

Vale tuttavia rilevare come il meccanismo sancito dall'art. 2, co.2, nel prevedere una contrattazione collettiva avente ad oggetto il trattamento economico e normativo di lavoratori non subordinati, non sia esente da profili problematici, non tanto sotto il profilo del diritto interno⁴³, quanto

⁴⁰ Cfr. ad es. F. Capponi, *La regolazione delle collaborazioni etero-organizzate tra legge e contratto: il caso delle piattaforme di food delivery*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 1258; in senso diverso, reputa "plausibile" l'effetto estensivo del tipo standard in tutte le situazioni in cui il lavoro organizzato dalla piattaforma si attui offline e il committente ne gestisca l'esecuzione con modalità stringenti, P. Tullini, *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in A. Perulli, *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Kluwer-Cedam, 2018. Da parte mia, pur ritenendo di escludere un impiego "automatico" della nozione di prestazione etero-organizzata dal committente nell'ambito del *platform work*, e guardando con favore anche a soluzioni legislative *ad hoc*, sul modello francese, o a più radicali ripensamenti in senso modulare (per soglie di tutela) del sistema giuslavoristico, ho sin da subito individuato nell'art. 2 una norma volta ad allargare i confini delle tutele in tutte le situazioni in cui, pur mancando il requisito della subordinazione, si realizzino condizioni di eteroorganizzazione.

⁴¹ G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1985, p.58.

⁴² Condivisibile la posizione di F. Scarpelli, *Le garanzie difficili nei lavori precari*, in P. Curzio, a cura di, *Diritto del lavoro contemporaneo*, Cacucci editore, Bari, 2019, p. 28, parla di "operazioni selettive della disciplina lavoristica" grazie ad una delle più significative "ingegnerie di sistema del settore lavoristico".

⁴³ Ciò, sia detto, sul piano della prassi (specie con riferimento alla contrattazione collettiva a favore dei collaboratori a progetto) benchè, sul piano strettamente giuridico-formale - e diversamente da quanto accaduto in altri ordinamenti (Spagna, Germania ad esempio) - non sia stata ancora promulgata una norma che dichiari espressamente il diritto di contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi (neppure nella legge che per la prima volta ha inteso definire le tutele di base per tutte le prestazioni di lavoro non imprenditoriale, l. n. 81/2017, che platealmente ha ignorato i profili collettivi della materia); sotto questo profilo non convince quindi l'analisi di chi afferma che un intervento normativo in materia

per il probabile contrasto con il diritto europeo della concorrenza. Come è noto, infatti, secondo la giurisprudenza *Albany*, l'immunità concessa all'autonomia negoziale collettiva (ossia al "dialogo sociale" tra le parti) rispetto all'applicazione dell'art. 101 TFUE in ragione degli obiettivi di politica sociale perseguiti dagli accordi collettivi, sussiste solo a condizione che a) il contratto collettivo contribuisca direttamente al miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro dei lavoratori, nonché b) riguardi prestatori subordinati e non lavoratori autonomi, i quali sono qualificati come "imprese" nel senso dell'art. 101, par. 1, TFUE "dal momento che offrono i loro servizi dietro corrispettivo in un determinato mercato e esercitano la loro attività come operatori economici indipendenti rispetto ai loro committenti"⁴⁴. L'orientamento della CGE sul punto è chiarissima nel delegittimare la contrattazione collettiva avente ad oggetto il trattamento economico e normativo di lavoratori autonomi, sia perché - a detta della Corte - non sussiste nessuna norma che, alla stregua del diritto unieuropeo (artt. 153 e 155 TFUE, nonché 1 e 4 dell'accordo sulla politica sociale) "incoraggi i prestatori autonomi a instaurare un simile dialogo con i datori di lavoro presso i quali forniscono prestazioni di servizi in forza di un contratto d'opera e, dunque, a stipulare accordi collettivi con detti datori di lavoro al fine di migliorare le proprie condizioni di occupazione e di lavoro"⁴⁵; sia perché l'associazione sindacale in rappresentanza di lavoratori autonomi non agisce come "parte sociale" ma, in realtà, opera come associazione di imprese⁴⁶.

L'unica possibilità per evitare il conflitto con il diritto della concorrenza consiste nel verificare se i lavoratori in nome e per conto dei quali il sindacato ha trattato non siano dei "falsi autonomi", vale a dire prestatori la cui indipendenza è solo fittizia e nasconde un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato (in quanto sottoposti al *potere direttivo* del datore di lavoro). A prescindere dalla stranezza di attribuire al concetto di "falso autonomo" uno status normativo che, invece, non sussiste -

"assumerebbe al più valore simbolico, in quanto meramente ricognitivo di un diritto del quale, stando alla presente ricostruzione, i collaborati autonomi godrebbero già" (così M. Biasi, *Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della l. n. 81 del 2017*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 358/2018, p. 23, nell'ambito di un'analisi ricostruttiva tesa a dimostrare come, in ambito nazionale, si sia consolidata l'estensione della libertà sindacale oltre la subordinazione e che, sul fronte del potenziale conflitto con il diritto europeo *antitrust*, anche la contrattazione collettiva degli autonomi ricadrebbe nell'eccezione stabilita dalla giurisprudenza *Albany*: ma v. *infra* nel testo).

⁴⁴ CGE 4 dicembre 2014 C:2013:413 *FNV Kunsten Informatie en Media*, Punto 28

⁴⁵ punto 29; adde CGE 12 settembre 2000 Pavlov e a., C:2000:428 punto 69

⁴⁶ punto 28

essendo il riferimento al falso autonomo in realtà espressione del disvalore attribuito ad operazioni di fraudolenta dissimulazione del rapporto di lavoro subordinato, cui consegue necessariamente un'attività di correzione della congruenza tra realtà materiale e realtà giuridica che prende il nome di *riqualificazione* del rapporto -, la posizione della CGE è netta nell'affermare che solo i lavoratori subordinati in senso stretto possono godere dei frutti dell'autonomia collettiva senza scontrarsi con il diritto *antitrust*. I tentativi generosi di parte della dottrina di edulcorare l'orientamento rigoroso, ma molto chiaro, della CGE, sostenendo che la sentenza in esame consentirebbe di estendere l'eccezione *antitrust* anche al di fuori dell'area classica della subordinazione⁴⁷, ovvero che la pronuncia in esame valorizzerebbe l'elemento dell'etero-organizzazione piuttosto che quello dell'eterodirezione quale criterio decisivo ai fini della qualificazione (salvo poi affermare "l'evanescenza" dell'etero-organizzazione)⁴⁸, non rispecchiano il *dictum* (e l'intenzione) della Corte. Al contrario, i giudici di Lussemburgo, al fine di distinguere un lavoratore subordinato da un lavoratore autonomo ai fini del diritto dell'Unione, non si discostano affatto dalla consueta caratterizzazione del lavoratore subordinato come "persona che fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni contropartita dalle quali riceva una retribuzione"⁴⁹, in una condizione in cui tale persona "agisca sotto la direzione del suo datore di lavoro per quanto riguarda in particolare la sua libertà di scegliere l'orario, il luogo e il contenuto del suo lavoro"⁵⁰, mentre un soggetto può essere qualificato come lavoratore subordinato "se la sua indipendenza è solamente fittizia e nasconde in tal modo un vero e proprio rapporto di lavoro"⁵¹. In

⁴⁷ Cfr. Biasi, *Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della l. n. 81 del 2017*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 358/2018, p. 19, nonché p. 10, ove si afferma che nella pronuncia *FNV Kunsten* la chiusura alla contrattazione collettiva degli autonomi sarebbe "apparente". In realtà nessun passaggio logico-giuridico del ragionamento della Corte sembra consentire una simile conclusione: per godere dell'immunità dalla disciplina antitrust il lavoratore deve essere un "falso autonomo", cioè un lavoratore subordinato a tutti gli effetti (vedi in particolare punti da 33 a 36, e il punto 37 ove si afferma espressamente che spetta al giudice del rinvio valutare se, al di là della natura giuridica del loro contratto d'opera, i lavoratori in questione "non si trovino in un rapporto di subordinazione con l'orchestra").

⁴⁸ P. Ichino, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri*, in RIDL, 2015, II, p. 576 s. In realtà la sentenza della CGE richiama pedissequamente, ai punti 34, 35 e 36 l'assoggettamento ad etero-direzione quale indice discrezionale, mentre non v'è alcun accenno all'etero-organizzazione come criterio di qualificazione dei rapporti di lavoro.

⁴⁹ CG C-413/13, punto 34

⁵⁰ punto 36

⁵¹ punto 35.

sostanza, la Corte non fa altro che riaffermare un principio assolutamente pacifico in tutti i sistemi giuridici, non solo europei, vale a dire la prevalenza della "realtà" sulla finzione in materia di qualificazione del rapporto di lavoro, affidando al giudice del rinvio la valutazione "se, al di là della natura giuridica del loro contratto d'opera", tali lavoratori "non si trovino in un rapporto di subordinazione" definito secondo i criteri sopra precisati (punti da 33 a 36 della sentenza⁵². L'inequivoco orientamento della Corte trova, peraltro, conferma nell'Opinione espressa dall'Avvocato Generale Wahl, il quale descrive i falsi autonomi nel modo seguente: "*employees who are disguised as self-employed in order to avoid the application of some specific legislation (for example, labour or fiscal regulation) which is considered unfavorable by the employer*"; è evidente che tale definizione non mira a introdurre una nuova categoria di lavoratori (i "falsi autonomi"), o ad ampliare il campo di applicazione dell'esenzione *Albany* oltre i confini del lavoro subordinato, bensì a registrare l'esistenza di situazioni, peraltro ben note nell'esperienza italiana, di abuso della categoria del lavoro autonomo da parte di datori di lavoro che impiegano di fatto al loro servizio lavoratori subordinati⁵³.

Quindi, lungi da aprire nuove prospettive di estensione della nozione di subordinazione oltre i rigidi confini della fattispecie così come definita tradizionalmente dalla giurisprudenza, la Corte preclude con questa sentenza una visione evoluzionistica volta ad estendere l'eccezione *Albany* ai lavoratori indipendenti. La verità, quindi, è che, allo stato attuale, il conflitto tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza esiste e, come riconosce la dottrina internazionale, "deve essere risolto per consentire ai *freelance* di fruire dei diritti di libertà di associazione e di rappresentanza collettiva".⁵⁴

La questione relativa all'attribuzione ai rappresentanti dei lavoratori genuinamente autonomi - come sono, specie alla luce della novella, i collaboratori eteroorganizzati di cui all'art. 2.co1. - della piena libertà di esercitare il diritto di contrattazione collettiva, dovrà essere quindi risolta dallo stesso diritto unieuropeo e dalla sua giurisprudenza, vuoi sulla base di una revisione profonda dei presupposti teorici di identificazione automatica tra lavoro autonomo e impresa (che non si limiti all'ovvia eccezione per i "falsi autonomi"), sia sulla valorizzazione della contrattazione collettiva come diritto fondamentale sancito dall'art. 28

⁵² Punto 37

⁵³ Cfr. E. Verhulp, *The Notion of "Employee" in EU-Law and National Laws*, Working Paper presentato alla Conferenza annuale dell'European Centre of Expertise (ECE), Francoforte, 17 aprile 2017.

⁵⁴ P. Charhon, D. Murphy, *The Future of Work in the Media, Arts & Entertainment Sector: Meeting the Challenge of Atypical Working*, Euro FIA, EFJ, FIM and UNI MEI, Brussels, 2016.

della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, dell'art. 6.2 della carta Sociale Europea e dall'art. 11 della CEDU⁵⁵. Le basi giuridiche per una simile revisione certo non mancano, e possono essere oggi rafforzate anche grazie al Pilastro Europeo dei Diritti Sociali, che garantisce i diritti fondamentali per i lavoratori autonomi e per gli altri "lavoratori atipici"; su queste fondamenta l'UE deve quindi modificare la propria legislazione *antitrust* (o la Corte cambiare registro interpretativo) per rimuovere una irragionevole barriera alla promozione e allo sviluppo dell'azione collettiva dei lavoratori autonomi, come chiedono peraltro con molta determinazione i Sindacati europei e le stesse Organizzazioni sindacali dei lavoratori dei paesi membri⁵⁶. Non mancano, del resto, nelle legislazioni degli stati membri esempi di emendamenti della normativa *antitrust* volti a sancire il principio secondo cui la contrattazione collettiva riferita a "rilevanti categorie di lavoratori autonomi" non ricade sotto la scure del diritto della concorrenza⁵⁷, specie se si tratta di *lavoratori autonomi economicamente dipendenti*⁵⁸, come nel caso dei prestatori d'opera irlandesi il cui reddito derivi da non più di due committenti, ovvero dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti (TRADE) spagnoli, abilitati dallo Statuto del lavoro autonomo a stipulare accordi collettivi di interesse professionale (*acuerdos de interés profesional*), o ancora dei lavoratori autonomi parasubordinati tedeschi, le *arbeitnehmerähnliche Personen* a cui la legge estende i benefici del *Tarifvertragsgesetz*.

Ciò detto, il problema del potenziale conflitto tra contrattazione collettiva dei collaboratori autonomi etero-organizzati di cui all'art. 2, co.1

⁵⁵ In tal senso, giustamente, N. Countouris e V. De Stefano, *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, Brussels, 2019, p. 52 s.

⁵⁶ Cfr. L. Fulton, *Trade Unions Protecting Self-Employed Workers*, ETUC, Brussels, 2018, p. 84 s.

⁵⁷ Il riferimento è al *Competition (Amendment) Act* irlandese del 2017.

⁵⁸ Un'apertura, in questo senso, può essere rintracciata nelle parole dell'Avvocato Generale nella menzionata decisione C-413/13, secondo cui i *self-employed persons who are economically dependent on a sole (or main) customer* si trovano in condizioni abbastanza simili (*rather similar*) a quelle tipicamente esistenti tra un lavoratore subordinato e un datore di lavoro (para. 52). Tuttavia, la posizione dell'Avvocato Generale è doppiamente sbagliata, perché a) accomuna i lavoratori in condizioni di dipendenza economica con i falsi lavoratori autonomi (mentre le due situazioni non sono affatto coincidenti); b) considera entrambe queste categorie come forme dissimulate di lavoro subordinato, cui si applica l'eccezione *Albany*. In realtà, mentre il falso lavoratore autonomo è lavoro subordinato mascherato, il lavoro economicamente dipendente non è affatto espressione del lavoro subordinato, ma di lavoro autonomo (economicamente dipendente) o imprenditoriale. Per quanto qui rileva, comunque, la decisione in esame non consente di applicare l'eccezione *Albany* ai contratti collettivi di lavoratori che non rivestano le caratteristiche della subordinazione standard.

e il diritto europeo della concorrenza potrebbe non limitarsi alla circostanza sin qui esaminata, vale a dire la natura autonoma dei prestatori interessati. Anche ammesso che per questa particolare categoria di prestatori etero-organizzati valga l'immunità dalla legislazione *antitrust*, al pari di quanto accade per i lavoratori subordinati, è discutibile che la contrattazione collettiva avente ad oggetto il trattamento economico e normativo di questi collaboratori superi lo sbarramento funzionale posto dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, consistente nel requisito che la contrattazione collettiva persegua la ricerca di misure *volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro*⁵⁹. Invero, è assai difficile sostenere che la contrattazione collettiva di cui all'art. 2, co.2, sia volta, nella sua funzione delegata dal legislatore, ad attuare un *miglioramento delle condizioni di lavoro dei collaboratori etero-organizzati*: non si tratta infatti di una contrattazione incrementale delle condizioni di lavoro, ma, al contrario, derogatoria ed ablativa della disciplina del rapporto di lavoro subordinato. L'accordo sindacale ex art. 2, co.2, sortisce infatti l'effetto di sottrarre al lavoratore etero-organizzato la fruizione dello statuto protettivo standard che gli spetterebbe *ex lege* in mancanza di intervento dell'autonomia collettiva⁶⁰; tanto è vero che, come si è giustamente osservato, la contrattazione prevista dall'art. 2, co.2, che pure consentirebbe *in thesi* importanti operazioni di selezione/modulazione delle tutele, sembra porsi in "una logica soprattutto difensiva degli assetti di compatibilità economica e occupazionale di alcuni settori"⁶¹. Con la conseguenza, insomma, che la contrattazione collettiva *de qua*, se messa a confronto con il diritto europeo della concorrenza, rischia di incorrere in una duplice infrazione, sia per la natura genuinamente autonoma dei prestatori, sia per la peculiare funzione (non migliorativa, ma addirittura ablativa o comunque derogatoria *in peius* delle condizioni di lavoro) svolta

⁵⁹ CGE 21 settembre 1999 *Albany International BV*, C:1999:430, punto 59; CGE 11 settembre 2007 *International Transport Workers' Federation*, C:2005:483, punto 49, CGE 9 luglio 2009 3F/Commissione, C:2007:319, punto 50.

⁶⁰ Parla di un "potere derogatorio" conferito dalla legge alla contrattazione collettiva A. Zoppoli, *La collaborazione eteroorganizzata: fattispecie e disciplina*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 296/2016, p. 27 ss., nell'ambito di un ragionamento fortemente critico che tende a dimostrare comunque la violazione del principio di indisponibilità del tipo in ragione della connotazione sociale delle collaborazioni eteroorganizzate e della loro riconduzione ai fini normativi nell'alveo della subordinazione.

⁶¹ Cfr. F. Scarpelli, *Le garanzie difficili nei lavori precari*, in P. Curzio, a cura di, *Diritto del lavoro contemporaneo*, Cacucci editore, Bari, 2019, p. 28; ma v. anche R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-282/2015, p. 14, che parla di una "promozione morbida di passaggi convenzionali (...) con l'evidente esigenza di garantire la salvaguardia delle imprese e, quindi, della occupazione".

dall'autonomia collettiva in siffatto, e del tutto peculiare, schema regolativo.

6. Legislazioni a confronto: la dipendenza economica come criterio di espansione delle tutele.

Come si è visto nel precedente paragrafo, il legislatore interno si è mosso su linee evolutive che possono essere ricondotte sia alla tradizione rivisitata (neo-polarizzazione) ovvero ad un cambiamento del paradigma storico di regolazione (selezione/modulazione delle tutele). In entrambi gli scenari prospettati, comunque, la riforma (e i suoi riflessi sistematici) presenta elementi critici non solo, come vedremo, di natura interpretativa, ma anche di razionalità sociale. Forse il modello della neo-polarizzazione riflette più fedelmente il quadro sistematico così come progressivamente ridefinito dal legislatore, con uno sbilanciamento verso l'universalizzazione delle tutele a discapito delle esigenze di selettività: l'espansione della disciplina giuslavoristica realizzata dall'art. 2, co.1, prevale in effetti sulla logica dell'estensione selettiva delle tutele, pur presente sul fronte del lavoro autonomo più prossimo all'autonomia "pura" (art. 409 n. 3, cp.c.). L'art. 2, co.1, sembra realizzare, almeno potenzialmente, un formidabile meccanismo di vera e propria assimilazione *tout-court* del lavoratore etero-organizzato alla figura social-tipica del lavoro subordinato, con un effetto di generalizzazione delle tutele che prescinde da ogni esigenza di selettività, *salvo non venga attivato il percorso derogatorio previsto dal comma 2*: in tal caso, infatti, l'universalizzazione realizzata dal comma 1 si spezza in tanti possibili statuti *ad hoc* regolati dal principio di autonomia regolativa collettiva, onde la tendenza espansiva universalizzante si converte in una tendenza espansiva selettiva/modulare.

Con la modificazione dei profili tipologici della norma, la fattispecie del lavoro autonomo etero-organizzato, affiancandosi alla fattispecie tipica della subordinazione, crea un ampio sistema di tutela uniforme del lavoro, tra i più estesi tra quelli europei. L'universalizzazione delle tutele attraverso la tecnica dell'assimilazione ha certamente dei pregi, ma presenta anche dei difetti. La logica selettiva, presente soprattutto in quegli ordinamenti che estendono solo alcune tutele a favore di lavoratori non subordinati bisognosi di protezione sociale fornisce una risposta più appagante alle molteplici esigenze regolative di un mercato del lavoro complesso e diversificato sia sotto il profilo dei referenti social-tipici del lavoro sia in relazione all'assetto complessivo degli interessi nelle diverse situazioni di debolezza economica e nelle diverse situazioni di soggezione e inferiorità (economica, sociale, giuridico-contrattuale) in cui versano le

diverse figure di lavoratori a fronte del creditore della prestazione (datore di lavoro o committente che sia).

Peraltro, i sistemi che non si affidano ad assimilazioni generalizzanti, adottando tecniche di estensione modulare delle tutele in ragione di differenziati assetti di interessi, valorizzano criteri selettivi basati sul concetto empirico e misurabile della "dipendenza economica" piuttosto che su indici qualificatori, riferibili a modalità prestatorie e/o a prerogative in senso lato organizzative del committente, ulteriori e distinte da quelle dell'eterodirezione tradizionale, di guisa che l'emergenza di bisogni sociali di protezione del lavoro vengono identificati attraverso indicatori reddituali misurabili, senza complicare e segmentare eccessivamente lo scacchiere tipologico di riferimento (come invece è accaduto nel nostro sistema). In Germania lavoratori "simil-dipendenti", oltre ad essere caratterizzati dall'assunzione volontaria del rischio d'impresa, non sono *persönlich abhängig*, né *weisungsgebunden*, cioè non si identificano per la dipendenza personale né per l'assoggettamento alle direttive del datore di lavoro (ed al suo potere disciplinare), bensì per il carattere della "dipendenza economica", il cui criterio legale di accertamento si incentra sul lavoro "*svolto prevalentemente per una persona*" (par.12a TVG); in sostanza, è lavoratore economicamente dipendente chi ricava, in media, almeno la metà del proprio reddito complessivo da un unico committente. La *ratio* che informa la scelta legislativa appare evidente: il bisogno di *protezione sociale* e, di conseguenza, la spinta estensiva di alcune tutele tipiche del lavoro subordinato, è condizionato al fatto che il lavoratore tragga dal proprio lavoro la fonte fondamentale del suo mantenimento, ossia che il lavoro prestato prevalentemente per l'unico committente costituisca la sua "base dell'esistenza" ("*Existenzgrundlage*"). Criteri analoghi sono in uso nel sistema francese, ove assume rilievo preminente al fine di misurare il grado di dipendenza economica la quantità di reddito percepito in base al contratto. In mancanza di soglie fissate *ex lege*, la cifra di affari realizzata viene rimessa all'apprezzamento del giudice: "*dés lors que l'essentiel de ses revenus professionnels proviendra du meme cocontractant, il y aura lieu de considerer qu'il se trouve en situation de dépendance économique*"⁶². Una situazione, questa, implicitamente assunta dal legislatore come ricorrente qualora sussistano le condizioni di esclusività o quasi esclusività che caratterizza il rapporto del prestatore-gerente con "*une seule entreprise industrielle ou commerciale*" capace di imporre al prestatore condizioni e prezzo di vendita. Anche in Spagna lo "Statuto del lavoro autonomo" (l. 11 luglio 2007, n. 20 e l. 10 ottobre 2011, n. 36)

⁶² G. J. Virassamy, *op. cit.*

offre al *TRADE* alcune tutele specifiche in base alla dipendenza economica del lavoratore autonomo⁶³. Questi ed altri sistemi (come quello canadese) hanno quindi realizzato un'espansione selettiva delle tutele - in Francia anche un'assimilazione quasi totale al lavoro subordinato per talune specifiche figure professionali - affidandosi a criteri di dipendenza economica piuttosto che ad indici tipologici differenziali rispetto a quelli tipici della subordinazione.

Il legislatore italiano, viceversa, non ha mai inteso valorizzare il criterio selettivo della dipendenza economica, utilizzando invece nel *continuum* di tipizzazioni alternative a quelle basiche dei selettori qualitativi differenzianti rispetto ai dati tipologici classici (*id est* dipendenza ed assoggettamento ed eterodirezione per la fattispecie di subordinazione, assenza di subordinazione per il lavoro autonomo) la cui giuridificazione ha complicato non poco l'opera di decodificazione delle norme (e dei "pezzi" di norme) rispetto ai dati della realtà sociale. I concetti di "organizzazione" e di "coordinamento", che si innestano sulla base di un'identica nozione di attività prestatoria continuativa e prevalentemente personale, sono collegati a fattispecie molto diverse sul piano della disciplina applicabile e dovrebbero descrivere, quindi, assetti di interesse altrettanto diversificati e rispecchianti la complessità del lavoro e dei rapporti sociali di produzione nelle moderne organizzazioni produttive. Questa funzione definitoria impone un profondo impegno di speculazione concettuale, che non sempre la dottrina è disposta a svolgere, preferendo soluzioni più sbrigative, routinarie e semplificatrici (come quella che tende ad identificare l'etero-direzione con l'etero-organizzazione, o continua ad attribuire al coordinamento una pregnanza potestativa *ex latere creditoris* che invece è ormai esclusa dall'art. 409, n. 3, c.p.c.). Il rischio che si corre, è di rendere il sistema talmente complicato e contraddittorio da far desistere gli operatori del diritto dal comprenderne appieno le sfumature concettuali, mentre la stessa giurisprudenza fatica a dipanare il groviglio normativo e a tradurne la relativa grammatica in termini applicativi, al fine di collocare le neo-categorie giuridiche entro coordinate comprensibili, affidabili ed operative.

7. Oltre la subordinazione: i profili interpretativi.

Su queste linee di lettura critico-ricostruttiva si deve ora sviluppare un discorso più squisitamente interpretativo, che sia in grado di affrontare una serie di snodi problematici, di notevole spessore anche

⁶³ Cfr. J. Cruz-Villalon, op. cit., p. 294.

dogmatico, posti dalla più recente legislazione in materia di collaborazioni etero-organizzate e di tutela dei *riders* autonomi.

7.1. La prestazione prevalentemente personale.

La prima questione riguarda il portato dell'art. 1 della legge n. 128 del 2019 giusta il quale, al primo periodo dell'art. 2, co.1, la parola "esclusivamente" è sostituita con "prevalentemente". L'intervento del legislatore, apparentemente marginale, è invece assai significativo per la sua portata sistematica, specie con riferimento alla nota *querelle* dottrinale che oppone coloro i quali sostengono (con diverse sfumature e argomentazioni) che l'art. 2, co.1, insista sulla nozione legale di subordinazione (rivestendo natura di norma confermativa, o secondo alcuni additiva, della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c.) e quanti invece ritengono che la nozione di collaborazione organizzata dal committente non interferisca direttamente o indirettamente con la fattispecie del lavoro subordinato, ma introduca nel sistema una nuova e diversa categoria di collaborazioni gravitanti nella soglia tra subordinazione e autonomia, ricondotte *per l'effetto* nell'area della subordinazione, senza che ne venga disposta una conversione automatica, ovvero che operi una presunzione (relativa od assoluta) di subordinazione⁶⁴.

L'aver modificato l'inciso "esclusivamente" con "prevalentemente" conferma la bontà di quest'ultima ipotesi ricostruttiva, smentendo sia le tesi che riconducono i tratti della collaborazione etero-organizzata a quelli tipici della subordinazione, sia l'opinione della norma "apparente", sia il pensiero di chi, senza prendere posizione sulla natura del rapporto, nega comunque si tratti di un sottotipo del lavoro autonomo, facendo genericamente riferimento ad una categoria aperta di rapporti cui si applica la disciplina del lavoro subordinato⁶⁵. Poiché non è concepibile che il lavoro subordinato (qualunque siano gli indici rivelatori della subordinazione) possa essere "prevalentemente personale", non v'è dubbio che la novella introduca un dato tipologico del tutto incompatibile con la fattispecie di cui all'art. 2094 c.c.⁶⁶.

⁶⁴ Cfr. A. Perulli, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, cit., p. 279 ss.

⁶⁵ In tal senso G. Santoro-Passarelli, Cfr. G. Santoro-Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente*, in WP "Massimo D'Antona". IT 278-2015.

⁶⁶ La diversa pozione espressa da P. Tosi, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel "decreto crisi"*, in corso di pubblicazione, secondo cui la sostituzione sarebbe "evanescente ai fini della soluzione delle questioni di qualificazione", non è fondata su un argomento normativo; ed infatti tale affermazione viene dall'A. giustificata con un dato meramente fattuale ("i giudici si trovano sempre dinnanzi a casi di collaborazioni esclusivamente personali"), di per sé inconferente ai fini della ricostruzione sistematica della norma. In sostanza, la dottrina che ha interpretato l'art. 2, co.1, come una "norma apparente", continua nella medesima prospettiva, attribuendo alla novella un carattere altrettanto

Una diversa postura interpretativa si porrebbe decisamente al di fuori del diritto positivo così come da ogni ragionevole perimetro di teoria generale del contratto di lavoro subordinato⁶⁷. Né appare convincente forzare l'interpretazione della nuova formulazione facendole dire quel che letteralmente non dice, al fine di renderla compatibile con l'asserita natura subordinata delle collaborazioni etero-organizzate, o comunque congruente con la collocazione di quelle prestazioni nell'alveo della disciplina del lavoro subordinato: ad esempio riferendo la prevalente personalità alla possibilità di sostituzione del lavoratore, come nello schema del *job sharing*, ovvero, secondo una prospettazione un po' ermetica, riconducendo la prevalenza ad una dimensione "collettiva" della prestazione di lavoratori chiamati ad agire come "gruppo" e non individualmente⁶⁸.

La prevalente personalità della prestazione non riguarda affatto una facoltà del lavoratore di condividere con altri (o con un gruppo) il contratto di lavoro e il suo adempimento, bensì il rapporto tra la prestazione e i mezzi impiegati per eseguirla; e non v'è alcun dubbio che nel lavoro subordinato la prestazione è esclusivamente personale, mai prevalentemente personale. Basterà ricordare, sul punto, che nel diritto internazionale del lavoro la natura personale della prestazione è un elemento tipico della subordinazione, onde l'OIL raccomanda agli Stati membri di includere tra gli indicatori specifici "il fatto che il lavoro sia svolto personalmente dal prestatore"⁶⁹. La nozione unieuropea di lavoro

"apparente" (*idem*, secondo Tosi, per l'eliminazione del riferimento all'etero-organizzazione "anche con riferimento ai dei tempi e del luogo", che sarebbe comunque da considerarsi incluso nel disposto, nonostante il legislatore l'abbia soppresso). Diversa la (sofferta) posizione di C. Pisani, *Le nuove collaborazioni etero-organizzate*, p. 18, il quale ammette che il legislatore ha introdotto "un elemento estraneo alla disciplina del lavoro subordinato", nell'ambito però di una posizione non lineare, in cui l'A. dapprima cerca di riferire la prevalenza "al tempo di lavoro che il collaboratore dedica allo svolgimento della prestazione", per affermare subito dopo che l'unico significato da attribuire alla norma "è quello di consentire l'applicazione dell'art. 2, comma 1, e quindi l'intera disciplina del lavoro subordinato, anche quando il collaboratore si avvalga di sostituti o di altri collaboratori", ammettendo, in conclusione che "l'elemento della prestazione non esclusivamente personale finisce così per rappresentare un tratto che sicuramente differenzia le collaborazioni eterorganizzate rispetto alla fattispecie dell'art. 2094 cod. civ."

⁶⁷ Cfr. G. Santoro-Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente*, cit., p. 14, secondo il quale, con riferimento alle collaborazioni etero-organizzate, "l'esistenza di un'organizzazione, sia pur modesta, di beni e di strumenti di lavoro da parte del lavoratore (uso del proprio computer e del cellulare o del proprio mezzo di trasporto per svolgere la prestazione di lavoro)" avrebbe sottratto il rapporto di collaborazione alla disciplina del lavoro subordinato, confermando in tal modo l'incompatibilità concettuale tra prestazione prevalentemente personale e disciplina della subordinazione.

⁶⁸ In questo senso E. Ales, op. cit.

⁶⁹ R198 Employment Relationship Recommendation, 2006, art. 13 a).

subordinato, così come elaborata dalla CGE, si riferisce alle prestazioni fornite da "una persona"⁷⁰, essendo eminentemente funzionale ai fini della sfera applicativa dell'art. 45 TFUE il carattere "reale ed effettivo" della prestazione *personalmente resa*⁷¹. Ai sensi dell'art. 2094 c.c. è prestatore di lavoro subordinato colui che si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa prestando il *proprio* lavoro alle dipendenze e sotto la direzione del datore di lavoro, mentre la stessa natura *esclusivamente personale* del vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo risulta incompatibile con una prestazione prevalentemente personale⁷². E' noto che, invece, la prevalente personalità della prestazione è tipologicamente prevista sia dalla fattispecie generale del lavoro autonomo (art. 2222 c.c., ove l'opera/servizio è resa con lavoro *prevalentemente proprio*) sia dalla sub-fattispecie di lavoro autonomo (parasubordinato) ricavabile dalla norma processuale (art. 409, n.3, c.p.c. ove il carattere *prevalentemente personale* della prestazione innova selettivamente il modello precedentemente delineato dall'art. 2 della legge n. 74/1959), distinguendosi in tal modo anche dal modello previsto con la figura del piccolo imprenditore, connotato da un'attività professionale organizzata *prevalentemente* con il lavoro proprio e *dei componenti della famiglia* (art. 2083 c.c.)⁷³.

In linea di principio è corretto osservare come la prevalente personalità della prestazione vada intesa con riferimento al "processo auto-organizzatorio dell'attività resa dal lavoratore autonomo"⁷⁴, esprimendosi non solo in termini meramente quantitativi (come prevalenza rispetto al capitale investito o all'apporto di eventuali collaboratori) ma anche sotto il profilo qualitativo, di esclusività e continuità dell'attività prestata in maniera stabile a favore del committente. Se è vero che il "prevalentemente" a cui fa riferimento l'art. 2222 c.c. (non esclude ma) ricomprende nel suo alveo anche il lavoro

⁷⁰ C. Giust. 3.7.1986, C-66/85, *Lawrie-Blum*.

⁷¹ Cfr. S. Giubboni, *Lavoro subordinato. Diritto dell'Unione europea*, in Treccani. Diritto on line, 2018.

⁷² Il vincolo personalistico rileva, come è noto, anche sotto l'essenziale profilo della libertà e della personalità del lavoratore: cfr. per tutti M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, p. 28, da cui la tematica dei limiti al potere direttivo dell'imprenditore.

⁷³ Una diversa posizione esprime O. Razzolini, secondo la quale non sussiste alcuna differenza tra il lavoratore autonomo prevalentemente personale e il piccolo imprenditore: cfr. *Jobs Act degli autonomi e lavoro esclusivamente personale. L'ambito di applicazione della legge n. 81/2017*, in L. Fiorillo, A. Perulli, a cura di, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 24

⁷⁴ Cfr. P. Sandulli, *Lavoro autonomo e parasubordinazione*, in Trattato dir. priv. diretto da P. Rescigno, 15, Impresa e Lavoro, I, 2, Torino, 1986, p. 1421

“esclusivamente” proprio, non è ovviamente vero l’inverso con riferimento alla definizione del lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. Nella fattispecie di subordinazione non v’è alcuno spazio per un adempimento che non sia *strettamente ed esclusivamente personale*, diversamente da quanto accade nel contratto di lavoro autonomo, sia esso manuale o intellettuale: con riferimento a quest’ultima fattispecie è utile rammentare che ai sensi dell’art. 2232 c.c. l’attività solutoria può estendersi dalla propria azione personale sino alla *direzione dell’altrui attività* “se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l’oggetto della prestazione”, in un contesto in cui l’infungibilità dell’apporto assicurato dal prestatore ammette il concorso dell’attività di terzi. In sostanza, nell’ambito definitorio del lavoro subordinato la prevalente personalità della prestazione costituisce un elemento incompatibile con il tipo legale, mentre nell’ambito delle *locationes operis* la prevalente personalità costituisce un *naturalia negotii* della fattispecie. Se ne deve dedurre, in conclusione, che il prestatore di lavoro etero-organizzato dal committente di cui all’art. 2 è sicuramente (ed esclusivamente) *un lavoratore autonomo*, secondo un’opinione che aveva già trovato conferma, ante novella, anche da parte della più autorevole manualistica civilistica⁷⁵. Coerentemente con la natura autonoma del contratto, il prestatore potrà svolgere la propria attività avvalendosi non solo di apporti strumentali “inespressivi” e quindi senz’altro compatibili con il lavoro autonomo “esclusivamente personale” (ad es. uno *smartphone* o un *computer*) ma anche servendosi di mezzi superiori a tale soglia minima, senza tuttavia sconfinare nell’apporto tipicamente imprenditoriale (piccolo o grande che sia) caratterizzato dalla presenza di una vera e propria organizzazione di mezzi, e/o persone, e/o capitali che attenta alla prevalenza personale della prestazione, come accade quando si integrano in modo non occasionale apporti lavoratori altrui o beni strumentali che sopravanzano l’attività del *conductor operis*. Per fare alcuni esempi relativi a fattispecie di lavoro autonomo continuativo riconducibili allo schema di cui all’art. 409 n. 3 c.p.c. (ormai coincidente *in parte qua* con l’art. 2), si fuoriesce dalla situazione di prevalente personalità della prestazione laddove l’attività sia svolta in forma societaria⁷⁶, ovvero quando l’agente (persona fisica) organizzi la propria attività con criteri imprenditoriali, tali, per indici rivelatori inequivoci (personale dipendente, strutture e capitali impiegati) da ritenere che egli si limiti ad organizzare e dirigere i suoi collaboratori, non

⁷⁵ Cfr. A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, 24 edizione, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 1020 s.

⁷⁶ Cass. n. 9547/2001, in *Foro It.*, 2002, I, 466

realizzandosi una collaborazione meramente ausiliaria dell'attività altrui bensì un'autentica gestione di un'impresa propria⁷⁷.

A questo punto, tuttavia, sorge spontanea la questione della razionalità intrinseca del disposto così novellato, sotto il profilo di compatibilità della prevalente personalità della prestazione con il requisito chiave della fattispecie rappresentato dall'etero-organizzazione delle modalità esecutive della prestazione. Ed invero, se ciò che caratterizza l'art. 2 co.1, distinguendolo sia dall'art. 2094 c.c. sia dall'art. 409 n. 3 c.p.c., è l'organizzazione dell'esecuzione della prestazione di lavoro da parte del committente, come si giustifica l'*etero-organizzazione* di una prestazione che viene resa in forma prevalentemente personale, vale a dire con l'ausilio di elementi (mezzi, capitali o persone) ulteriori rispetto al puro e semplice *facere* personale del prestatore e coinvolgenti fattori organizzativi che, come abbiamo visto, sono in linea di principio caratteristici dell'*auto-organizzazione* del lavoratore autonomo? Non si realizza in questo modo un cortocircuito concettuale che rende l'etero-organizzazione delle modalità esecutive della prestazione logicamente incompatibile con una prestazione prevalentemente personale e quindi auto-organizzata, nella misura in cui il prestatore impiega in autonomia i mezzi che si affiancano, integrandola, alla sua personale prestazione? In sostanza il legislatore, nel modificare un elemento della fattispecie al fine di rimarcarne i tratti distintivi dalla subordinazione, potrebbe aver sottovalutato gli effetti sistemici "contro-intuitivi" in termini di qualificazione dello schema negoziale tipico (o sovra-tipico) delineato dall'art. 2, co.1, con una contraddizione tra natura autonoma della prestazione prevalentemente personale (che richiede auto-organizzazione dei mezzi impiegati) ed etero-organizzazione della modalità esecutiva della prestazione (che invece nega proprio quell'auto-organizzazione).

Una via di uscita da questo possibile corto circuito concettuale richiede una precisazione teorica relativa al diverso raccordo esistente sul piano logico-giuridico tra la nozione di etero-organizzazione e la natura (anche) prevalentemente personale della prestazione rispetto alla situazione consistente nell'esercizio del potere direttivo/conformativo di una prestazione (solo) esclusivamente personale.

Sappiamo che nel lavoro subordinato la prestazione è conformata in virtù dell'esercizio del potere direttivo, e tale conformazione della prestazione non può che riguardare un'attività esclusivamente personale, mentre con la collaborazione di cui all'art. 2, co. 1, l'esecuzione della prestazione non è assoggettata al potere direttivo, ma viene condizionata *ad externo* secondo schemi organizzativi unilateralmente imposti dal

⁷⁷Cass. n. 709/1998.

committente, come accade, del resto, anche in altre fattispecie di lavoro autonomo, senza che ciò implichi una situazione di subordinazione in senso tecnico: si pensi, ad esempio, all'agente che deve operare in conformità alle istruzioni impartite dalla mandante, secondo schemi operativi che condizionano la sua attività prestatória, da cui l'illusorio miraggio della sua indipendenza e autonomia giuridica⁷⁸. Con ciò, non si intendono necessariamente sovrapporre le prerogative di "istruzione" del committente nelle *locationes operis*, laddove espressamente previste (art. 1711 c.c., art. 1746 c.c., art. 1739 c.c.), con l'etero-organizzazione dell'art. 2, co.1, poiché, ragionando in questi termini⁷⁹, si finirebbe per ricondurre alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato (ex art. 2, co.1, che è una norma *sovratipica*) non solo le collaborazioni etero-organizzate dal committente, ma qualunque altro rapporto di lavoro autonomo caratterizzato dall'esercizio di prerogative unilaterali del creditore, che non si spingono sino ad annullare l'auto-organizzazione dei mezzi da parte del prestatore. Ma ciò non sarebbe corretto, stante la diversità di situazioni giuridiche soggettive in cui versa un lavoratore autonomo soggetto ad "istruzioni" del committente rispetto al collaboratore etero-organizzato. Riprendendo il caso dell'art. 1746 c.c., benchè il rapporto di agenzia sia compatibile con la soggezione dell'attività lavorativa a direttive ed istruzioni, nonché a controlli amministrativi e tecnici in relazione alla natura dell'attività ed all'interesse dello stesso preponente, gli interpreti ribadiscono l'essenzialità dell'autonomia nell'organizzazione dei mezzi e l'assunzione del rischio quali elementi discriminanti il contratto di agenzia dal contratto di lavoro subordinato, onde si esclude che le istruzioni possano incidere sull'autonomia organizzativa dell'agente. Di conseguenza l'obbligo di visitare quotidianamente la clientela e di riferire al preponente, e l'uso di elenchi non vincolante di potenziali clienti da questo forniti sono ritenuti elementi tali da non alterare la natura del rapporto di agenzia⁸⁰, mentre si tende a negare la reale configurabilità della fattispecie laddove venga imposta dal preponente una lista giornaliera di clienti da visitare, programmando in tal modo direttamente o indirettamente gli itinerari da seguire, ovvero venga imposto il rispetto di un determinato orario di lavoro in ingresso e di rientro nell'azienda del preponente, con rendicontazione quotidiana del fatturato e delle viste effettuate, essendo

⁷⁸ G. Ghezzi, *Del contratto di agenzia*, p. 13 ss.

⁷⁹ E una tesi espressa da M. Marazza, *Collaborazioni organizzate e subordinazione: il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione*, WP CSDLE "Massimo d'Antona".IT - 315-2016

⁸⁰ Cfr. G. Belligoli, Articolo 5, in L. Perina, G. M. Belligoli, *Il rapporto di agenzia*, in *Il nuovo diritto del lavoro* diretto da Luigi Fiorillo e Adalberto Perulli, Giappichelli, Torino, 2015, p. 85.

queste modalità esecutive della prestazione "sostanzialmente sovrapponibili a quelle del lavoro subordinato"⁸¹.

La questione della compatibilità fra la prevalente personalità della prestazione e l'etero-organizzazione va quindi risolta diversamente rispetto al caso del prestatore autonomo tipicamente assoggettato ad "istruzioni": mentre in quel caso l'autonomia organizzativa del prestatore deve comunque essere pienamente preservata nonostante l'ingerenza del committente tramite istruzioni, onde è naturalmente consentita l'auto-organizzazione dei mezzi, nella collaborazione etero-organizzata la più stringente espressione della prerogativa unilaterale del committente, che si spinge sino all'intervento *ab externo* sulle modalità esecutive estrinseche della prestazione, non interessa i mezzi eventualmente impiegati dal prestatore. Si deve quindi riconoscere che nel caso dell'art. 2, co.1, nonostante le modalità esecutive della prestazione risultino "organizzate" dal committente, i fattori impiegati (espressione dell'autonomia organizzativa propria del lavoratore autonomo) rimangono nella sfera di disponibilità del collaboratore, concorrendo a realizzare il programma negoziale prefissato. Se, ad esempio, il collaboratore etero-organizzato dispone autonomamente di mezzi materiali per l'esecuzione dell'attività (la bicicletta di un *rider*, o il *software* di un consulente informatico), questi mezzi non vengono "organizzati" dal committente: la scelta dei mezzi per realizzare lo scopo prefissato rimane appannaggio del prestatore, il quale dovrà ovviamente impiegare strumenti idonei e compatibili con il substrato materiale e con i fattori produttivi apprestati dall'organizzazione. Il committente organizza le modalità di esecuzione della prestazione, ma questa organizzazione attiene a profili estrinseci della prestazione, connessi all'impiego della prestazione all'interno di un ciclo produttivo, come accade quando l'esecuzione della prestazione deve avvenire necessariamente entro determinate fasce orarie determinate dal committente secondo le proprie compatibilità aziendali, o nel caso in cui la prestazione sia orientata da "mezzi" (anche informatici: si pensi ad una "applicazione" o ad un "algoritmo") predisposti unilateralmente dal creditore e idonei ad incidere sulla modalità anche spaziali di esecuzione della prestazione, come nel caso in cui il prestatore debba necessariamente recarsi a svolgere l'attività nei luoghi indicati dal committente. Diversamente, ritenere che, qualora la prestazione sia prevalentemente personale, anche i mezzi impiegati dal lavoratore siano organizzati dal committente, presupporrebbe un'eccessiva dilatazione del

⁸¹ Cfr. G. Perina, Articolo 1, in L. Perina, G. M. Belligoli, op. cit., p. 29, il quale ricorda che l'art. 1, co. 3 dell'AEC esplicitamente esclude la sussistenza dell'obbligo di rispettare un preciso orario di lavoro e dell'obbligo di rispettare itinerari predeterminati.

concetto di etero-organizzazione, peraltro incompatibile, come abbiamo visto, con la natura autonoma del rapporto di cui all'art.2, co1. L'etero-organizzazione deve quindi essere correttamente intesa come una forma di condizionamento organizzativo unilaterale del committente circa le modalità esecutive estrinseche della prestazione, che non annulla la libertà del lavoratore di auto-organizzare i mezzi eventualmente impiegati, scegliendo quelli che ritiene più adeguati per rendere una prestazione di lavoro predeterminata dalle parti e non modificabile unilateralmente in corso di rapporto (il tipo di bicicletta, o di motocicletta, per il *rider*, o il programma di *software* da impiegare per rendere la prestazione nel caso di un consulente informatico, o il materiale didattico per un insegnante di lingua, ecc.), ma pur sempre compatibile con il substrato materiale della produzione (gli orari di apertura di una sede, le fasce orarie di esecuzione dell'attività, il luogo o i luoghi in cui la prestazione viene resa, ecc.).

7.2. Il potere di organizzazione: svincolato dal riferimento ai tempi e al luogo.

L'altra questione di natura interpretativa si apre grazie alla soppressione delle parole "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro" riferite alla organizzazione, da parte del committente, delle modalità esecutive dell'attività. Di conseguenza, nella nuova formulazione dell'art. 2, co.1, non v'è più alcuna particolare specificazione tipologica relativamente all'organizzazione delle modalità esecutive della prestazione in senso spaziale-temporale. Anche con riferimento a tele innovazione vale rilevare come la formulazione adottata confermi la tesi che sosteneva una portata *ampliativa* (e non meramente confermativa, o addirittura restrittiva) del campo di applicazione delle tutele giuslavoristiche, attraverso una tecnica di assimilazione di figure lavorative autonome al prototipo del lavoro subordinato⁸². Sopprimendo il riferimento ai tempi e al luogo di lavoro si elimina in radice quel possibile fraintendimento che aveva condotto una parte della dottrina a ritenere che le prestazioni etero-organizzate di cui all'art. 2, co.1, ritagliassero un ambito applicativo della disciplina del lavoro subordinato addirittura *più ristretto* rispetto a quello della fattispecie di subordinazione, fornendo in tal modo una ricostruzione paradossale della norma, contraria alla propria *ratio legis*. In quella prospettiva, e partendo dal presupposto che il potere di organizzazione

⁸² Secondo un metodo storicamente sperimentato nel sistema francese, benchè su scala notevolmente ridotta (perché riferita a specifiche e limitate professionalità, con particolare riferimento al settore della distribuzione commerciale).

del committente ex art. 2, co.1, avesse il medesimo oggetto del potere direttivo, cioè le modalità di esecuzione della prestazione, è stata sostenuta la tesi della "maggiore intensità ed incisività del potere di organizzazione" del committente in quanto riferito espressamente al tempo e al luogo dell'attività, mentre un tale riferimento non sarebbe contemplato dalla lettera dell'art. 2094 c.c., che riguarda esclusivamente il lavoro svolto "alle dipendenze" e "sotto la direzione"⁸³. Una conseguenza applicativa di tale assunto era stata tratta, in particolare, dal Tribunale di Torino nel caso *Foodora*, laddove si opinava che il requisito oggi soppresso avrebbe richiesto che il lavoratore "sia pur sempre sottoposto al potere direttivo ed organizzativo del datore di lavoro e non è sufficiente che tale potere si estrinsechi soltanto con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro perché deve al contrario riguardare anche i tempi e il luogo di lavoro", giungendo così alla conclusione che il campo di applicazione dell'art. 2 fosse meno esteso di quello dell'art. 2094 c.c. L'errore di questa postura interpretativa risiede, a monte, nella pretesa identificazione tra l'etero-organizzazione dell'art. 2, co.1, e l'etero-direzione dell'art. 2094 c.c., laddove i due concetti, debitamente distinti, consentono di interpretare l'ormai abrogato riferimento dell'art. 2, co.1, ("anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro") non già come esercizio del potere direttivo in materia di orario di lavoro e di luogo di lavoro, bensì come prerogativa di organizzazione (eventualmente, ma non necessariamente, anche) spazio-temporale della prestazione: una prerogativa organizzativa che non attiene, come nel caso della fattispecie di subordinazione, a stringenti vincoli di orario di lavoro e di luogo, riguardando piuttosto la definizione di ambiti temporali e spaziali (anche virtuali) entro cui effettuare la prestazione in ragione delle necessità organizzative del committente⁸⁴. Infatti, avendo correttamente distinto tra eterodirezione ed eteroorganizzazione, la Corte d'Appello di Torino superava agevolmente il falso ostacolo evocato per sostenere l'inapplicabilità dell'art. 2, co. 1, al caso *Foodora*, vale a dire l'esercizio di un potere organizzativo delle modalità di esecuzione della prestazione necessariamente riferito "ai tempi e al luogo di lavoro". In questa prospettiva il rider che deve rispettare le fasce orarie indicate dalla piattaforma, e che si deve recare in un luogo indicato dalla piattaforma

⁸³ G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, WP Massimo D'Antona.IT – 327/2017, p. 6.

⁸⁴ In tal senso anche U. Carabelli, *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Ediesse, 2018, p. 54.

per una consegna entro un certo tempo, è organizzato "anche" con riferimento al luogo e al tempo della prestazione: non nel senso che è assoggettato al potere direttivo datoriale in materia di orario di lavoro e di luogo di lavoro, quanto perché risulta integrato funzionalmente nell'organizzazione produttiva del committente, deve rispettare la "turnistica" stabilita e i luoghi di partenza comunicati tramite *app*, effettuando le consegne presso gli indirizzi di volta in volta indicati. La predeterminazione dei tempi di consegna, aspetto certamente relativo alle "modalità di esecuzione della prestazione" ma che non assoggetta il prestatore al potere direttivo in materia di orario di lavoro nel senso proprio e tipico del lavoro subordinato, completa il quadro dell'etero-organizzazione della prestazione, consentendo alla Corte d'Appello di ritenere che "indubbiamente le modalità di esecuzione erano organizzate dalla committente quanto ai tempi e ai luoghi di lavoro".

Alla tesi qui contrastata si poteva comunque opporre anche un altro argomento, che portato alle sue logiche conseguenze avrebbe svelato l'errore di impostazione seguito dal Tribunale di Torino (e dalla dottrina che l'aveva ispirata). Infatti, il potere direttivo, oltre ad essere una prerogativa di conformazione di un contratto per sua natura incompleto, e quindi di scelta delle mansioni contrattuali nell'evoluzione delle esigenze aziendali, è una prerogativa che consente al datore di lavoro di dettare anche "le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro" di cui all'art. 2104, co. 2, c.c., norma, questa, che "non fa che precisare cosa debba intendersi per prestazione di lavoro alle dipendenze e sotto la direzione altrui, e cioè chiarire meglio come debba essere adempiuta l'obbligazione di lavoro" subordinato⁸⁵. Ora, posto che l'esecuzione e la disciplina del lavoro hanno "naturalmente" ad oggetto il tempo, il luogo e i metodi di lavoro,⁸⁶ non è in alcun modo possibile sostenere l'esistenza di una distinzione tra il potere direttivo e il potere di organizzazione basata sulla circostanza che solo quest'ultimo abbia necessariamente ad oggetto *anche* i tempi e il luogo della prestazione, mentre per il potere direttivo tale riferimento alla determinazione dei tempi e del luogo sarebbe solo eventuale. È vero esattamente il contrario: se dal combinato disposto degli artt. 2094 c.c. e 2104, co. 2, c.c. risulta inequivocabilmente che il potere direttivo, connotante la subordinazione, riguarda la scelta delle mansioni esigibili nonchè i modi, i tempi e i luoghi della prestazione, il riferimento all'organizzazione *anche spazio-temporale* fatta propria dal previgente art. 2 co.1, in quanto attinente ad una fattispecie *diversa* da quella dell'art. 2094 c.c., andava necessariamente interpretato in modo

⁸⁵ Persiani, p. 207

⁸⁶ Persiani, p. 200

non coincidente rispetto a quanto espresso dall'art. 2104 c.c. con riferimento al lavoro subordinato. Al contrario, le diverse interpretazioni che pretendevano di restringere il campo di applicazione dell'art. 2, co.1, identificavano concettualmente potere direttivo ed etero-organizzazione sul piano qualitativo, per poi distinguerli sul piano *quantitativo* in ragione della formulazione della norma (*anche* con riferimento...).

La postura ricostruttiva corretta, rispettosa del dettato normativo e della sua *ratio*, doveva quindi condurre l'interprete su un diverso sentiero interpretativo, volto ad identificare le differenze *qualitative* del potere di organizzazione di cui all'art. 2 rispetto al potere direttivo del datore di lavoro di cui agli artt. 2094 c.c. e 2104 c.c.⁸⁷ Solo questa via, basata sul necessario distinguo tra fattispecie di subordinazione e prestazione etero-organizzata dal committente, consente di rispettare al contempo la lettera e la *ratio* della legge: la lettera, perché l'art. 2, co.1, si fonda sul concetto di organizzazione della modalità esecutiva della prestazione e non su quello di "dipendenza" e di "direzione" ex art. 2094 c.c.; la *ratio*, perché il disposto non poteva avere il senso di restringere il campo di applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato (realizzando, quindi, un intervento legislativo totalmente privo di costruito pratico), bensì di ampliare la sfera delle tutele estendendola a favore di prestatori collocati nella zona contermina alla subordinazione, ma comunque al di fuori del suo perimetro tradizionalmente delimitato dalla presenza dell'elemento tipologico forte del potere direttivo o, in alternativa, dalla sussistenza di indici sussidiari sufficientemente precisi e concordanti.

Ne consegue che, sempre con riferimento all'originaria versione dell'art. 2, co.1, *il potere di etero-organizzazione del committente poteva prescindere dalla determinazione spazio-temporale*: in questo senso andava infatti correttamente interpretato l'*anche*, come particella che indica una possibilità, un'eventualità, non una necessità; e ciò perché - diversamente dal potere direttivo - l'etero-organizzazione non è un potere di conformazione della prestazione, nè attiene all'obbligo di lavorare in condizione di subordinazione (cfr. art. 2014 c.c.).

Questa interpretazione ha oggi l'autorevole avallo della Corte di Cassazione, la quale ha chiarito che "se è vero che la congiunzione "anche" potrebbe alludere alla necessità che l'etero-organizzazione

⁸⁷ Cfr. M. Marazza, *Collaborazioni organizzate e subordinazione: il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 315/2016, sul presupposto, peraltro, di una sostanziale identificazione tra potere di organizzazione ex art. 2, co.1. , potere di coordinamento ex art. 409 n. 3 c.p.c. e potere di istruzione del committente nelle *locationes operis*, tutti comunque distinti qualitativamente dal potere direttivo del datore di lavoro.

coinvolga i tempi e modi della prestazione, non ritiene tuttavia la Corte che dalla presenza nel testo di tale congiunzione si debba far discendere tale inevitabile conseguenza". Come dire che il riferimento ai tempi e al luogo di lavoro esprime solo "una possibile estrinsecazione del potere di etero-organizzazione, con la parola "anche" che assume valore esemplificativo"⁸⁸. Il potere di organizzazione del committente di cui all'art. 2, co.1, risulta *esterno alla sfera dell'oggetto dell'obbligazione*, che è predefinita *ex ante* e non identificata di volta in volta per il tramite del potere direttivo. Come dire che il potere di etero-organizzazione di cui all'art. 2, co.1, non è un potere di conformazione/scelta del comportamento dovuto, nè un potere di determinazione del modo, del tempo e del luogo dell'esecuzione della prestazione ex art. 2104, co. 2, c.c.: è un potere qualitativamente diverso per contenuto e per funzione. La prestazione è sì condizionata nella sua esecuzione, ma non per effetto dell'esercizio del potere direttivo, bensì in ragione del contesto organizzativo unilateralmente gestito dal committente ed entro il quale la prestazione è destinata ad essere funzionalmente integrata: una prestazione etero-organizzata, come ha ben messo in evidenza la Corte d'appello di Torino, esprime infatti un nesso funzionale con l'organizzazione del committente, conformemente a quanto la giurisprudenza affermava (prima dell'introduzione del lavoro a progetto, e prima della fondamentale rivisitazione dell'art. 409, n. 3 c.p.c. ad opera dell'art. 15, l. n. 81/2007) con riferimento alle collaborazioni coordinate e continuative, di cui, in sostanza, oggi, con l'eliminazione del potere unilaterale di coordinamento, il lavoro etero-organizzato dal committente ha *funzionalmente* preso il posto.

Anche una tale conclusione ha trovato l'avvallo della Cassazione, la quale ha ricondotto l'etero-organizzazione "ad elemento di un rapporto di collaborazione funzionale con l'organizzazione del committente" onde "le prestazioni del lavoratore possano, secondo la modulazione unilateralmente disposta dal primo, opportunamente inserirsi ed integrarsi con la sua organizzazione di impresa"⁸⁹. A consimili conclusioni era difatti giunta, nel caso dei *riders* di Foodora, la Corte d'Appello, che diversamente dal Tribunale ha seguito un percorso interpretativo svincolato dall'erroneo presupposto secondo cui il potere di organizzazione ex art. 2 ed il potere direttivo ex art. 2094 c.c. pur avendo il medesimo oggetto (le modalità di esecuzione della prestazione), si distinguono in ragione della (necessaria) determinazione del tempo e del luogo in capo al primo e non al secondo, rilevando invece

⁸⁸ Cass. n. 1663/2020.

⁸⁹ Cass. n. 1663/2020.

le diversità strutturali e funzionali che rivestono queste due diverse prerogative soggettive (rispettivamente del committente e del datore di lavoro). La novella non fa quindi che confermare *ex post* il percorso ricostruttivo intrapreso da una parte della dottrina, facendo venir meno un elemento definitorio (il riferimento ai tempi e al luogo) che, di fatto, se non correttamente inteso, poteva vanificare lo scopo della legge. Ora è chiaro che la fattispecie del lavoro autonomo etero-organizzato (circa le modalità di esecuzione della prestazione) si differenzia dalla fattispecie del lavoro subordinato (soggezione al potere di scelta della prestazione nonché alle disposizioni impartite dal datore di lavoro per la disciplina e l'esecuzione del lavoro), sia per la diversa funzione del potere (che non risponde ad esigenze di conformazione della prestazione) sia in ragione della non necessaria presenza, quale elemento tipizzante la fattispecie di cui all'art. 2, co.1, di una determinazione da parte del committente dei tempi e del luogo della prestazione. Residua solo, per integrare gli estremi del lavoro etero-organizzato, un condizionamento unilaterale delle modalità prestatorie, in funzione del rispetto di criteri organizzativi propri della struttura produttiva del committente, che potranno riguardare la dimensione esecutiva relativa al "come" attuare la prestazione, la dimensione temporale in cui la prestazione si colloca, la dimensione spaziale di svolgimento dell'attività: aspetti dell'organizzazione delle modalità prestatorie che non possono più venire intese come necessariamente compresenti.

La c.d. tendenza espansiva del diritto del lavoro non poteva trovare un viatico più favorevole. C'è da chiedersi, piuttosto, se questa disposizione non produca un'eccessiva dilatazione della funzione protettiva del diritto del lavoro, che risulta ormai il diritto non solo del lavoro subordinato ma anche del lavoro autonomo etero-organizzato, senza che tale estensione delle tutele avvenga nell'ambito di più generale ripensamento del mix universalismo/selettività delle tutele in ragione delle diverse soggettività e contesti in cui il lavoro viene prestato. Si tratta comunque, come già detto, di un diverso piano del discorso, su cui ciascun interprete potrà esprimere il proprio personale parere, senza però forzare un dato normativo (l'art. 2, co.1) che, grazie alla novella, appare ormai sufficientemente definito tanto nei suoi aspetti dogmatici quanto in quelli pratico-applicativi.

Resta sullo sfondo dell'analisi, quindi, la possibilità o meno di attivare un'interpretazione adeguatrice dell'art. 2, co.1, che, seguendo una razionalità selettiva, riesca ad identificare le disposizioni incompatibili con la natura del rapporto autonomo del collaboratore etero-organizzato. La Cassazione, su questo punto, sembra da un lato chiudere la porta ad ogni possibile attivismo interpretativo, affermando che "la norma non contiene

alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile, che non potrebbe essere affidata ex post alla variabile interpretazione dei singoli giudici", ma, dall'altro, lascia aperto un pertugio di difficile accesso, statuendo che "non possono escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 c.c.". Questo richiamo all'incompatibilità ontologica apre di fatto una pista di ricerca molto rilevante per i profili applicativi, dalla quale dipenderà in larga misura la possibilità di trovare un bilanciamento tra universalismo e selettività delle tutele nell'ambito delle collaborazioni etero-organizzate.

8. I lavoratori autonomi etero-organizzati dalla piattaforma digitale.

Un terzo profilo interpretativo appare sulla scena in ragione della volontà del legislatore di aggiungere, nel corpo dell'art. 2, co1, un ulteriore periodo, secondo cui "*le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali*". Di conseguenza, i lavoratori autonomi le cui prestazioni sono organizzate dalla piattaforma vengono assimilati *quoad effectum* alla disciplina del lavoro subordinato al pari di un qualsiasi altro prestatore di lavoro etero-organizzato.

La norma richiama espressamente le disposizioni *di cui al presente comma*, vale a dire il primo comma dell'art. 2, mentre nulla dice in merito alle disposizioni del secondo comma. Si potrebbe quindi sostenere che la novella, nel precisare che le modalità di esecuzione della prestazione possono essere organizzate anche da una piattaforma, consenta di estendere la disciplina del rapporto di lavoro subordinato ai *platform workers* senza alcuna possibilità di escludere l'applicazione delle tutele in ragione delle deroghe o eccezioni indicate dall'art. 2, co. 2.⁹⁰.

⁹⁰ Come è noto, il legislatore prevede una serie di esclusioni elencate nell'art. 2, co.2, a mente del quale la disposizione di cui al comma 1 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; b) alle collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali"; c) alle "attività prestate nell'esercizio delle loro funzioni dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dei partecipanti a collegi e commissioni"; d) alle collaborazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline

Nonostante il legislatore non abbia espressamente richiamato l'art. 2 co. 2, non v'è alcuna ragione di ordine logico-sistematico per ritenere che i lavoratori delle piattaforme siano automaticamente sottratti al sistema di deroghe contemplate in generale dalla norma, almeno con riferimento alla parte del disposto che riguarda l'intervento dell'autonomia collettiva (lett. a). Ragionare diversamente equivarrebbe, da un lato, a legittimare un sistema "premiante" per una specifica categoria di prestatori, creando le premesse per una irragionevole disparità di trattamento tra prestatori etero-organizzati, e, dall'altro, a sottrarre all'autonomia collettiva la possibilità di intervenire escludendo dal campo di applicazione dell'art. 2, co.1, prestazioni etero-organizzate sul presupposto della particolare esigenza organizzativa-produttiva del settore.

Chiarito questo non secondario aspetto interpretativo, vale osservare come la precisazione introdotta con il nuovo periodo del comma 1 potrebbe essere considerata del tutto superflua, non sussistendo alcun motivo per ritenere esclusa la funzione organizzativa delle modalità di esecuzione della prestazione da parte di una piattaforma digitale nella sua funzione di strumento tecnologico impiegato dal *committente*. Essendo del tutto indifferente il mezzo tecnico con cui si attua l'etero-organizzazione, qualunque dispositivo in grado di realizzare l'effetto previsto dall'art. 2, co.1, è idoneo a integrare gli estremi della fattispecie.

In realtà, la disposizione in esame va letta alla luce di quanto prevede l'art. 47-bis, co.2, che fornisce una specifica definizione normativa di piattaforma digitale identificandola nei *"programmi e le procedure informatiche utilizzate dal committente che,*

sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI, come individuati e disciplinati dall'art. 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289. La disapplicazione delle tutele del rapporto di lavoro subordinato è in questi caso possibile, senza violazione del principio di indisponibilità del tipo, perché i rapporti contemplati dall'art. 2 co.1 non sono di natura subordinata, ed è quindi del tutto legittimo che nell'alveo di quei rapporti ne vengano selezionati dal legislatore alcuni che, per ragioni legate alla natura dell'attività esercitata, o per una scelta regolativa dell'autonomia collettiva, esprimono un diverso bisogno di protezione, tale da escludere l'estensione *in toto* della disciplina del diritto del lavoro. Ciò, si badi, non significa che, qualora detti rapporti assumano di fatto i tratti tipologici di cui art. 2094 c.c. non possano essere riqualificati nel senso della subordinazione; la mancata applicazione delle norme sul lavoro subordinato attiene solo ed esclusivamente alla categoria dei rapporti esclusi che presentano le caratteristiche previste dall'art. 2, co.1, di guisa che nel caso in cui siano ravvisabili gli elementi di subordinazione essi potranno essere oggetto di riqualificazione in sede giudiziale, come accade, in ragione del principio di tassatività del tipo contrattuale del lavoro subordinato, per qualunque prestazione di *facere*.

indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alla attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione". La norma è stata interpretata come "unicamente volta a superare l'eventuale autoqualificazione della piattaforma in termini di mera intermediazione tra domanda e offerta di servizi", senza interferire sul profilo qualificatorio del rapporto di lavoro⁹¹. Questa tesi non può essere accolta, per evidenti motivi logico-giuridici. Anzitutto non si vede come possa *non* rilevare ai fini della qualificazione dei rapporti di lavoro una norma definitoria che stabilisce le prerogative del committente, il quale, grazie alla piattaforma, determina le modalità di esecuzione della prestazione, di cui fissa anche il compenso: sarebbe come dire che la norma secondo cui l'imprenditore esercita il potere direttivo nei confronti del lavoratore, non sia rilevante ai fini della qualificazione del relativo rapporto. È evidente, quindi, che la norma definitoria della piattaforma rileva ai fini della qualificazione nella misura in cui introduce un elemento tipologico del tutto coincidente con quello previsto dall'art. 2, co.1, *id est* la determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione, e questo dato normativo condiziona in modo significativo la qualificazione del rapporto di lavoro sottostante. In secondo luogo non si comprende quale possa essere l'utilità e la funzione di una norma "unicamente volta a superare l'autoqualificazione della piattaforma in termini di mera intermediazione tra domanda ed offerta di servizi".

Se la piattaforma è un mero intermediario, o un datore di lavoro, o un committente, è una *quaestio facti* che dipende dall'atteggiarsi del comportamento assunto dall'attore economico sul mercato del lavoro e nei suoi rapporti contrattuali con i prestatori che impiega, questione che viene evidentemente rimessa alla valutazione del giudice. Se la piattaforma esercita un potere direttivo in senso stretto, il committente assumerà la qualità di datore di lavoro; se invece si limita ad organizzare le modalità di esecuzione della prestazione fissando il prezzo del compenso sarà da considerarsi un committente (art. 2, co.1 e art. 47-bis co.2), e così dicasi se concorda con il prestatore il coordinamento della prestazione (art. 409 n. 3 c.p.c). La definizione contenuta nell'art. 47-bis serve quindi a scolpire in astratto e sul piano soggettivo le funzioni della piattaforma (organizzare/determinare le modalità della prestazione e fissare il compenso del prestatore) a fronte dei quali, sul piano dei rapporti di lavoro, troverà applicazione *come minimo* la disciplina di tutela del Capo V-bis, se non lo statuto normativo del lavoro subordinato. La norma non può certo aver come scopo quello

⁹¹ Tosi, op. cit., p. 3

di "superare l'autoqualificazione della piattaforma", posto che una norma definitoria non tende a superare alcunchè, ma serve appunto a delimitare i confini di una fattispecie; di conseguenza la piattaforma potrà anche "autoqualificarsi" in termini di mero intermediario, salvo assoggettarsi alla verifica di congruenza tra auto-qualificazione e dato di realtà, in ragione degli schemi normativi vigenti: né più né meno di quanto accade relativamente alla corrispondenza del *nomen iuris* di un contratto alle condizioni effettuali di esecuzione del rapporto.

Giova peraltro rilevare come la tesi della piattaforma quale mero intermediatore sul mercato sia stata ampiamente smentita, a tutte le latitudini, dalla giurisprudenza lavoristica, e non solo. Da quando il modello della produzione di servizi tramite piattaforma si è imposto come uno dei nuovi ed emergenti mercati del lavoro su scala planetaria, la discussione dottrinale, unitamente alle decisioni della giurisprudenza (anche sovranazionale) non lasciano alcuno spazio alle tesi che identificano nella piattaforma un mero intermediario, spostando invece l'attenzione sulla sua funzione tipicamente imprenditoriale e produttiva e, quindi di utilizzatore del lavoro altrui (come datore di lavoro o come committente). La giurisprudenza, italiana, nel caso *Foodora* ha già applicato la disciplina del rapporto di lavoro subordinato al lavoro etero-organizzato tramite piattaforma in virtù dell'art. 2, co. 1, così come è avvenuto nel Regno Unito grazie alla figura intermedia del *worker*, mentre in altri sistemi, dalla Francia all'Australia, dagli USA alla Spagna, la piattaforma è stata riconosciuta un datore di lavoro e i *riders* sono stati qualificati come lavoratori dipendenti dalla piattaforma. La stessa Corte di Giustizia, nel caso *Uber*, ha affermato che la piattaforma "esercita un'influenza determinante sulle condizioni della prestazione" degli autisti, esercitando altresì un determinato controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti, nonché sul comportamento di questi ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione".

È pur vero, tuttavia, che esistono piattaforme di pura intermediazione, le quali non fissano il prezzo del servizio e si limitano a gestire in modo del tutto neutro l'incontro tra domanda e offerta di servizi⁹²: in tal caso non vi sarà alcuna possibilità di individuare nella

⁹² Secondo questo modello la piattaforma non eroga servizi dall'alto verso il basso ma agisce da "abilitatrice" tecnologica, mettendo direttamente in contatto chi cerca con chi offre e diventando in tal modo un veicolo di reputazione, fiducia, appartenenza. La piattaforma, in questa prospettiva, può offrire servizi di valore aggiunto disegnando l'ambiente in cui avvengono le interazioni, senza però influenzare gli attori che sono abilitati. Inoltre gli *asset* che generano valore per le piattaforme (i beni e le competenze) appartengono alle persone e non alla piattaforma, come avviene invece nell'impresa tradizionale; gli stessi attori sono interscambiabili, proponendosi in alcuni casi come "chi offre" e in altri come "chi cerca": cfr. M. Mainieri, V. Bucci, *Sharing Economy: la mappatura delle piattaforme italiane 2014*.

piattaforma la figura tipica del datore di lavoro, né quella del committente che organizza/determina le modalità esecutive della prestazione fissandone il compenso, senza necessità alcuna di "superare l'autoqualificazione della piattaforma"⁹³.

Normalmente, tuttavia, l'attività di intermediazione della piattaforma non è affatto neutra, ma viene esercitata attraverso la fissazione di condizioni generali di vendita per il cliente, e la predisposizione di un contratto di prestazione di servizi tra il sito e il prestatore, nel quale viene prevista una clausola con la quale il prestatore delega il sito ad incassare il pagamento del cliente e a versargli una somma al netto del prelievo di una commissione. Benché in tal caso tal caso l'attribuzione alla piattaforma digitale della figura di formale datore di lavoro sembra negata, prevalendo lo schema dell'appalto in capo ai gestori di siti internet, sul presupposto che "le attività di intermediazione risultano, in linea generale, finalizzate non alla conclusione di contratti di lavoro ma alla mera stipulazione di contratti di natura commerciale, tra i quali la compravendita ex art. 1470 c.c. o l'appalto ex art. 1655 c.c."⁹⁴, ai sensi dell'art. 2, co1, in combinato disposto con l'art. 47 bis co.2, ai lavoratori autonomi della piattaforma che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui potrà essere garantita la tutela tipica del rapporto di lavoro subordinato qualora s'un'attività venga etero-organizzata da parte della piattaforma, ovvero, quantomeno, saranno garantiti i "livelli minimi di tutela" previsti dal nuovo Capo V-bis introdotto dalla legge 128/2019.

Lungi dal non avere rilievo ai fini qualificatori, la norma definitoria della piattaforma, indicando come elementi tipici della nozione la definizione del compenso e la determinazione delle condizioni di esecuzione della prestazione, contribuisce quindi alla qualificazione dei *riders* etero-organizzati come lavoratori meritevoli di vedersi attribuito lo statuto normativo del lavoro subordinato, a prescindere dalla qualifica della piattaforma quale formale datore di lavoro.

⁹³ Appare evidente come, secondo questo modello operativo, la piattaforma non svolga alcuna delle funzioni tipiche del datore di lavoro, neppure quella di fissazione del prezzo della prestazione, mentre l'utente-operatore non può essere inquadrabile né come lavoratore subordinato, né come collaboratore eteroorganizzato, difettando sia l'elemento del controllo/direzione del lavoro sia l'organizzazione delle modalità esecutive della prestazione. Come dire che, secondo questo modello, è ben possibile rendere un servizio (come lavoratore autonomo) attraverso una piattaforma, senza necessità di stabilire un rapporto di lavoro in capo ad un datore di lavoro o ad un committente, e con la possibilità per il prestatore di operare contemporaneamente mediante più piattaforme, a favore di una moltitudine di utenti-fruitori.

⁹⁴ Interpello Ministero del Lavoro n. 12/2013 del 27 marzo 2013.

Piuttosto, la norma definitoria della piattaforma, nel suo raccordo con l'art. 2 co.1, pone un serio problema sistematico, che si traduce in una grave contraddizione sotto il profilo della razionalità intrinseca della norma in esame: invero, se ai sensi dell'art. 47-bis le piattaforme digitali *determinano* le modalità di esecuzione della prestazione fissandone il compenso, il rapporto di lavoro dovrebbe automaticamente ricondotto nell'ambito di applicazione dell'art. 2, co.1, con applicazione di tutte le tutele del rapporto di lavoro subordinato (non solo quelle minimi previste dal Capo V-bis). Addirittura, in tal caso, si potrebbe porre anche la questione di una qualificazione diretta come lavoro subordinato, visto che la piattaforma stabilisce anche il compenso: prerogativa, questa, non contemplata tra quelle spettanti al committente né dallo schema delle collaborazioni etero-organizzate, né da quello della *locatio operis* in generale, che affida la determinazione del corrispettivo a quanto "convenuto delle parti" e non a quanto fissato dal solo committente (art. 2225 c.c.). Non a caso, la migliore dottrina anche straniera, consapevole delle difficoltà di identificare *tout-court* nella piattaforma i tratti normativi di un tradizionale datore di lavoro, propone di adottare un approccio tipologico-funzionalistico, con l'obiettivo di selezionare tra le principali funzioni normalmente esercitate una o più prerogative unilaterali che consentano di attribuire *almeno parzialmente* alla piattaforma l'abito datoriale⁹⁵. In tal prospettiva, quando la piattaforma determina il prezzo del servizio e quindi il compenso per il prestatore, considerato che tale funzione rientra tra quelle tipiche del datore di lavoro, la piattaforma potrà essere considerata un datore di lavoro: non a tutti gli effetti, ma solo in relazione alla funzione di determinazione del compenso, con la conseguenza che, qualora il corrispettivo si ponga al di sotto del salario minimo, la piattaforma sarà responsabile della violazione. Del pari, la piattaforma potrà essere chiamata a rispondere quale datore di lavoro funzionale per la violazione della normativa antidiscriminatoria laddove, nella determinazione del costo del servizio, la piattaforma mantenga sistematicamente più basso il compenso della manodopera femminile rispetto a quella maschile⁹⁶.

⁹⁵ In questo senso si muove la ricerca di J. Prassl, il quale, sulla base di una originale teoria funzionale (J. Prassl, *The Concept of the Employer*, Oxford University Press, 2015), ritiene di identificare il datore nella entità, o combinazione di entità "playing a decisive role in the exercise of relational employing functions, and regulated or controlled as such in each particular domain of employment law"; cfr. J. Prassl, *Towards a Functional Concept of the Employer*, paper presentato a *The Annual Conference of the European Centre of Expertise (ECE) in the field of labour law, employment and labour market policies: The Personal Scope of labour law in Times of Atypical Employment and Digitalisation*, Frankfurt, April 2017.

⁹⁶ Per un'ipotesi del genere cfr.

Riassumendo: in presenza delle caratteristiche tipiche della piattaforma, vale a dire la determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione e la fissazione del compenso, dovrebbe trovare applicazione l'art. 2, co.1, con estensione piena della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, *ciò che renderebbe, però, del tutto inutile l'aver stabilito selettivamente i previsti livelli minimi di tutela*. Tale difetto di coordinamento, probabilmente realizzato dal legislatore per un difetto di coordinamento nell'ambito del medesimo testo normativo (la legge n. 128/2019), può venire razionalizzato sulla base di due elementi di analisi. Il primo riguarda un elemento di differenziazione tra la fattispecie dell'art. 2, co.1, e quella dell'art. 47 bis consistente in ciò, che mentre il rapporto di lavoro etero-organizzato è continuativo, l'art. 47 bis non richiama questo elemento, onde, benchè tenue, un primo criterio distintivo tra le due fattispecie e relative discipline potrebbe essere rintracciato in questa distinzione tra prestazioni continuative e lavoro autonomo occasionale.

Il secondo elemento da prendere in considerazione riguarda il caso in cui le tutele previste dall'art. 2, co.1, vengano derogate dall'autonomia collettiva. In tal prospettiva, se è vero che l'enunciato definitorio di cui al novellato art. 2, co.1, relativo alla organizzazione delle condizioni di esecuzione della prestazione, e quello che connota le prerogative della piattaforma ex art. 47-bis co.2, attinente alla determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione, sono del tutto identici, ed impediscono operazioni differenzianti di manipolazione del testo della legge, è pur vero che l'art. 2, co.2, consente alla contrattazione collettiva di applicare nuove e diverse garanzie, di matrice collettiva, per i prestatori etero-organizzati. Orbene, si può sostenere che con il Capo V-bis il legislatore abbia inteso definire una *disciplina minima*, intangibile dalla stessa autonomia collettiva nell'esercizio della sua funzione derogatoria ex artt. 2, co.2: una disciplina che, proprio in quanto *minima*, deve comunque essere imperativamente rispettata. In sostanza, il lavoratore autonomo della piattaforma, avrà diritto - se ricorrono le condizioni di etero-organizzazione delle modalità di esecuzione della prestazione univocamente poste dagli artt. 2 co.1 e 47-bis, co.2 - alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato, ovvero, in caso di intervento dell'autonomia collettiva ai sensi dell'art. 2, co.2, alla diversa regolamentazione stabilita dalle parti sociali le quali non potranno tuttavia disattendere *la disciplina minima di fonte legislativa* contenuta nel Capo V-bis, che assume quindi carattere *inderogabile* (perché non è nella disponibilità dell'autonomia collettiva) e, al contempo, *residuale* (perché

<https://www.bostonglobe.com/news/science/2013/08/08/the-pitfalls-crowdsourcing-online-ratings-vulnerable-bias/> .

si applica solo qualora non trovi applicazione l'art. 2, co1). In questo modo si spiega la presenza, nell'enunciato definitorio della piattaforma, del requisito tipologico basilare della fattispecie del lavoro autonomo etero-organizzato, vale a dire la determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione: come recita il comma 2 dell'art. 47-bis, "*ai fini di cui al comma 1*" dell'art. 47-bis (cioè: ai fini dell'applicazione dei *livelli minimi di tutela* del Capo V-bis) si considerano piattaforme digitali i programmi e le procedure utilizzate dal committente che "determinano le modalità di esecuzione della prestazione" e ne fissano il compenso; ma tale applicazione dei livelli minimi di tutela è logicamente preceduta dalla verifica di applicabilità di ciò che è "*fatto salvo*" dall'art. 47-bis, co1, vale a dire "*quanto previsto dall'art. 2, co.1*": quindi è *fatta salva* l'applicazione della norma che estende al prestatore *l'intero statuto protettivo* del diritto del lavoro.

Se, e solo se, tale verifica di applicabilità dovesse dare esito negativo - non perché la prestazione non sia etero-organizzata, ma perché a) la prestazione non è continuativa, oppure b) è intervenuta la contrattazione collettiva disapplicando la disciplina del rapporto di lavoro subordinato o selezionando diversi gradienti di tutele - al *rider* sarà assicurato il nocciolo duro di diritti del Capo V-bis, cui andrà eventualmente a sommarsi la disciplina collettiva *ad hoc*.

L'interpretazione proposta appare l'unica rispettosa del testo. Tuttavia non ci si può nascondere l'insoddisfazione per un disposto (l'art. 47 bis co.2) che poteva essere del tutto omesso, lasciando imprecisata la nozione di piattaforma, e consentendo in tal modo di applicare le tutele minime a tutti i rapporti di lavoro autonomo che non abbiano le caratteristiche dell'etero-organizzazione di cui all'art. 2, co1., e, quindi, ai rapporti di collaborazione coordinata e continuative e ai contratti d'opera, senza l'imbarazzo di dover considerare compatibili quei rapporti con una definizione di piattaforma del tutto inadatta allo scopo.

9. Le nuove tutele per il lavoro (non etero-organizzato) tramite piattaforma digitale: subordinazione o autonomia?

Il fenomeno delle piattaforme digitali, nelle molteplici forme in cui esso si struttura nell'ambito della *Gig Economy*, ha posto nuove sfide al diritto del lavoro sollecitando risposte regolative efficaci a fronte di sistemi centrati sulla visione gerarchica tradizionale del rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'impresa, che mal si adattano a "catturare" le inedite figure del lavoro tramite piattaforma. Non a caso si moltiplicano le iniziative, a tutti i livelli delle fonti normative, per fornire ai

platform workers tutele adeguate, nella consapevolezza che, anche al di là delle qualificazioni giuridiche formali, il problema sostanziale attiene alla tutela del lavoro nella specifica condizione in cui viene prestato.

Il Parlamento europeo nella risoluzione del 16 aprile 2019 sulla *Proposta di direttiva relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili*, fa espresso riferimento ai profondi cambiamenti dei mercati del lavoro causati dalla digitalizzazione e alla comparsa di nuove forme di lavoro che si distanziano notevolmente dai rapporti di lavoro tradizionali, creando incertezza in merito alla protezione sociale e ai diritti applicabili a tali figure lavorative. Tuttavia, il testo approvato dal Parlamento europeo ripropone la classica bipartizione tra autonomia e subordinazione affermando espressamente che i lavoratori tramite piattaforma digitale (così come gli altri lavoratori "atipici" contemplati) potranno fruire delle tutele previste dalla direttiva a patto che rispettino i criteri stabiliti dalla giurisprudenza europea per determinare la condizione di lavoratore subordinato, mentre i prestatori effettivamente autonomi ne sono esclusi. Si è persa, così, a livello europeo, un'altra occasione per impostare diversamente il tema delle tutele del lavoro, sempre meno razionalmente governato da sistemi di tipo binario fondati su definizioni di subordinazione non più congruenti rispetto ai profondi cambiamenti nelle forme di organizzazione del lavoro e della produzione. Di conseguenza, in tutti i sistemi europei, ma non solo, la tendenza, in mancanza di categorie intermedie, è di forzare le categorie esistenti per qualificare come subordinati i lavoratori delle piattaforme. Come dire che l'economia digitale, con il suo portato di precarizzazione del lavoro, sta producendo "anticorpi normativi" mediante l'impiego di varie tecniche, proposte dalla dottrina o impiegate dalla giurisprudenza, che, senza pretesa di esaustività, potremmo riassumere nei seguenti termini: a) l'impiego di test di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato orientati ad adattare, nelle peculiari condizioni del *crowdworking* e del lavoro *on demand*, la *ratio* protettiva alla situazione di vulnerabilità sociale del prestatore, come il *control test* e l'*economic reality test* anglosassone⁹⁷, o concezioni particolarmente "dilatate" della nozione di subordinazione come quella adottata dalla giurisprudenza francese nel caso *Take Eat Easy*⁹⁸; b) l'operare di *presunzioni* di lavoro subordinato, come accade nello stato di California (ove è stato di recente giuridificato un ABC test

⁹⁷ T. Treu, op. cit., p.

⁹⁸ *Cour de Cassation, Chambre Sociale*, 28 novembre 2018, n. 1737, che dichiara l'esistenza di un potere di direzione e di controllo della esecuzione della prestazione in ragione della presenza nell'applicazione della piattaforma di un sistema di geolocalizzazione che permette di seguire in tempo reale la posizione dei corrieri e di contabilizzare il numero totale di chilometri percorsi.

molto "generoso", in grado di consentire una qualificazione assai allargata del rapporto di lavoro subordinato, e come si propone di generalizzare in via interpretativa sulla base di quanto previsto dalla Raccomandazione OIL n. 198/2006⁹⁹; c) una generale riconduzione a subordinazione di ogni prestazione che possa dirsi "organizzata" dalla piattaforma¹⁰⁰; d) una interpretazione *purposive* della nozione di subordinazione, in cui si sommano i criteri del deficit democratico e quello della dipendenza economica, benchè non riferibile a qualsiasi tipo di piattaforma¹⁰¹.

In taluni di questi sistemi, peraltro, il legislatore è intervenuto direttamente per fornire un *set* di tutele minime ai lavoratori autonomi delle piattaforme, di fatto realizzando un sistema selettivo e mirato di protezione: in Francia la *Loi Travail*, recante "*nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs*", ha seguito questa direzione prevedendo regole applicabili ai "lavoratori autonomi che ricorrono per l'esercizio della loro attività professionale a una o più piattaforme di messa in relazione per via elettronica" onde, *qualora la piattaforma determini le caratteristiche della prestazione di servizi forniti o del bene venduto e fissi il suo prezzo*, vengono garantiti al prestatore una serie di diritti normalmente non riconosciuti ai lavoratori autonomi¹⁰². In altri sistemi, a fronte della difficoltà di ricondurre le figure lavorative in esame entro le coordinate della subordinazione standard, sono state mobilitate le c.d. "categorie intermedie", come nei caso dei già menzionati *workers* inglesi (categoria cui sono stati ricondotti gli autisti di Uber) e, in Italia, le collaborazioni coordinate continuative e il lavoro etero-organizzato¹⁰³, con ampio dibattito anche in merito alla loro impietabilità nell'ambito del lavoro tramite piattaforme.

⁹⁹ Cfr. V. Di Stefano, *The rise of the "just-in-time workforce: On demand work, crowdwork and labour protection in the "gig economy"*, ILO, 2016, p. 22

¹⁰⁰ Cfr. A. Lyon-Caen, *Plateforme*, in *Rev. Dr. Trav.* 2016, p. 301.

¹⁰¹ G. Davidov, *Setting labour Law's Coverage: Between Universalism and Selectivity*, in A. Perulli, a cura di, *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Wolters Kluwer, 2018.

¹⁰² Si tratta dell'assicurazione sociale in caso di infortuni e malattie professionali, di un diritto alla formazione professionale e alla certificazione delle competenze, ma anche di diritti collettivi come il diritto di organizzazione sindacale, una sorta di diritto sciopero inteso come peculiare strumento di tutela contro i comportamenti ritorsivi della piattaforma, ed infine dell'indennità di disoccupazione per i lavoratori che perdano le occasioni di operare sul mercato attraverso le piattaforme tecnologiche.

¹⁰³ Sia consentito anche per il dialogo critico instaurato con la dottrina e per i riferimenti bibliografici, il rinvio a A. Perulli, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in L. Fiorillo-A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 279 ss.; A. Perulli, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.* 2016, I, p. 11 ss.

Come abbiamo visto nel precedente paragrafo, il legislatore italiano, seguendo di fatto la prospettiva interpretativa aperta dalla sentenza della Corte d'Appello di Torino nel caso *Foodora*, ha espressamente sancito, con la novella dell'art. 2., co.1, l'applicabilità della norma anche ai lavoratori che impiegano piattaforme (anche) digitali, consentendo in tal modo di collocare con maggior agio i *platform workers* nel cono d'ombra delle tutele del rapporto di lavoro subordinato grazie al dispositivo di assimilazione, peraltro debitamente alleggerito dall'eliminazione del richiamo all'organizzazione "anche con riferimento al luogo e ai tempi di lavoro" che aveva, come si è visto, sollevato problemi interpretativi ostativi all'impiego della disposizione in esame nel settore in esame. Ma non è tutto: "fatto salvo" l'applicazione dell'art. 2, co1, a favore del lavoratore etero-organizzato dalla piattaforma, il legislatore ha inteso apprestare anche una tutela minima, residuale ed inderogabile, contenuta nel Capo V-bis dedicato alla *Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali* in cui (Art. 47-bis) si fissano i livelli minimi di tutela per i lavoratori autonomi che, tramite piattaforma, effettuano consegne di beni per conto altrui in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore attraverso piattaforme anche digitali.

10. Le tutele minime per i *riders*.

Con il Capo V-bis sono state poste alcune norme minime di tutela a favore di lavoratori delle piattaforme volte a sanare le contraddizioni più acute di un settore in cui la qualificazione del rapporto nel senso dell'autonomia priva i *riders* di ogni tutela lavoristica di base; a tali norme si affiancano naturalmente quelle, di carattere generale, di tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale previste dalla legge 81/2017, il cui contenuto, tuttavia, non pare nel suo complesso calibrato su questa particolare forma di prestazione lavorativa.

Va rilevato preliminarmente che la scelta del legislatore italiano si pone sulla scia di altre esperienze straniere, in particolare di quella francese che, con la legge 8 agosto 2016, ha segnato l'apparizione sulla scena giuridica di una nuova categoria di lavoratori nel codice del lavoro: i "lavoratori che impiegano una piattaforma di intermediazione per via elettronica". Tuttavia, se la legge francese appare assai timida, limitandosi ad affermare una "responsabilità sociale" della piattaforma (art. L. 7342-1 Code du T.) e a fissare alcuni diritti davvero minimi (spostando il baricentro della disciplina sul riconoscimento di diritti sindacali), la legge italiana appare maggiormente strutturata sul piano dei diritti individuali.

Secondo la nuova disposizione della legge italiana i contratti individuali di lavoro dei *riders* autonomi sono provati per iscritto (forma

ad probationem) e i prestatori devono ricevere ogni informazione utile per la tutela dei "loro interessi, dei loro diritti e della loro sicurezza". E' evidente che il legislatore intende qui fare riferimento alle informazioni previste dal d. lgs. n. 152/1997, in attuazione della Direttiva 91/533/CEE, nonché – giusta il riferimento alla "sicurezza" – agli obblighi informativi previsti dal T.U. in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. In caso di violazione di tali obblighi informativi il lavoratore ha diritto ad un'indennità risarcitoria di entità non superiore ai compensi percepiti nell'ultimo anno, determinata equitativamente con riguardo alla gravità e alla durata delle violazioni e al comportamento delle parti.

Per quanto riguarda l'entità del compenso e le sue forme, la legge rinvia ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale per definire criteri di determinazione del corrispettivo complessivo, che tengano conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione del committente. Vale anzitutto premettere che una disciplina eteronoma del compenso appare senz'altro opportuna per evitare fenomeni di concorrenza sleale e di dumping sociale da parte delle piattaforme, le quali, operando su mercati "paralleli" a quelli ordinari, mettono in concorrenza fra loro lavoratori subordinati e lavoratori autonomi, imponendo retribuzioni che si pongono al di sotto di standard sociali accettabili.

Tuttavia, come rilevato *supra* con riferimento alla previsione dell'art. 2, co.2, l'apertura verso la contrattazione collettiva nell'ambito di attività genuinamente autonome appare nel nostro sistema problematica, non solo per la mancanza di norme generali, o anche solo specificamente rivolte ad un determinato settore del lavoro autonomo, che espressamente riconoscano i diritti sindacali di organizzazione e contrattazione collettiva a favore dei lavoratori autonomi (ciò che non si spinge a fare neppure la legge in esame), ma anche per il potenziale conflitto con il diritto europeo della concorrenza (art. 101 TFUE) in ragione dell'interpretazione che riconduce i lavoratori autonomi "genuini" nell'ambito della nozione di impresa¹⁰⁴. È noto che la normativa europea proibisce ogni accordo e pratica concertata che abbia ad oggetto la restrizione o distorsione della concorrenza, e gli accordi collettivi, in quanto accordi volti a limitare la concorrenza tra imprese e lavoratori, può contravvenire a tale divieto. Sebbene la Corte di Giustizia abbia più volte esentato la contrattazione collettiva volta al miglioramento delle

¹⁰⁴ *FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*, C:2014:2411. Richiama il problema di cui al testo E. Ales, *Oggetto, modalità di esecuzione e tutele del „nuovo" lavoro autonomo. Un primo commento*, in corso di pubblicazione in MGL.

condizioni di lavoro e di occupazione dei lavoratori subordinati dal campo di applicazione dell'art. 101 TFUE, tale immunità non riguarda i contratti collettivi aventi ad oggetto la disciplina dei rapporti di lavoro autonomo. Sarebbe necessario, per evitare che normative come quella in commento si pongano in contrasto con il diritto della concorrenza, che lo stesso diritto europeo intervenisse in materia autorizzando lo svolgimento della contrattazione collettiva per quei gruppi di lavoratori autonomi particolarmente vulnerabili, come nel caso dei *riders* indipendenti che operano tramite piattaforme digitali.

Sotto altro profilo, il rinvio legislativo ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale per definire criteri di determinazione del corrispettivo complessivo, che tengano conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione del committente, pone questioni di ordine sindacale di non poco momento. Invero, la fiducia riposta dal legislatore nella capacità regolativa dell'autonomia collettiva in questa delicata materia accendo i riflettori sul difficile rapporto tra rappresentanza collettiva e relazioni industriali nell'ambito del lavoro autonomo tramite piattaforma. Come sempre accade quando si rinvia alla contrattazione collettiva per disciplinare profili di regolazione nell'ambito del lavoro indipendente, sorgono dubbi e perplessità circa l'effettività di una disciplina che presuppone l'attività di organizzazioni sindacali in grado di rappresentare efficacemente e genuinamente gli interessi di queste figure lavorative, e di rispondere effettivamente alle relative esigenze di tutela sociale. È noto che le "organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale" cui il legislatore si riferisce nel disposto in esame sono quelle che operano in rappresentanza degli interessi del lavoro subordinato, mentre il lavoro autonomo è generalmente sprovvisto di forme di rappresentanza sindacale stabili e accreditate come genuine portatrici di interessi di questo settore. Nell'esperienza tedesca, grazie ad un disposto di legge (par. 12 *Tarifvertragsgesetz-TVG*), il diritto di stipulare contratti collettivi risulta applicabile anche a talune categorie di lavoratori autonomi (parasubordinati). La ragione storica di questa disposizione va ricercata nella crescita dei liberi collaboratori nell'ambito delle professioni legate ai mass media (autori, redattori, produttori di film, tecnici radio-televisi e della programmazione, artisti ecc.). Attraverso questa disciplina una parte consistente dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti ha avuto la possibilità, attraverso l'adesione ad un'organizzazione sindacale, di negoziare le condizioni di lavoro mediante lo strumento del contratto collettivo, il quale, vale ricordare, è dotato in quel sistema di un'efficacia normativa ed inderogabile per quanto concerne le condizioni minime.

Nella prassi, tuttavia, lo spazio di azione aperto dal § 12 *Tarifvertragsgesetz* si è dimostrato piuttosto ristretto. Contratti collettivi sono stati conclusi esclusivamente nel settore dei media, su misura del quale la legge era stata concepita e, in quest'ambito, soprattutto con le emittenti statali; nel settore privato le discipline collettive riguardano i soli giornalisti. Peraltro, non sono stati costituiti sindacati specializzati in queste categorie, né si è prodotto un effetto di trascinamento che superasse il settore dei media, di talché può dirsi che il par. 12 TVA non si è dimostrato un modello di successo. Oggi, la stessa Germania offre spunti comparatistici di estremo interesse, proprio con riferimento al lavoro autonomo tramite piattaforme. Il sindacato tedesco *Ver.di* conta circa 30.000 lavoratori autonomi, e i maggiori sindacati storici, come *IG Metall*, hanno modificato il proprio statuto per consentire l'adesione da parte dei lavoratori autonomi. Anche dal lato datoriale l'esperienza tedesca insegna: la *Deutscher Crowdsourcing Verband*, formata da otto piattaforme, rappresenta la prima formale associazione sindacale fra piattaforme che ha elaborato un codice di condotta per impostare relazioni corrette ed eque con i *crowd workers*. Più in generale, le prime ricerche sulle relazioni industriali nel settore delle piattaforme conferma che i *riders* e i *drivers* sono più organizzati collettivamente di altre categorie di lavoratori delle piattaforme che prestano attività *on line*, perché condividono esigenze e bisogni, e si possono fisicamente incontrare, e quindi organizzare collettivamente, in ambiti territoriali definiti.

In mancanza di contratti collettivi i lavoratori non possono essere retribuiti a cottimo (vale a dire in base alle consegne effettuate) e deve essere loro garantito sia un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti, sia un'indennità integrativa non inferiore al 10 per cento per il lavoro notturno, festivo o reso in condizioni meteorologiche sfavorevoli. Tale divieto di cottimo deve ritenersi operante anche qualora il *riders* sia ricondotto alle tutele del rapporto di lavoro subordinato ex art. 2, co.1, altrimenti determinandosi una irragionevole disparità di trattamento a svantaggio di coloro che, pur godendo delle più ampie tutele lavoristiche, potrebbero venire retribuiti a cottimo (forma di retribuzione non espressamente vietata nell'ambito del lavoro dipendente).

La legge prevede inoltre l'applicazione della disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma.

Il riferimento alle norme a tutela della libertà e dignità desta positivo stupore, nella misura in cui per la prima volta, a quanto consta, la

disciplina di tutela della "dignità" viene espressamente riferita a lavoratori autonomi. Nel nostro ordinamento, come è noto, la disciplina di tutela della dignità del lavoratore si condensa essenzialmente nel Titolo primo della legge n. 300/1970. Pur applicando il filtro di compatibilità con la natura del rapporto, si potranno ritenere operanti anche nei confronti dei lavoratori autonomi delle piattaforme le norme sulla libertà di opinione (art. 1 St. lav.), sul divieto di indagini sulle opinioni (art. 8 St. lav.), sulla tutela della salute e dell'integrità fisica (art. 9 St. lav.), e, forse, anche quelle sui controlli a distanza (art. 4 St. lav.), con un notevole impatto sull'attitudine della piattaforma ad attuare un controllo continuo e pervasiva dell'attività prestatória del *rider*.

Quanto all'estensione del diritto antidiscriminatorio ai lavoratori autonomi, non può certo dirsi una novità: basti pensare ai divieti di discriminazione diretta e indiretta fondata sul sesso per quanto attiene alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro sia subordinato che autonomo sanciti dall'art. 14 della Direttiva 2006/54/CE, nonché ai divieti di discriminazione tra uomini e donne previsti specificamente per tutti i lavoratori autonomi dalla Direttiva 2010/41/UE. La legislazione in materia di parità tra uomini e donne nelle condizioni di lavoro comprende tanto il lavoro subordinato quanto quello autonomo. Questa tendenza estensiva è stata formalizzata e consacrata dal diritto dell'Unione europea per quanto attiene all'accesso al lavoro, alla formazione, alle condizioni di lavoro, ai regimi professionali di sicurezza sociale¹⁰⁵. È evidente che questa normativa deve trovare applicazione in tutte le fattispecie riconducibili al lavoro autonomo, compreso quello esercitato per il tramite di una piattaforma digitale. Si potrebbe quindi dedurre il carattere pleonastico del disposto, perché di fatto già largamente operante nell'ambito del lavoro autonomo. Tuttavia, il divieto di discriminazione assume qui una particolare pregnanza per la condizione di spiccata dipendenza (economica e sociale, se non giuridica) in cui i prestatori versano a fronte dell'impresa digitale, al punto che, secondo alcune prospettazioni dottrinali, tale principio dovrebbe assumere i tratti della parità di trattamento tra i lavoratori della piattaforma e gli altri dipendenti dell'impresa digitale, volto ad evitare che le prestazioni vengano "crowdsourced" (vale a dire esternalizzate alla platea dei *riders*) al solo fine di risparmiare sul costo del lavoro e, in generale, per evitare

¹⁰⁵ Per questo non si comprende il sospetto, avanzato da Ales, op. ult. cit., secondo cui tale disciplina antidiscriminatoria sarebbe indice di una "falsa autonomia" dei *riders*.

l'applicazione delle norme di diritto del lavoro¹⁰⁶. In tal prospettiva, l'approccio paritario praticato dal legislatore europeo nel caso del lavoro interinale tramite agenzia potrebbe assurgere a modello anche per i lavoratori delle piattaforme, onde garantire per tutta la durata del rapporto "condizioni di base di lavoro e di occupazione almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero impiegati come lavoratori subordinati dalla stessa impresa per svolgere il medesimo lavoro" (art. 5 Direttiva 2008/104/CE).

Non sembra questa, però, l'intenzione del legislatore, il quale, riferendosi espressamente a lavoratori autonomi delle piattaforme, non ha inteso richiamare il principio di parità di trattamento tra questi ultimi e i dipendenti dell'impresa digitale (altrimenti realizzandosi un'equiparazione di tutele tra rapporti aventi natura diversa), bensì il diverso imperativo di non discriminazione, da intendersi come ingiustificata differenza di trattamento dovuta a fattori individuati dalla legge (sesso, razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, politiche, sindacali, disabilità, età, orientamento sessuale, ecc.).

La valenza di questo principio nell'ambito del lavoro tramite piattaforma può essere utile non solo per contrastare prassi discriminatorie fondate su fattori di genere, sindacali, di razza, ecc., ma come generale imperativo di imparzialità nell'esercizio dei poteri privati esercitati dalla piattaforma nei confronti dei lavoratori autonomi, in particolare per quanto concerne le prerogative (previste dalla legge) di determinazione del compenso e delle condizioni organizzative in cui la prestazione viene resa; un principio operante, quindi, come generale garanzia nei confronti di prerogative esercitate dalla piattaforma in maniera arbitraria ed ingiustificata, a tutela, come recita la norma, della libertà e dignità del prestatore d'opera.

Il legislatore interviene poi sul discusso tema dell'esclusione dalla piattaforma e sulle riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della chiamata da parte del rider, sancendo tali prassi come illegittime e, quindi, vietate. La norma è di capitale importanza, perché elimina uno dei principali strumenti alternativi al tradizionale sistema di *command and control* basato sulla triade dei poteri tipici del datore di lavoro (direttivo-di controllo-disciplinare), vale a dire un meccanismo *lato sensu* sanzionatorio con cui l'impresa-piattaforma attua la selezione dei lavoratori delle piattaforme, ne sancisce l'appartenenza o meno al proprio mercato interno del lavoro, e,

¹⁰⁶ Cfr. in tal senso J. Prassl and M. Risak, *Working in the gig economy-flexibility without security?*, in R. Singer, T. Bazzani (eds.), *European Employment Policies: Current Challenges*, BWV, Berlin, 2017, p. 92.

unitamente a meccanismi di valutazione digitale della reputazione, esercita il proprio dominio sui *riders*. La piattaforma non potrà più, di conseguenza, sanzionare impropriamente il lavoratore che rifiuta la chiamata escludendolo dal proprio mercato interno, o semplicemente negandogli l'accesso ai livelli "premiali" con migliori condizioni di contratto, o ancora riducendo le occasioni di lavoro escludendo il lavoratore dagli "accessi prioritari" in ragione delle statistiche sui tassi di assenza, ponendo in essere retrocessioni, "disattivazioni" ecc. Del resto, tutti questi comportamenti in senso lato "direttivi", "valutativi" e "sanzionatori" esulano dalla dimensione autonoma del rapporto, riproducendo in guisa mascherata l'essenza delle normali prerogative datoriali¹⁰⁷

La norma garantisce quindi l'effettività della principale garanzia di autonomia del prestatore: infatti, è la piena libertà di rispondere o meno all'offerta e di presentarsi al lavoro per rendere la prestazione (senza doversi giustificare e senza subire valutazioni e/o sanzioni da parte della piattaforma) a connotare il rapporto come autonomo per mancanza del requisito di obbligatorietà della prestazione.

La norma non sembra invece in grado di regolare il potere della piattaforma di registrare l'attività dei lavoratori, la rapidità delle consegne, il numero delle stesse, i giorni e le ore di lavoro ecc., tutti "dati" che vengono normalmente immagazzinati e gestiti dall'algoritmo.

La questione in esame è stata recentemente affrontata dalla Corte d'Appello di Torino, la quale, nel confermare sul punto la statuizione del Tribunale, ha decretato la natura non subordinata dei rapporti di lavoro dei *riders* di *Foodora* in ragione della non obbligatorietà della prestazione di lavoro e della correlativa mancanza di un obbligo di ricevere la prestazione, ove offerta, in capo al committente/datore di lavoro. Come è noto, la questione della riconducibilità a subordinazione di una fattispecie in cui il prestatore può, senza incorrere in sanzioni, svincolarsi dall'obbligo di assoggettamento al potere direttivo si era posta, molti anni or sono, con riferimento ai c.d. *pony express*, che già solcavano le strade cittadine consegnando pacchi a domicilio: questione risolta negativamente dalla Cassazione in quanto "la configurabilità dell'eterodirezione contrasta con l'assunto secondo cui la parte che deve rendere la prestazione può, a suo libito, interrompere il tramite attraverso il quale si estrinseca il potere direttivo dell'imprenditore"¹⁰⁸. Analogamente la Corte d'Appello di Torino ha ritenuto che in mancanza del requisito della "obbligatorietà della prestazione" non sia corretto

¹⁰⁷ Cfr.

¹⁰⁸ Cass. 10.7.1991, n. 7608; Cass. 25.1.1993, n. 811.

inquadrare il lavoro reso dai ciclo-fattorini nell'alveo della subordinazione: i *riders* sono infatti liberi di dare o meno la propria disponibilità per i vari turni (*slot*) offerti dall'azienda, decidendo quindi in autonomia *se e quando* lavorare. In realtà, nel caso *Foodora*, i lavoratori potevano addirittura non adempiere la prestazione nei turni per i quali avevano già dato la loro disponibilità, revocando quest'ultima o semplicemente non presentandosi al lavoro (mediante le funzioni *swap* e *no show* dell'applicazione), senza incorrere per questo motivo in provvedimenti sanzionatori. Non è stato dato seguito, quindi, alla diversa impostazione offerta dalla Corte di Cassazione (n. 367/2018) in un giudizio relativo agli addetti al ricevimento delle giocate presso le agenzie ippiche e le sale scommesse, laddove il vincolo di subordinazione era stato ritenuto compatibile con la peculiare facoltà, concessa al prestatore, di accettare o non accettare l'offerta e di presentarsi o meno al lavoro, in quanto tale profilo non riguarderebbe il contenuto del rapporto e il suo materiale svolgimento, trattandosi, invece, di un elemento esterno al rapporto, onde l'accettazione e la presentazione del lavoratore, pur incidendo sulla costituzione del rapporto e sulla sua durata, non riguarda la forma ed il contenuto della prestazione (e quindi la natura del rapporto). In effetti, la postura ricostruttiva dell'obbligazione di lavoro prospettata dalla Suprema Corte nel caso delle agenzie ippiche non convince, nella misura in cui trascura inspiegabilmente la circostanza per cui non solo le concrete (materiali) modalità di svolgimento della prestazione rilevano ai fini della qualificazione del rapporto, ma rileva (massimamente) anche l'obbligazione di lavorare, la quale, a seguito dalla stipula del contratto di lavoro subordinato, rappresenta l'antecedente logico-giuridico per l'estrinsecazione del potere direttivo da parte del datore. Tant'è che, secondo una risalente tesi dottrinale, il contratto di lavoro subordinato prevederebbe una doppia coppia di posizioni giuridiche soggettive di credito-obbligo: l'una antecedente, "che fa capo al potere direttivo dell'imprenditore e al dovere di obbedienza del prestatore; l'altra susseguente che consta da un lato dell'obbligazione di lavoro e dall'altro non del potere direttivo, già esercitato quando la singola obbligazione di lavoro si costituisce, ma del credito di lavoro"¹⁰⁹. Vale la pena di rammentare, poi, che il requisito evidenziato dalla Corte d'Appello torinese, vale a dire l'obbligatorietà della prestazione, è stato impiegato anche dal Tribunale di Milano nel caso della piattaforma *Foodihno*

¹⁰⁹ Cfr. G. Suppiej, *La struttura del rapporto di lavoro*, II, Cedam, Padova, 1963, P. 59; F. Santoro-Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1985, p. 194.

(*Glovo*)¹¹⁰ e costituisce uno dei principali *test* della giurisprudenza anglosassone per identificare il rapporto di lavoro subordinato. Il c.d. *mutuality of obligation* riguarda infatti la reciproca promessa delle parti di mantenere in essere un rapporto di lavoro subordinato per un certo periodo di tempo; in questa prospettiva il contratto di lavoro è subordinato se sussiste una esplicita o implicita obbligazione in capo al prestatore ad eseguire con regolarità la prestazione richiesta¹¹¹. L'incompatibilità tra subordinazione ed assenza di un obbligo di lavorare una volta stipulato il contratto di lavoro non sembrano quindi revocabili in dubbio¹¹². Le tesi dottrinali che predicano un diverso approccio al problema qualificatorio, mobilitando vuoi la nozione di "subordinazione attenuata", vuoi quella della "doppia alienità" non sembrano centrare l'obiettivo, in quanto la rilevata assenza di un preciso obbligo di prestazione in capo al lavoratore impedisce l'esercizio del potere direttivo dell'imprenditore non solo nell'accezione più rigorosa e restrittiva (ordini e direttive specifiche), ma anche in quella più lata che ammette la compatibilità della subordinazione con l'emanazione di direttive meramente programmatiche, escludendosi, finanche, la possibilità di ravvisare l'alienità del prestatore rispetto all'organizzazione e al risultato: ciò nella misura in cui, potendosi liberamente sottrarre all'obbligo lavorativo, il *rider* non risulta stabilmente inserito nell'organizzazione del committente e, di conseguenza, non può dirsi estraneo ad un risultato alla cui realizzazione, essendo libero di non rendere la prestazione, non risulta necessariamente partecipe.

Alla luce di queste considerazioni circa la configurazione di un obbligo prestatorio nell'ambito di un rapporto di natura subordinata, appare del tutto corretta l'impostazione del legislatore che ha inteso preservare il lavoratore autonomo da conseguenze sanzionatorie di qualunque genere conseguenti alla mancata accettazione della chiamata. Se il rapporto è genuinamente autonomo, infatti, deve ritenersi che l'assetto di interessi sia incentrato sulla libera scelta del lavoratore di effettuare o meno la

¹¹⁰ La sentenza milanese ritiene che la libertà di decidere, di settimana in settimana, in quali giorni e in quali orari lavorare – ed anche di non lavorare affatto, non sia compatibile con lo stato di subordinazione: cfr. T. Milano, 10 settembre 2018.

¹¹¹ Sia consentito il rinvio a A. Perulli, *Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries*, in G. Casale (ed.), *The Employment Relationship. A Comparative Overview*, Hart Publishing-International Labour Office, Oxford-Geneva, 2011, p. 161.

¹¹² Considera "valido" l'argomento dell'autonomia delle parti di offrire/ricevere la prestazione al fine di negare la natura subordinata del rapporto E. Gramano, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione e ritorno. Un commento alla sentenza Foodora*, in *Labor*, 2018, p. 609 ss.

singola prestazione, con l'unica conseguenza della mancata corresponsione del relativo compenso.

Oltre alla tutela dei dati personali in conformita' alle disposizioni sovranazionali e interne, ai prestatori autonomi delle piattaforme viene estesa la copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, il cui premio è determinato in base al tasso di rischio corrispondente all'attività svolta. Il committente che utilizza la piattaforma anche digitale è infine tenuto nei confronti dei *platform workers* al rispetto delle norme in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro.

Con questo intervento, in sostanza, sono state poste alcune norme minime di tutela a favore di lavoratori delle piattaforme volte a sanare le contraddizioni più acute di un settore in cui la qualificazione del rapporto nel senso dell'autonomia privava i *riders* di ogni tutela lavoristica di base; a tali norme si affiancano naturalmente quelle contrattuali collettive, ove esistenti, nonché la disciplina, di carattere generale, di tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale previste dalla legge 81/2017.