

ISSN 0025-4959

Massimario di
GIURISPRUDENZA
DEL LAVORO

Numero straordinario

diretto da
Roberto Pessi
Giampiero Proia
Antonio Vallebona



G. Giappichelli Editore

**Massimario di
GIURISPRUDENZA
DEL LAVORO**

diretto da

Roberto Pessi, Giampiero Proia, Antonio Vallebona

Numero straordinario

Comitato di direzione:

Francesco Basenghi - Carlo Cester - Maurizio Cinelli - Riccardo Chieppa - Giuseppe De Luca - Raffaele De Luca Tamajo - Riccardo Del Punta - Fernando Elorza Guerrero - Fabrizio Fabbri - Giuseppe Ferraro - Alessandro Garilli - Mariella Magnani - Giorgio Mannacio - Arturo Maresca - Franz Marhold - Michel Martone - Oronzo Mazzotta - Franco Modugno - Giuseppe Pellacani - Mattia Persiani - Giulio Prosperetti - Pietro Rescigno - Maurizio Ricci - Pasquale Sandulli - Francesco Santoni - Giuseppe Santoro - Passarelli - Renato Scognamiglio - Adriana Topo - Salvatore Trifirò - Carlo Zoli.

Comitato dei revisori per la valutazione scientifica:

Edoardo Ales - Luigi Angiello - Emilio Balletti - Alessandro Bellavista - Stefano Bellomo - Novella Bettini - Fulvio Bianchi D'Urso - Clara Enrico - Luigi Fiorillo - Domenico Garofalo - Edoardo Ghera - Pietro Lambertucci - Stefano Liebman - Pietro Magno - Sandro Mainardi - Marco Marazza - Maria Giovanna Mattarolo - Luigi Menghini - Angelo Pandolfo - Marco Papaleoni - Marcello Pedrazzoli - Giuseppe Pellacani - Giancarlo Perone - Adalberto Perulli - Iolanda Piccinini - Antonio Pileggi - Carlo Pisani - Alberto Pizzoferrato - Carmelo Romeo - Adriana Topo - Paolo Tosi - Maria Josè Vaccaro.

I contributi pubblicati sulla rivista sono sottoposti, in forma anonima, alla valutazione da parte del Comitato dei revisori.

Direttore responsabile:

Giampiero Proia

Comitato di redazione:

Anna Maria Battisti, Raffaele Fabozzi, Antonio Leonardo Fraioli, Gabriele Franza, Marco Gambacciani, Pietro Pozzaglia, Giuseppe Sigillò Massara.

Massimario di
GIURISPRUDENZA
DEL LAVORO

Numero straordinario



G. Giappichelli Editore

MASSIMARIO DI GIURISPRUDENZA DEL LAVORO

Trimestrale - Iscrizione al R.O.C. n. 25223

Registrazione al Tribunale di Avezzano 1° febbraio 1995, n. 119

G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISSN 0025-4959

Publicato on-line nel mese di maggio 2020

presso la G. Giappichelli Editore – Torino

Indice

pag.

Saggi

PASQUALINO ALBI, <i>Fra qualificazione del rapporto di lavoro e disciplina applicabile: l'ordine normativo che non c'è</i>	11
EDOARDO ALES, <i>In favore dell'etero-organizzazione come "concetto" autonomo: timeo danos et remedia ferentes</i>	19
G. MAURIZIO BALLISTRERI, <i>Nuove frontiere tra subordinazione e autonomia come indicato dalla Cassazione con la sentenza n. 1663/2020</i>	25
PAOLA BELLOCCHI, <i>Chi governa le collaborazioni organizzate dal committente?</i>	35
MARIA NOVELLA BETTINI E GENNARO ILIAS VIGLIOTTI, <i>La Cassazione sul lavoro dei riders: una "terra di mezzo" in cerca di maggiori tutele</i>	45
MAURIZIO CINELLI E PIERGIORGIO PARISELLA, <i>"Ciclofattorini" e previdenza sociale dopo la legge n. 128/2019: riflessioni alla luce della recente giurisprudenza</i>	57
SILVIA CIUCCIOVINO E LUISA MONTEROSSO, <i>Le collaborazioni etero-organizzate al vaglio della suprema corte</i>	65
VINCENZO FERRANTE, <i>Alienità dell'organizzazione produttiva e lavoro subordinato. A margine della questione dei ciclo-fattorini</i>	77
LUIGI FIORILLO, <i>Le collaborazioni organizzate dal committente: la Corte di Cassazione mette un punto (quasi) fermo</i>	95
ENRICO GRAGNOLI, <i>L'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 e gli indicatori della subordinazione non codificati</i>	113
ANDREA LASSANDARI, <i>La Corte di Cassazione sui riders e l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015</i>	123
ARTURO MARESCA, <i>Coordinazione, organizzazione e disciplina delle collaborazioni continuative</i>	133
Saggi	5

MARCO MOCELLA, <i>Riders e lavoro in piattaforma: un problema (ir)risolto?</i>	143
PASQUALE PASSALACQUA, <i>Spunti dalla sentenza della Cassazione sui ciclofattorini di Foodora</i>	151
ADALBERTO PERULLI, <i>La Cassazione sul caso Foodora</i>	161
ROBERTO PESSI E ANTONIO DIMITRI ZUMBO, <i>Collaborazioni organizzate e tipi contrattuali: tra conferme ricostruttive e nuove problematiche interpretative</i>	173
CARLO PISANI, <i>Le leggi “mal fatte” sulle collaborazioni e la Cassazione: aumenta l’incertezza sull’ambito di applicazione della disciplina del lavoro subordinato</i>	187
GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI, <i>Ancora su eterodirezione, etero-organizzazione, su coloro che operano mediante piattaforme digitali, i riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione n. 1663/2020</i>	203
ROSARIO SANTUCCI, <i>Notazioni metodologiche sulla qualificazione giuridica del lavoro con le “piattaforme digitali”</i>	219
GIUSEPPE SIGILLÒ MASSARA, <i>Lavoratori “etero-diretti dalle piattaforme”:</i> <i>la pragmatica a-qualificazione della Cassazione</i>	225
ALBERTO TAMPIERI, <i>Le tutele per i riders: soluzioni italiane e straniere a confronto</i>	237
ADRIANA TOPO, <i>Il ruolo dell’auto-organizzazione del lavoratore nel programma negoziale e la qualificazione del rapporto di lavoro: riflessioni per la verifica di un paradigma alternativo ai fini della qualificazione del rapporto</i>	247
ANTONIO VALLEBONA, <i>Collaborazioni organizzate dal committente</i>	255
LUCIA VENDITTI, <i>L’etero-organizzazione dei riders secondo la Corte di Cassazione: una prima presa di posizione</i>	257
LORENZO ZOPPOLI, <i>I riders tra fattispecie e disciplina: dopo la sentenza della Cassazione n. 1663/2020</i>	265

Contents

pag.

Essays

PASQUALINO ALBI, <i>The qualification of the employment relationship of Foodora's riders and the applicable discipline: without a regulatory order</i>	11
EDOARDO ALES, <i>In support of hetero-organization as autonomous notion: timeo danos et remedia ferentes</i>	19
G. MAURIZIO BALLISTRERI, <i>New frontiers between subordination and autonomy as indicated by the Supreme Court with the sentence n. 1663/2020</i>	25
PAOLA BELLOCCHI, <i>Who governs employers-organised work?</i>	35
MARIA NOVELLA BETTINI E GENNARO ILIAS VIGLIOTTI, <i>The Cassation on the riders' job: a "middle earth" in search of larger protections</i>	45
MAURIZIO CINELLI E PIERGIORGIO PARISELLA, <i>"Ciclofattorini" and social security after the law n. 128/2019: thoughts about recent case law</i>	57
SILVIA CIUCCIOVINO E LUISA MONTEROSSO, <i>The hetero-organized collaborations to examination by Supreme Court</i>	65
VINCENZO FERRANTE, <i>Alienity of the production organization and subordinate work. In the margin of the question of "ciclo-fattorini"</i>	77
LUIGI FIORILLO, <i>Collaborations organized by the client: the Court of Cassation (almost) puts a stop</i>	95
ENRICO GRAGNOLI, <i>Art. n. 2, legislative decree n. 81/2015 and the not codified indices of salaried employment</i>	113
ANDREA LASSANDARI, <i>The Court of Cassation on riders and art. 2, d.lgs. n. 81/2015</i>	123
ARTURO MARESCA, <i>Coordination, organization and regulation of continuous collaborations</i>	133

MARCO MOCELLA, <i>Riders and platform work: a (ir)solved problem</i>	143
PASQUALE PASSALACQUA, <i>Points from the judgment of the Cassation on foodora's riders</i>	151
ADALBERTO PERULLI, <i>The Court of Cassation on Foodora case law</i>	161
ROBERTO PESSI E ANTONIO DIMITRI ZUMBO, <i>Organized collaborations and contractual types: be-tween reconstructive confirmations and new interpretative problems</i>	173
CARLO PISANI, <i>“Poorly done” laws on collaborations and Court of Cassation: increases uncertainty about the scope of the subordinate work discipline</i>	187
GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI, <i>Still on heterodirection, heter-organization, on those who operate via digital platforms, the riders and the reasonable balance of the Cassation n. 1663/2020</i>	203
ROSARIO SANTUCCI, <i>Methodological notes on the legal qualification of the work with “digital platforms”</i>	219
GIUSEPPE SIGILLÒ MASSARA, <i>Hetero-directed workers by platforms: the pragmatic a-qualification by the Court of Cassation</i>	225
ALBERTO TAMPIERI, <i>The protections for the “riders”: a comparison between italian and foreign solutions</i>	237
ADRIANA TOPO, <i>The role of the worker's self-organization in the negotiation program and the qualification of the work relationship: reflections for the verification of an alternative paradigm for the purpose of the report qualification</i>	247
ANTONIO VALLEBONA, <i>Collaborations organized by the client</i>	255
LUCIA VENDITTI, <i>The hetero-organization of riders according to the Supreme Court: a first ruling</i>	257
LORENZO ZOPPOLI, <i>The delivery workers between types and consequences: after the first judgement of the Corte di Cassazione</i>	265

ALIENITÀ DELL'ORGANIZZAZIONE PRODUTTIVA E LAVORO SUBORDINATO. A MARGINE DELLA QUESTIONE DEI CICLO-FATTORINI

ALIENITY OF THE PRODUCTION ORGANIZATION AND SUBORDINATE WORK. IN THE MARGIN OF THE QUESTION OF "CICLO-FATTORINI"

di *Vincenzo Ferrante* *

ABSTRACT:

Il saggio analizza il lavoro organizzato dal committente, come ipotesi equiparata dalla legge al lavoro subordinato. L'A. si sofferma poi sul recente decreto legge 3 settembre 2019, n. 101 che ha riconosciuto alcuni diritti ai ciclofattorini, criticandone l'approccio.

Parole chiave: Subordinazione – autonomia – organizzazione produttiva – alienità.

The essay analyzes work organized by the customer, as a hypothesis equated by the law to subordinate work. The Author then dwells on the recent 2019 Italian Act that has recognized some rights to bikers, questioning its approach.

Keywords: Subordinate work – self-employment – work organization – alienation.

SOMMARIO: 1. Subordinazione e nozioni alternative: storia di una disfatta. – 2. La formula dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 e la pronunzia della Cassazione n. 1663/2020. – 3. I più recenti sviluppi normativi. – 4. Qualche conclusione relativa ai ciclofattorini. – 5. Le occasioni perdute. – 6. Una osservazione finale in ordine alla questione della subordinazione.

1. Subordinazione e nozioni alternative: storia di una disfatta

Già dai primi anni '80 del secolo scorso si era fatta avanti l'idea di una crisi della figura social-tipica del lavoratore, occupato a tempo pieno e in via stabile, ed as-

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi Cattolica d. S.C. di Milano.

soggettato ad un quotidiano esercizio del potere direttivo, così da spingere il legislatore a sperimentare varie forme di lavoro “flessibile”, in ordine alle quali tuttavia non si è mai riusciti a definire un soddisfacente punto di equilibrio fra gli opposti interessi delle parti, tanto che la disciplina di legge è mutata a riguardo innumerevoli volte nell’arco degli ultimi due decenni¹.

Il vero è che la concorrenza più formidabile a queste forme era rappresentata dalle “collaborazioni coordinate e continuative”, che la prassi aveva tratto da norme processuali e tributarie, grazie al fatto che in queste ipotesi il prestatore era sostanzialmente privo di tutti i diritti propri del lavoro subordinato, poiché l’impresa: (i) non era tenuta al rispetto dei minimi salariali previsti dai contratti collettivi né al pagamento di oneri contributivi; (ii) non era costretta al pagamento della retribuzione in assenza dell’effettivo svolgimento della prestazione lavorativa, di modo che non sussistevano obblighi per il pagamento di malattia, ferie, 13^a mensilità e di ogni altro onere retributivo indiretto o differito, come lo straordinario e il TFR; (iii) poteva liberarsi in ogni momento del collaboratore, non dovendosi fare applicazione delle leggi in tema di licenziamento.

Si trattava di vantaggi inarrivabili per tanti imprenditori italiani, cui si aggiungeva, per di più, una evidente ritrosia dei collaboratori a percepirsi come soggetti che avrebbero potuto beneficiare di una tutela collettiva (e ad organizzarsi di conseguenza): in questo modo, quindi, all’imprenditore committente veniva assicurato l’ulteriore vantaggio dell’assenza di ogni forma di rappresentanza sindacale, volontaria o obbligatoria (per non dire della riduzione complessiva del numero dei dipendenti, che l’impresa poteva registrare in certi casi, a mente dell’art. 35 s.l., affidando a soggetti esterni una parte del ciclo produttivo).

D’altra parte, vi era anche chi offriva il proprio lavoro in forma “parasubordinata” per scelta volontaria, nella consapevolezza delle rigidità, specie in tema di orario, proprie del lavoro organizzato in forma subordinata, che mal si prestavano a fronteggiare le esigenze di conciliazione derivanti da responsabilità familiari (e non è un caso se ancor’oggi, molti degli iscritti alla gestione separata siano donne²).

A fronte della crescita del numero dei rapporti di lavoro parasubordinato, il legislatore, conscio delle difficoltà ad accertare in concreto la sussistenza di un vincolo di subordinazione, ad un certo punto intraprese la strada di una progressiva estensione di alcuni profili della disciplina del lavoro dipendente, facendo applicazione ad es. delle norme in tema di salute e sicurezza, a quanti si vengano a collocare in un ambito

¹ Il riferimento va al tempo parziale, allo sviluppo del contratto a termine, al c.f.l. e poi, negli anni ’90, alla riforma dell’apprendistato, all’introduzione del lavoro interinale e al c.d. *job sharing*, ammesso in via amministrativa. Non si danno citazioni per la notorietà dei temi.

² Dal *Rendiconto generale* 2018 dell’INPS (allegato statistico, p. 403 ss.) risulta che i trattamenti non pensionistici sono riconosciuti in numero doppio alle donne rispetto agli uomini (anche se nelle pensioni di vecchiaia in pagamento il rapporto è sostanzialmente rovesciato, ma in senso favorevole agli uomini). Per gli ultimi dati ISTAT, v. nota 33.

spaziale governato dal potere di organizzazione del committente³, e istituendo un regime di tutela previdenziale, che si è progressivamente avvicinato alle forme tradizionali, anche sul piano della malattia, genitorialità e disoccupazione, tanto che oramai manca poco alla completa assimilazione⁴.

Questa evoluzione, tuttavia, è apparsa insufficiente alla domanda sociale di stabilità che iniziava a provenire da quanti, poco impressionati del crescere delle tutele raggiunte e passata ormai la stagione delle frenesie liberiste, iniziarono a rappresentarsi la propria posizione come quella di chi sia stato ingiustamente cacciato dal paradiso terrestre per approdare ad un mondo, dove il pane si guadagna con “sudore della fronte” (ad implicita ammissione che il lavoro subordinato, almeno per le garanzie del salario, sembra ancora dotato di un certo *appeal*).

Il vero è che la realtà sociale era davvero in evoluzione, a ragione soprattutto della progressiva meccanizzazione del lavoro, che veniva a cancellare una fascia amplissima di professioni, intaccando non più solo il lavoro manuale, ma anche le professionalità medio-alte, e cioè quelle più suscettibili di essere sostituite con un esercito di lavoratori autonomi (collaboratori, *free-lancers*, “partite IVA”, liberi professionisti), spesso giovani, e comunque incapaci (per le ragioni che sopra si sono richiamate e anche per le modalità con cui la prestazione è resa) di dar seguito ad una azione collettiva per rivendicare migliori condizioni di lavoro.

Ed invero, mentre la situazione di precariato caratterizza da sempre ampi strati della forza-lavoro a minore specializzazione (si pensi al lavoro nelle piccole imprese, o nel terziario, o nei servizi di cura alla persona), qui l’incertezza si è diffusa fra quanti erano per tradizione lontani anche dall’azione di proselitismo delle stesse associazioni sindacali, proprio in conseguenza della posizione intermedia o elevata che essi occupano nella scala sociale e nella gerarchia aziendale⁵.

³ Malgrado l’apparente equiparazione disposta in via generale dall’art. 2, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 81/2008, l’art. 3, comma 7 dello stesso d.lgs. precisa in ordine ai parasubordinati che: «le disposizioni di cui al presente decreto si applicano ove la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente».

⁴ La c.d. quarta gestione pensionistica, dopo una iniziale sperimentazione, è stata istituita dall’art. 2, comma 26 ss., legge n. 335/1995; in tema di disoccupazione, facendo seguito al d.lgs. n. 22/2015, l’art. 7, legge 22 maggio 2017, n. 81 (c.d. Jobs act “degli autonomi”), ha reso stabile l’indennità DIS-COLL a decorrere dal 1° luglio 2017; per la maternità e la paternità, v. art. 64, T.U. n. 151/2001 nonché, anche in ordine alla tutela di malattia, l’art. 2 *bis*, d.lgs. n. 81/2015, introdotto dal decreto legge 3 settembre 2019, n. 101; in ordine alla tutela INAIL, v. art. 5, d.lgs. n. 38/2000 nonché ora l’art. 47 *septies*, d.lgs. n. 81/2015, come modif. dal decreto legge n. 101/2019. A riguardo rinvio a FERRANTE-TRANQUILLO, *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, 4^a ed., Milano, 2019.

⁵ V. a riguardo le riflessioni di S. BOLOGNA, *The rise of the European Self-Employed Workforce*, Milano-Udine, 2018. In ordine alla composizione dei lavoratori rappresentati dal sindacato v. P. FELTRIN, *Il fenomeno sindacale nell’Italia contemporanea: declino “politico” e ascesa “di mercato”*, in *Bollettino Adapt*, 2016, n. 1, che evidenzia come *trend* costante non tanto quello della riduzione del numero degli iscritti, quanto la relevantissima crescita del numero dei pensionati, con ovvie ripercussioni tuttavia sulla capacità di aggregare il consenso sui luoghi di lavoro.

E da qui la ricerca per una tutela legislativa (o meglio ancora: giudiziaria) che, in luogo della regolazione collettiva, attribuisse ai rapporti posti in essere la natura subordinata, con tutto ciò che ne consegue sul piano dell'integrazione del trattamento retributivo (posto che alla fine era questo il punto di maggiore differenza rispetto alla fattispecie tradizionale, specie quando le rivendicazioni erano avanzate a rapporto esaurito). Solo che il dialogo fra lavoratori e legislatore non ha mai visto scoccare la scintilla di una intesa soddisfacente, di modo che si è dovuto assistere al sostanziale fallimento di qualunque forma alternativa al lavoro subordinato, a tempo pieno ed indeterminato (penso al lavoro interinale, alle varie forme del lavoro intermittente o a chiamata, che continuano ad intercettare percentuali modestissime sul totale della forza-lavoro italiana⁶). Questa evoluzione è divenuta frenetica negli ultimi tempi, pur dopo l'importante riforma di cui al d.lgs. n. 276/2003, tanto che si sono registrate modifiche nel 2012, 2015, 2017 ed ancora da ultimo nel 2019.

Il dibattito sulla differenza fra autonomia e subordinazione è rimasto quindi, per le ragioni che sino a qui si sono esposte, un punto centrale nel quadro complessivo della disciplina del lavoro, di modo che il legislatore è stato indotto a sperimentare ipotesi alternative a quella dell'art. 2094 c.c., nella prospettiva di provare a tracciare una linea di demarcazione sicura, capace di scriminare dalle "false collaborazioni" il genuino lavoro subordinato, essendo però poi indotto, a motivo dei continui fallimenti, a modificare quasi compulsivamente l'originaria formula che stava alla base dello sviluppo del lavoro parasubordinato.

Il risultato, in questa come in tante altre occasioni, è stato quello di una disciplina incostante, oscura e quasi "inconoscibile"⁷, soprattutto a ragione del ravvicinato succedersi delle varie riforme, che lascia spazio ad un sistema dove il legislatore si sta riducendo ad un ruolo di quasi totale irrilevanza, anche per le incongruenze evidenti delle tante formulazioni sperimentate, che affida interamente alla giurisprudenza il ruolo di risolvere la questione, in forza di principi generali variamente combinati, sulla base dei precedenti che più tornano utili a sostenere, caso per caso, il risultato individuato come punto di arrivo della decisione⁸.

⁶ Ovviamente, sta a sé la vicenda dell'esplosione del lavoro a *voucher*, nel breve periodo di vigenza degli artt. 48-49, d.lgs. n. 81/2015, nella forma originaria: a riguardo v. V. PINTO, *Il lavoro accessorio tra vecchi e nuovi problemi*, in *Lav. dir.*, 2015; sul referendum popolare di abrogazione e sulla successiva riforma v. T. TREU, *La Corte costituzionale e i referendum sull'articolo 18, i "voucher" e la responsabilità negli appalti*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, n. 2, p. 554 ss.; F. SANTONI, *Le iniziative referendarie sulle riforme del lavoro nel giudizio della Corte costituzionale*, in *Dir. merc. lav.*, 2017, n. 3, p. 431 ss.; A. ZILLI, *Prestazioni di lavoro accessorio e organizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, n. 1, p. 86 ss.

⁷ A riguardo v. O. MAZZOTTA, *Il "Codice dei lavori" di M. Pedrazzoli ovvero cosa può fare la scienza giuridica per la conoscibilità delle norme*, in *Lav. dir.*, 2001, n. 4, p. 541 ss. ed ivi interventi di Grossi, Persiani, Pizzorusso, Del Punta, Scarpelli.

⁸ A conferma di quanto detto nel testo, si tenga conto ad es. del fatto che (come pure si mette in rilievo più avanti) la pronunzia che si commenta si riferisce ad un quadro normativo, ormai modificato

2. La formula dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 e la pronunzia della Cassazione n. 1663/2020

Dall'esperienza più antica (culminata nella vicenda dei *pony-express*, che per tanti versi anticipa la questione attuale⁹) era scaturito dunque un dibattito, lungamente coltivato, che aveva alla fine condotto alla modifica della disciplina del diritto del lavoro italiano, con la “legge Biagi” (d.lgs. n. 276/2003), a fronte dello sviluppo delle “collaborazioni” che si era andato registrando per tutti gli anni '90.

Con quel provvedimento, si delineò così una sorta di territorio intermedio fra lavoro subordinato ed autonomo (il lavoro “a progetto”), che tuttavia rischiò di rimanere popolato solo da “abusivi”, sedicenti collaboratori, fintanto che almeno la “legge Fornero” del 2012 non prevede una serie di presunzioni (con efficacia tuttavia differita nel tempo), destinate finalmente a separare i veri autonomi, dai tanti contratti di comodo. Si trattava di una soluzione orientata a fini pratici, ma dettata dalla consapevolezza che la scelta definitoria del codice civile era tutt'altro che malaccorta.

In ogni caso, il legislatore del *Jobs Act*, senza in alcun modo esplicitare preventivamente le ragioni del suo intervento, ma promettendo però un ulteriore intervento di portata generale sul tema¹⁰, ha cancellato le previsioni del d.lgs. n. 276/2003, come modificate dalla successiva legge n. 92/2012, e le ha sostituite con una norma (art. 2, d.lgs. n. 81/2015), secondo la quale «a far data dal 1° gennaio 2016» si ha subordinazione, quando le prestazioni rese dal lavoratore siano «esclusivamente personali, continuative» e presentino «modalità di esecuzione ... organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro»¹¹.

La norma mostrava criticità evidenti fin da subito, poiché, innanzi tutto, non si comprende in che modo la nozione di lavoro etero-organizzato appaia distinta rispetto a quella di lavoro etero-diretto.

dagli interventi del 2017 e del 2019, ma che ha finito per costituire traccia del decreto legge n. 101/2019, tanto da vedere modificata la formula dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015.

⁹ V. Pret. Milano 20 giugno 1986 e Trib. Milano 10 ottobre 1987, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, rispettivamente pp. 70 e 688.

¹⁰ L'intervento si è concretato alla fine nel d.lgs. 22 maggio 2017, n. 81 che, però, ha lasciato il rimpianto per non aver proceduto alla definizione di una nozione di lavoro prevalentemente personale e continuativo, che pure avrebbe giustificato l'estensione di un'ampia serie di tutele: in tema sindacale, di protezione della persona e financo sui minimi salariali orari.

¹¹ O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, n. 266/2015; L. NOGLER, *La subordinazione del d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'autorità dal punto di vista giuridico*, *ivi*, n. 267; T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 155; A. DI STASI, *Parasubordinazione e subordinazione: un ennesimo giro di valzer*, in *Variazioni sui Temi dir. lav.*, 2016, n. 1, pp. 243-265; D. MEZZACAPO, *L'incerta figura delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, n. 1, pp. 49-61; G. DE SIMONE, *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, *ivi*, 2019, I, pp. 3-24.

Ed infatti, una differenza siffatta si può ammettere esclusivamente a condizione di accettare che sia subordinato solo il lavoro nel quale il datore di lavoro impartisce continuamente le istruzioni per l'esecuzione della prestazione. Al contrario, già il codice del 1942 conosce, nell'art. 2095, la figura del dirigente tecnico e amministrativo, come figura con professionalità del tutto specifica, in ordine alla quale non sussiste alcun potere di etero-direzione in senso proprio, essendo spesso il datore provvisto di un *expertise* tale da indirizzare l'attività altrui in quel settore (si pensi ai ricercatori di una società farmaceutica o all'AD di una qualunque società). Per queste ipotesi (che abbracciano quasi tutte le figure apicali o ad alta specializzazione), l'etero-organizzazione costituisce, già dal 1942, la sola forma possibile di etero-direzione, che vale ad integrare la fattispecie dell'art. 2094 c.c.¹². In questi casi, dunque, la norma non sembra presentare alcun valore innovativo rispetto al passato, ed anzi, là dove fa riferimento a criteri spazio-temporali (v. *infra*) finisce persino per restringere l'area della subordinazione di cui all'art. 2094 c.c.¹³.

In secondo luogo, posto che si era già avanzata la proposta di fare applicazione dell'art. 2094 c.c. tutte le volte che l'imprenditore avesse avuto (anche in via di fatto) un potere di coordinamento spazio-temporale della prestazione di lavoro¹⁴, non si comprende per quale motivo una qualificazione siffatta dovrebbe operare, poi, solo da un certo momento in avanti, escludendo così implicitamente dalla subordinazione, sulla base di un argomento *a contrariis*, le ipotesi di sicuro coordinamento spazio-temporale precedenti o in essere al 2015¹⁵.

¹² Secondo la formula pratica, di conio giurisprudenziale, della subordinazione attenuata, che viene tuttavia condivisa anche in sede autorevole: V. G. GIUGNI, voce *Lavoro giornalistico*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 448 ss. Non manca chi (M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *Labor & Law Issue*, 2019, vol. 5, n. 2, – sulla scia dell'autorevole insegnamento di L. MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, 1971, ora in ID., *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli, Milano, 2004, p. 3 ss. – suggerisce di vedere nell'etero-direzione “un modo di essere normale”, ma non necessario, della condizione del lavoratore subordinato, identificando quindi come elemento qualificatorio pregnante quello dell'inserimento nell'organizzazione aziendale da altri predisposta, secondo il modello della c.d. doppia alienità (dove l'alienità “del risultato” attiene invece all'assetto di interessi sotteso al contratto, a sottolineare l'estraneità del prestatore rispetto al risultato aziendale che viene ottenuto anche in forza della sua prestazione: carattere questo che, viceversa, mancherebbe nel lavoro prestato dal socio d'opera o nell'ambito delle cooperative o dell'associazione in partecipazione: v. pp. 31-35 e Corte cost., sentenza 5 febbraio 1996, n. 30).

¹³ È la nota tesi espressa dalle difese della società (a riguardo v. P. TOSI, *Autonomia, subordinazione e coordinazione*, in *Labor*, nonché ID., *L'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1117).

¹⁴ La norma richiama la proposta interpretativa di P. ICHINO formulata già in *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989 e poi ripresa in ID., *Il contratto di lavoro, Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 2000, I, p. 288 ss.

¹⁵ All'obiezione risponde, ma solo in via indiretta, la sentenza di Cassazione in commento, là dove attribuisce alla norma valore di disposizione meramente processuale, diretta a semplificare l'attività di giudizio delle corti (v. subito *infra* nel testo), evitando così al contempo di dover fronteggiare la lamen-

Infine non si comprende bene che cosa si intenda per un potere di organizzare l'altrui prestazione, «anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro». La Cassazione nella sentenza 24 gennaio 2020, n. 1663 che *infra* meglio si esaminerà ha sostenuto (par. 35) che con la parola “anche” si intenda introdurre un esempio, ma non sembra che degradando questo frammento del precetto a mera ipotesi (di etero-organizzazione), la norma acquisiti un più pregnante valore descrittivo dell'ipotesi che si è intesa regolare (foss'anche nella forma di una semplice presunzione processuale).

Ed invero, in senso inverso, è facile rilevare che l'organizzazione è sempre tipica del fenomeno imprenditoriale (art. 2082 c.c.), di modo che potrebbe anzi dirsi che tutto il lavoro relativo al ciclo produttivo di una impresa è comunque organizzato da altri, quale che poi in concreto ne sia la natura (si pensi anche agli apporti relativi alle forniture di semilavorati o alla vendita al dettaglio, che avviene da parte di terzi, ma spesso secondo schemi tariffari e contrattuali concordati).

Come dimostra la vicenda giudiziaria che si commenta, dunque, non è affatto semplice chiarire quale sia la portata della nozione di cui all'art. 2, atteso che, a parere del giudice d'appello¹⁶ e della stessa Corte di legittimità (v. par. 32), la differenza fra la collaborazione e l'etero-organizzazione deriverebbe dal fatto che, nella prima, si hanno modalità esecutive determinate di comune accordo, mentre nella seconda vi sarebbe un potere unilaterale del creditore della prestazione: affermazione, questa, quasi sconcertante non solo per chi (come la stessa Corte di Cassazione: v. par. 42), abbia presente le concrete difficoltà dell'accertamento istruttorio in sede giudiziale (specie se realizzato attraverso l'escussione testimoniale), ma anche per il teorico, che ben conosce la difficoltà di scriminare fra l'esecuzione di un ordine unilaterale impartito dal datore e il consenso dell'oblato, frutto di una accettazione (espressa per fatti concludenti) dell'altrui proposta, unilateralmente formulata in corso di rapporto.

tata violazione della legge delega, con la conseguente richiesta di sollevare incidente di costituzionalità, non essendo stato il legislatore del 2015 autorizzato alla creazione di nuove fattispecie (v. par. 58).

¹⁶Secondo la Corte d'Appello (sent. 4 febbraio 2019, in *Lav. dir. europa*, 2019, n. 1, con un commento di R. DE LUCA TAMAJO, *Ai confini tra autonomia e subordinazione*) deve essere «ravvisabile un'effettiva integrazione funzionale del lavoratore nella 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 un qualcosa che va oltre alla semplice coordinazione di cui all'articolo 409, n. 3 c.p.c. poiché qui è il committente che determina le modalità della attività lavorativa svolta dal collaboratore», mentre al contrario, secondo la Corte, queste sarebbero determinate di comune accordo nell'ipotesi di cui all'art. 409 c.p.c. A riguardo, v. U. CARABELLI-C. SPINELLI, *La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, II, pp. 92-99; M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada ... sulle ruote dei riders di Foodora*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, pp. 350-358; M. DEL CONTE-O. RAZZOLINI, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, pp. 673-682; M. DEL FRATE, *Le collaborazioni etero-organizzate alla prova della giurisprudenza di merito*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, n. 4, pp. 937-945; M. NOVELLA, *Il rider non è lavoratore subordinato ma è tutelato come se lo fosse*, in *Labor & Law Issue*, 2019, vol. 5, n. 1, pp. 85-103.

La sola differenza fra le due pronunzie, così, sembra ridursi al fatto che la Cassazione modifica in questo modo la motivazione della sentenza d'appello impugnata, affermando che si tratterebbe di una norma “di disciplina” e non “di fattispecie” (parr. 25 e 39) e così respingendo l'idea del *tertium genus* (che aveva consentito alla Corte territoriale una condanna limitata ai soli aspetti retributivi, senza tener conto delle richieste in tema di recesso e senza doversi confrontare con le previsioni normative in tema di flessibilità nella collocazione oraria del lavoro *part time*¹⁷).

In ogni caso, è certo che il solo elemento della etero-organizzazione non esaurisce la fattispecie dell'art. 2094 c.c., poiché, come ha rilevato correttamente la sentenza di I grado¹⁸, mancano in questo caso due elementi descrittivi, quali la volontà di obbligarsi, che si protrae nel tempo definendo l'attività dedotta come oggetto dello scambio (la collaborazione è la prestazione attesa in esito al contratto¹⁹), nonché il potere di vigilanza, che è insito nella direzione stessa (poiché si dirige solo ciò che si può controllare e modificare).

Ed invero, nulla sembra impedire che il *biker* proceda con modalità (e financo con tempi) di sua esclusiva scelta alla consegna e anche, in assenza di una clausola espressa di segno contrario, che deleghi ad altri l'esecuzione della prestazione, per quanto si tratti di una forma socialmente inaccettabile di intermediazione.

Mi si obietterà che proprio in forza di quest'ultimo rilievo, il rapporto deve qualificarsi nei termini della subordinazione, così potendosi fare applicazione dell'art. 2127 c.c. in tema di cottimo collettivo e delle altre norme che vietano comunque la dissociazione fra utilizzatore di fatto e datore, ma si tratterebbe di un evidente esempio di argomentazione orientata alle conseguenze, posto che essa non risolve il problema

¹⁷ Sulle conseguenze derivanti dalla nullità delle clausole “elastiche”, v. per tutti Corte cost., 11 maggio 1992, n. 210, in *Giur. it.*, 1993, I, n. 1, p. 277 ss. con nota di Brollo e in tutte le principali riviste.

¹⁸ Trib. Torino 7 maggio 2018, n. 778, in *Lav. giur.*, 2018, p. 721 ss., con nota di G.A. RECCHIA, *Gig economy e dilemmi qualificatori: la prima sentenza italiana* e in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 1196 ss., con nota di V. FERRANTE, *Subordinazione ed autonomia: il gioco dell'oca* nonché in *Riv. giur. lav.*, 2018, II, p. 371 ss., con nota di C. Spinelli ed ancora in *Arg. dir. lav.*, 2018, pp. 1227-1241 con nota di M. Biasi. Ad un paio di mesi di distanza una seconda decisione, che ne ha ricalcato contenuto e conclusioni, è stata emessa con riferimento ad un fattorino di Glovo (Trib. Milano 10 settembre 2018, n. 1853, in *Riv. giur. lav.*, 2019, II, pp. 83-90, con nota di C. SPINELLI, *Riders: anche il Tribunale di Milano esclude il vincolo di subordinazione nel rapporto lavorativo*). A riguardo, v. altresì: P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, p. 525 ss.; E. GRAMANO, *Riflessioni sulla qualificazione del rapporto di lavoro nella gig-economy*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, p. 730 ss.; EAD., *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione e ritorno. Un commento alla sentenza Foodora*, in *Labor*, 2018, pp. 609-619; M. FORLIVESI, *Nuovi lavori, vecchie interpretazioni? Note a margine di una recente sentenza del Tribunale di Milano sulla qualificazione giuridica dei c.d. “riders”*, *ivi*, 2019, pp. 112-120; P. TULLINI, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora*, in *Lav. dir. europa*, 2018, n. 1, pp. 1-9.

¹⁹ Così M. NAPOLI, *Contratti e rapporti di lavoro, oggi*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, vol. II, Milano, 1995, pp. 1057-1142 (anche in *Questioni di diritto del lavoro*, Torino, 1996, p. 3 ss.).

che la giurisprudenza era chiamata a risolvere e che attiene alla natura subordinata o no del rapporto di lavoro posto in essere²⁰.

Il risultato è che, all'esito della pronuncia di Cassazione, espunto ogni rilievo alla carenza di una volontà di obbligarci nel tempo, non resta che una fattispecie di mero fatto, produttiva di (tutti?) gli effetti del contratto di lavoro, così venendosi quasi a negare la radice contrattuale del rapporto, che oramai appare invece condivisa da tutta la dottrina²¹. Al contrario, la (ri-)qualificazione limitata al periodo di lavoro effettivamente prestato, praticata dal giudice d'appello, senza garantire ultra-attività al rapporto (tanto che le domande relative al licenziamento erano respinte), veniva solamente a riconoscere una sorta di salario minimo di fatto (parametrato sul CCNL logistica e senza differenziazioni fra tempo di attesa e di consegna, in aderenza peraltro al sistema di tariffazione concordato fra le parti: v. par. 9).

Questa soluzione del giudice di legittimità, invero, è stata resa possibile dal fatto che, come si rileva nella stessa motivazione, essendo mancato il ricorso dei lavoratori avverso la pronuncia del tribunale torinese, la Cassazione era solo chiamata a sciogliere l'alternativa fra gli esiti di I e II grado. Ma la soluzione adottata sembra sfuggire ai nodi teorici e pratici della vicenda, specie ove si consideri che la Corte l'ha giustificata ritenendo che il legislatore non solo ha operato in via di presunzione, selezionando «taluni elementi ritenuti sintomatici» della subordinazione, ma che il rimedio dell'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato possa darsi solo quando «l'etero-organizzazione, accompagnata dalla personalità e dalla continuità, è *marcata al punto tale* da rendere il collaboratore *comparabile* ad un lavoratore dipendente» (par. 26; corsivo mio).

Ora, come si è correttamente rilevato²², l'elemento dell'organizzazione è pure presente nell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, non solo quale criterio di imputazione della titolarità del rapporto subordinato, a segnare la differenza fra appalti leciti e fattispecie vietate, ma anche come elemento che aiuta a leggere e comprendere l'art. 2094 c.c.; alla luce di tanto, nel passo ora citato la Cassazione sembra ammettere che, ai fini dell'ipotesi che si è individuata, la sola etero-organizzazione di per sé

²⁰ In verità, l'art. 2127 c.c. potrebbe senz'altro considerarsi come applicabile alla fattispecie in esame, anche senza dover qualificare in alcun modo il contratto, essendo a riguardo sufficiente, alla luce della *ratio* del divieto, che il termine "assunti" possa riferirsi anche all'insaturazione di rapporti di lavoro non subordinato.

²¹ La questione della produzione degli effetti del contratto a seguito di una situazione di mero fatto è stata oggetto in passato di acuta analisi a partire dal disposto dell'art. 2126 c.c., ma in relazione ad una situazione che l'ordinamento qualificava comunque nei termini di nullità, e dunque in una prospettiva necessariamente orientata alla sanatoria di effetti prodottisi: da ultimo sul tema, anche per le nec. citt., rinvio al mio *Nullità e disciplina del rapporto di lavoro*, in *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa*, *Liber Amicorum Carlo Cester*, Bari, 2019, p. 507 ss.

²² V. O. MAZZOTTA, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, n. 1, p. 5 ss. (qui p. 15 ss.)

sola non basti, dovendosi far luogo ad un giudizio di “comparabilità”, che tanto assomiglia alla applicazione del metodo tipologico, utilizzato per ricondurre i singoli casi concreti al disposto dell’art. 2094 c.c.

Con la conseguenza che la sola etero-organizzazione non vale, neanche per imposizione del legislatore, ad integrare la subordinazione, di modo che, anche ove la previsione di legge del 2015 resti confermata in futuro, non sembra difficile prevedere che la questione tornerà a riproporsi nei termini antichi e noti²³.

3. I più recenti sviluppi normativi

Ed invero si deve notare che la portata di questa equiparazione dettata dalla Corte di Cassazione con la sentenza 24 gennaio 2020, n. 1663 è temporalmente limitata all’intervallo che va dal 1° gennaio 2016 all’entrata in vigore del d.lgs. 22 maggio 2017, n. 81 che all’art. 15 è nuovamente intervenuto sulla materia, modificando la norma del codice di rito (409 c.p.c.), e precisando che «la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l’attività lavorativa».

Il risultato sembra quello di un ritorno alla situazione antecedente il 2003, poiché l’autonomia organizzativa del collaboratore nell’esecuzione della prestazione torna a proporsi nei termini della contrapposizione fra gli artt. 2094 e 2222 c.c., qualificando l’etero-organizzazione alla stregua di un semplice substrato della prestazione, quale predisposizione di un apparato aziendale, atto a ricevere la prestazione eseguita dal collaboratore.

Ma non è finita qui perché il legislatore (sulla base di una delibera del Governo che risale al 6 agosto 2019) è intervenuto, attraverso il decreto legge del 3 settembre, n. 101, poi convertito con alcune modifiche nella legge 2 novembre 2019 n. 128, a modificare ulteriormente la materia, sostituendo la regola dell’*esclusività* della prestazione personale con la *prevalenza*, ed amputando l’art. 2 della sua ultima parte, di modo che la norma (sul punto v. *infra*, par. 6) suona ora, nella sua parte centrale, nel modo che segue: «si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro *prevalentemente* personali,

²³ Si faccia l’esempio di una squadra di parrucchieri, liberi professionisti, convocati ad una certa ora per predisporre le acconciature per una sfilata di moda: a mente dell’art. 2 costoro saranno subordinati, solo per quel breve intervallo (con la conseguenza che il committente non potrà limitarsi a pagare il corrispettivo, ma dovrà procedere all’assunzione da comunicare all’autorità amministrativa e al versamento dei contributi per quella prestazione all’INPS, creando così una posizione ulteriore rispetto a quella propria degli artigiani, predisponendo peraltro un contratto di lavoro in forma scritta (ai fini del rispetto della disciplina sul termine).

continuative e le cui modalità di esecuzione sono *organizzate* dal committente».

Tale provvedimento di legge regola contemporaneamente sia la figura del ciclofattorino subordinato, in quanto le modalità di esecuzione della consegna siano “organizzate” dalla società «mediante piattaforme anche digitali» (art. 2 novellato), sia quella del fattorino lavoratore «autonomo», che opera secondo modalità “determinate” dalla piattaforma (secondo la formula di cui all’art. 47 *bis* del d.lgs. n. 81/2015, come introdotta dallo stesso decreto legge n. 101). Per di più, ad accrescere la confusione, lo stesso art. 1, comma 1, lett. b), decreto legge n. 101/2019 interviene a disciplinare i trattamenti previdenziali di malattia e gravidanza per i lavoratori parasubordinati iscritti alla “gestione separata” INPS (ammettendo quindi implicitamente che è solo per questo aspetto che la disciplina precedente viene innovata).

Venendo comunque alle previsioni destinate ai fattorini autonomi, si deve dire che si prevede innanzi tutto, a pena del pagamento di risarcimenti ingentissimi (47 *ter*, comma 2, d.lgs. n. 81/2015), che il contratto di lavoro sia redatto in forma scritta (è ragionevole ritenere che si tratti di quello che inquadra in via anticipata tutte le future prestazioni e non già quello che si riferisce alla singola consegna: ma sul punto la legge nulla dice).

In secondo luogo, si fa divieto di ricorrere alla retribuzione a cottimo in base alle consegne effettuate, assicurando ai lavoratori un compenso minimo orario commisurato a quanto previsto dalla contrattazione collettiva di settore (47 *quater*, comma 2, d.lgs. n. 81/2015): e quindi, della logistica, se si devono seguire le indicazioni provenienti dalla Corte di Appello di Torino nella pronuncia di cui sopra si è detto²⁴.

Viene poi prevista (47 *quater*, comma 3) una maggiorazione per il lavoro “svolto di notte”, durante le festività o “in condizioni meteorologiche sfavorevoli”: si tratta (specie per l’ultima previsione) di affermazioni forse troppo semplicistiche, atteso che manca sia la definizione di notte (che varia da settore a settore e che per certo non comprende l’orario del pasto serale, anche quando questo si collochi dopo il tramonto), sia quella di “condizioni meteorologiche sfavorevoli” (che in verità sembra assente anche nella contrattazione collettiva, che semmai si preoccupa di limitare l’orario di lavoro di chi è alla guida di mezzi a motore, a tutela dell’incolumità di tutti).

Si stabilisce infine (47 *quinquies*, comma 2) un divieto di escludere dalla piattaforma, o anche solo di ridurre il numero delle chiamate, quando questo effetto sia conseguente alla mancata accettazione di richieste di consegna, avvenuta in passato. Questa norma, dettata dalla dottrina internazionale²⁵, sembrerebbe im-

²⁴Non pare significativa (se non al costo di una violazione dell’art. 39 Cost.) la previsione del comma 1 dello stesso articolo, secondo la quale «I contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale possono definire criteri di determinazione del compenso complessivo che tengano conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell’organizzazione del committente».

²⁵Nella letteratura italiana sul tema, fatto oggetto di ampio dibattito in altri ordinamenti, v. A. IN-

porre una sorta di garanzia minima di chiamate su base settimanale o mensile.

Infine, ed è un aspetto non secondario, si prevede finalmente l'obbligo dell'assicurazione INAIL per tutti i *riders* e non solo per quanti siano da qualificarsi propriamente come artigiani dediti allo svolgimento di operazioni di autotrasporto²⁶.

4. Qualche conclusione relativa ai ciclofattorini

Provando a tracciare un bilancio di questa vicenda, si deve sottolineare, innanzitutto, come sia rimasta solo allo stadio larvale l'idea che i *ciclo-fattorini* siano da equipararsi ai lavoratori somministrati, che pure era stata prospettata sin da subito in dottrina²⁷, posto che non sarebbe stato difficile considerare la "piattaforma" alla stregua di una agenzia interinale. Data la presenza già consolidata di multinazionali nel settore si sarebbe potuto trattare di una soluzione facile da imporre *de jure condendo* anche ai fini dei livelli di remunerazione, della garanzia del pagamento stesso delle retribuzioni, delle possibilità di sviluppo professionale (penso al Fondo di formazione, di cui all'art. 12, d.lgs. n. 276/2003), nonché del rafforzamento dei diritti dei terzi (si pensi ai passanti investiti da un ciclista nel corso dell'attività di consegna, dei quali la legge del 2019 non si preoccupa minimamente)²⁸.

La legge del 2019, invece, prende tutt'altra strada, preferendo insistere sulla alternativa subordinazione/autonomia, rischiando però che l'applicazione dello "statuto" del lavoratore social-tipico finisca per soffocare un fenomeno, altrimenti positivo in termini numerici per il tasso complessivo d'occupazione ed utile soprattutto nella prospettiva di fronteggiare situazione di disoccupazione "frizionale". Ed anzi, una corretta valorizzazione del precetto costituzionale che impegna la Repubblica a tutelare «il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni» (35/I), imporrebbe di diffe-

GRAO, *I sistemi di feedback basati su rating e reviews tra controllo della prestazione lavorativa e divieto di decisioni automatizzate*, in C. ALESSI-M. BARBERA-L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019, p. 193 ss.

²⁶ Art. 47 *septies*, d.lgs. n. 81/2015, e v. anche nota INAIL 23 gennaio 2020, n. 866.

²⁷ Senza pretesa di completezza, v. A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Padova, 2018; T. TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 136/2017 (ed anche in forma accresciuta in *Lav. dir.*, 2017, n. 3-4, p. 367 ss.); R. VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, *ivi*, 2017, n. 336; M. DELFINO, *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra tradizione e innovazione: il caso Uber*, in *Dir. lav. merc.*, 2018, n. 2, pp. 335-347; P. ALBI, *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra autonomia e subordinazione*, in *Labor*, 2019, pp. 125-130. Alla sentenza n. 1663 è dedicata poi un'ampia sezione di *Lav. dir. europa* n. 1/2020, con scritti, fra gli altri, di F. Carinci, Magnani, Martelloni, Persiani, Perulli, Santoro Passarelli, Speciale, Tosi e Tursi.

²⁸ Non a caso in Germania la piattaforma per i lavoratori occasionali è pubblica e vale anche a contrastare il lavoro non dichiarato: v. la descrizione del sistema al sito www.minijob-zentrale.de/.

renziare fra un'occupazione tendenzialmente transitoria e una stabile, così da incoraggiare percorsi di arricchimento professionale e di potenziamento personale, proprio per sfuggire a situazioni di sicura marginalità lavorativa, come quelle oggetto del presente scritto.

Per il resto, nulla vieterebbe a questi lavoratori di organizzarsi in sindacato individuando interessi comuni a tutti, da far valere mediante lo strumento dell'astensione collettiva. Si tratterebbe di individuare tutele comuni e utili per ognuno, come una tariffa minima giornaliera, il rimborso di eventuali spese affrontate, la creazione di forme di integrazione del reddito. Qui il sindacato potrebbe addirittura farsi avanti per proporre forme di mutualità, come avviene, per fare uno dei tanti possibili esempi, già per i tassisti, che da anni operano sulla base di un *call center* gestito attraverso una cooperativa. Qualcosa di simile è avvenuto per es. in Danimarca proprio per i *bikers*, senza che intervenisse il legislatore.

Il sindacato italiano però è lontano dall'offrire servizi per i disoccupati (anche se si tratta di un'esperienza largamente praticata in passato ed ora in certa misura risorgente per quanti perdono il lavoro) e pure è chiaro come l'organizzazione sindacale dei lavoratori abbia dei costi di tempo e di organizzazione, mentre i *bikers* forse sono poco interessati ad un investimento di questo tipo, preferendo piuttosto dedicarsi alla ricerca di un lavoro meglio remunerato (o, in qualche caso, anche a finire gli studi).

Né si vede perché, se si accetta il presupposto della specialità del rapporto, il legislatore non possa trarre spunto da questa vicenda per apprestare una tutela intercategoriale, comune a tutti i lavoratori, indifferentemente dall'orario, individuando, anche solo per i centri urbani²⁹, una forma di salario minimo giornaliero³⁰.

5. Le occasioni perdute

E pure c'è da chiedersi, in conclusione, cosa spinga la dottrina (non solo italiana) ad essere così sensibile verso la questione. Per la dottrina estera si potrebbe rilevare che il dibattito sul “finto” lavoro autonomo (*bogus self-employment*) costituisce, a differenza che in Italia, un tema in certa misura nuovo, che correttamente corre in

²⁹ Si pensi alla possibilità di attrarre i *riders* alla disciplina del trasporto di persone, regolata in genere attraverso tariffe e concessioni rilasciate dalle autorità municipali.

³⁰ Sul tema del salario minimo, v. E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Torino, 2017; F. RAVELLI *Il reddito minimo tra universalismo e selettività delle tutele*; Torino, 2018; M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Napoli, 2019; sul punto, altresì, V. FERRANTE, *Subordinazione, dipendenza, abitualità, personalità: riflessioni e proposte per la tutela dei “nuovi” lavori*, in *Labor*, 2019, p. 23 ss.

parallelo al tema del lavoro non-dichiarato³¹, capace di trovare riferimenti normativi espressi in ambito europeo ed internazionale.

Nel contesto comparato, l'attenzione sul tema sembra derivare altresì dalla necessità di un riequilibrio dei poteri contrattuali interni al rapporto³², al sottinteso fine di introdurre elementi di maggiore equità sociale nel sistema. In questa direzione, però, non riesco a trovare ragione per cui altri aspetti che caratterizzano fortemente l'occupazione in Italia restino nel cono d'ombra del dibattito dottrinale.

Manca in Italia, a stare al parere degli studiosi del settore, una norma che preveda una imposta generale sui redditi individuali e, in ogni caso, la progressività delle aliquote non appare designata in maniera tale da essere coerente con le prospettive costituzionali di tutela della persona (a partire dall'art. 1 Cost., per non scomodare l'art. 53 Cost.).

Manca nella legislazione italiana una norma che imponga nelle imprese di maggiori dimensioni una rappresentanza sindacale obbligatoria (tale non essendo a tutta evidenza l'art. 19 Stat. lav.), mentre i diritti di informazione e consultazione, malgrado siano espressamente riconosciuti sulla base della disciplina europea (d.lgs. n. 25/2007), vengono ignorati da imprese e dalle stesse organizzazioni sindacali dei lavoratori.

Manca un serio programma diretto all'emersione del lavoro nero, stimato in tre milioni e mezzo di unità di lavoro equivalente³³, malgrado oramai da tempo in sede europea si inizino a coordinare le attività ispettive per far emergere questa porzione di occupazione non dichiarata.

Pare improprio, allora, pretendere di rimediare, mediante l'innegabile alterazione del modello contrattuale, alle evidenti distorsioni che le descritte mancanze producono, riformulando in maniera estemporanea e spesso approssimativa concetti secolari e di portata generale, finendo così per aprire la legislazione agli ap-

³¹ Per un riepilogo della questione, v. V. FERRANTE (a cura di), *Economia "informale" e politiche di trasparenza: una sfida per il mercato del lavoro*, Milano, 2017.

³² È l'approccio più diffuso nella letteratura di lingua inglese e ben compendiato da G. DAVIDOV, da ultimo in *Setting labour law's coverage: between universalism and selectivity*, in A. PERULLI, *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, cit., p. 49 ss.

³³ Risulta dal Rapporto ISTAT su "Il mercato del lavoro 2019" del 9 marzo 2020, come l'Italia, che pure ha conosciuto dal 2004 una riduzione complessiva dei lavoratori autonomi (passati da 6 a poco più di 5 milioni), si colloca al terzo posto in Europa per la quota di indipendenti, dopo Grecia e Romania, soprattutto per l'elevata presenza di quelli senza dipendenti. Dal 2019 l'OIL ha approvato una nuova classificazione che rivede i confini tra dipendenti e indipendenti, individuando la nuova figura dei *dependent contractor*: si tratta di soggetti formalmente autonomi, ma vincolati da rapporti di subordinazione con un'altra unità economica (cliente o committente) che ne limita l'accesso al mercato (prezzi, tariffe, ecc.) e l'autonomia organizzativa. Nella media dei primi tre trimestri del 2019 la rilevazione sulle forze di lavoro stima 452 mila *dependent contractor*, di cui circa la metà dichiara di lavorare per un unico cliente; fra di essi vi è una maggiore presenza di donne e quote più elevate di giovani tra 15 e 34 anni (26,4% a fronte del 10,0% tra i datori di lavoro e del 15,8% degli autonomi senza dipendenti).

porti, talora anche palesemente *praeter legem*, della giurisprudenza, e marginalizzando l'autonomia collettiva³⁴.

Alla fin fine, dunque, pare più corretto l'approdo a cui conduceva la più antica sentenza del Pretore di Milano nel caso dei *pony-express* – che rintracciava la volontà della parte di obbligarsi nella sua debolezza economica, capace di spingere il lavoratore a rinnovare quotidianamente le forme del suo impegno – che non l'approccio seguito dalla Cassazione nel caso in esame, inteso a valorizzare un intervento del legislatore, quale quello del 2015 (v. par. 17), al costo, però, di una evidente amputazione della norma nella sua parte finale, come è dimostrato dal successivo intervento normativo di correzione del 2019.

Non può allora condividersi sino in fondo l'affermazione del giudice di legittimità diretta a trovare ad ogni costo un significato nella zoppicante prosa del legislatore, e a respingere le sane prospettazioni che giungono dall'accademia («i concetti giuridici, in specie se direttamente promananti dalle norme, sono convenzionali, per cui se il legislatore ne introduce di nuovi l'interprete non può che aggiornare l'esegesi a partire da essi»), dato che compito della dottrina, invero, è proprio la rimeditazione in termini critici del dato positivo, al fine di evitare che soluzioni (giudiziali o legislative) dettate da esigenze pratiche e contingenti finiscano per riflettersi sul sistema nel suo complesso, alterandone le basi.

6. Una osservazione finale in ordine alla questione della subordinazione

Ultimato l'elenco degli ambiti che dovrebbero sperimentare l'azione di un legislatore animato da un genuino intento di innovazione e da voglia di giustizia sociale, resta ancora una volta il confronto con un insieme normativo dove l'equiparazione fra subordinazione ed etero-organizzazione non potrà che passare, alla luce dei rilievi che già si sono formulati in relazione alla nozione dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, dalla riconduzione di quest'ultima alla sussistenza in via di fatto di un potere unilaterale dell'imprenditore nella fase di esecuzione della prestazione, a mente del tradizionale disposto dell'art. 2094 c.c.

In attesa di verificare se la scommessa così formulata sarà vinta, resta però da dire della altre disposizioni di cui al decreto legge n. 101/2019, che investono comunque la prestazione dei ciclo-fattorini e che più direttamente si pongono in relazione alla nozione di subordinazione, posto che questa non solo viene in rilievo lì dove è

³⁴ Secondo M. MAGNANI, *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, n. 1, p. 3 ss. è il rinvio alla contrattazione collettiva il punto centrale della norma.

modificata la lettera dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, ma anche più avanti, là dove vengono introdotte disposizioni specifiche dirette a stabilire «livelli minimi di tutela per i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui» (così l'art. 47 *bis*, d.lgs. n. 81/2015).

Si tratta, invero, di un'espressione ellittica, poiché la rubrica premessa all'intero capo V *bis* è invece intitolata alla «tutela del lavoro tramite piattaforme digitali». Soccorre, in questo senso, il comma 2 dell'art. 47 *bis*, cit., là dove specifica che «Ai fini di cui al comma 1 si considerano piattaforme digitali i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione».

Come è stato correttamente notato³⁵, qui il legislatore cade in un errore di prospettiva evidente, posto che al comma 1 della stessa disposizione di legge (che la norma richiama) i ciclo-fattorini sono stati qualificati come autonomi, di modo che la norma sembrerebbe doversi intendere nel senso che non c'è necessariamente subordinazione, anche se la piattaforma opera sulla base di un algoritmo.

La norma, per quanto formulata in modo contraddittorio, rinvia ad un tema che sembra sotteso a tutto il dibattito (anche internazionale), essendo l'interprete chiamato a chiarire, cioè, se la sottoposizione all'algoritmo implichi subordinazione.

Già più sopra si è richiamata la disposizione che sembra precisare i termini di operatività del sistema, specificando all'art. 47 *quinquies*, comma 2 che sono vietate «l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione».

La norma appare ancora una volta contraddittoria: se fossi un *rider* mi preoccuperei di vedermi escluso non già perché ho lavorato poco, posto che una logica improntata ad equità e solidarietà dovrebbe spingere a privilegiare chi, avendo più bisogno di guadagnare, accetta sempre la consegna che il sistema gli propone. Ed anzi è questa la *ratio* sottesa a tutti i sistemi premiali, che per certo non possono essere considerati di per sé discriminatori. La vera discriminazione semmai è più probabile che provenga da circostanze estranee alla prestazione lavorativa (ed indifferenti all'algoritmo), come nel caso in cui si venga puniti per aver rivendicato condizioni di lavoro migliori o per aver promosso un'azione collettiva (ma qui, se non proprio l'art. 28 s.l., dovrebbe soccorrere comunque l'azione generale antidiscriminatoria di cui all'art. 4, d.lgs. n. 216/2003).

Resta, dunque, da approfondire il punto, che già emerge dall'art. 2 come riformulato dal decreto legge n. 101/2019: si ha applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato «qualora le modalità di esecuzione della prestazio-

³⁵ Il punto è messo in risalto da O. MAZZOTTA *L'inafferrabile etero-direzione*, cit. e già da A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 410/2020, spec. p. 17 ss.

ne siano organizzate mediante piattaforme anche digitali»? Ed evidente è il sottinteso della norma: può darsi davvero autonomia in presenza di un algoritmo?

In questa prospettiva allora, c'è da chiedersi in che cosa il contratto di lavoro di cui all'art. 2094 c.c. è diverso dalla fattispecie generale normata dall'art. 1321 c.c. segg. e dalle altre figure di cui al Libro IV del codice civile. La risposta non sembra potersi rintracciare nell'indisponibilità dei diritti che discendono dalle previsioni di legge e di contratto collettivo, una volta che il rapporto sia sorto, posto che questo, a mente dell'art. 2113 c.c., pare semmai un effetto necessitato dalla natura dei diritti costituzionalmente tutelati. Invece la differenza con ogni altro contratto di scambio sembra discendere dall'esigenza generale che al momento di obbligarsi sia chiaro al debitore quale sarà lo sforzo che egli dovrà affrontare per liberarsi della sua obbligazione.

Qui sta la particolarità della subordinazione che, affidando alla controparte contrattuale la definizione della prestazione (seppure nel rispetto dei limiti di cui all'art. 2103 c.c.), rischia di minare alla base il dogma della volontà e il corollario della determinatezza (o determinabilità) dell'oggetto del contratto (art. 1346 c.c.), facendo dubitare della stessa natura contrattuale del rapporto di lavoro subordinato e rendendo così necessaria una tutela di legge a beneficio del prestatore. Ed è in questa stessa prospettiva che tutti gli ordinamenti, e il sistema del diritto internazionale del lavoro, ammettono (e promuovono) la contrattazione collettiva, come strumento di riequilibrio dei poteri effettivi delle parti (anche in deroga alle disposizioni in tema di concorrenza).

Ma se è vera la premessa, non ci si può limitare ad affermare che l'inserimento in pianta stabile delle prestazioni rese da un lavoratore in una organizzazione da altri predisposta sia, esso stesso, manifestazione di etero-direzione, almeno fin tanto che non si riscontra un potere unilaterale dell'imprenditore di modificare a suo piacere quell'organizzazione. C'è subordinazione, in altri termini, quando l'esecuzione del contratto è affidata ad un potere unilaterale del creditore della prestazione³⁶. Non a caso il soppresso lavoro a progetto, che quel potere escludeva, veniva tenuto distinto dal lavoro subordinato.

In questo senso, si deve dubitare che sempre sussista subordinazione quando si lavori nell'ambito di piattaforme (o di un'altra forma organizzativa, predeterminata *ex ante*), come sembra invece stabilire l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, alla luce delle modifiche del 2019, nella parte sopra citata³⁷.

Ovviamente non si vuole dire che chi operi su una piattaforma non possa vedere mutata la sua prestazione (anche in maniera nascosta, intervenendo sul sistema e al-

³⁶ Il ruolo dell'etero-direzione (che vede la contrapposizione fra G.F. Mancini e L. Mengoni, concordi però nel valorizzare l'elemento dell'inserzione nell'organizzazione predisposta dal datore) mi pare efficacemente messo a fuoco da M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro*, cit., p. 55.

³⁷ Ma v. invece il punto 33 della sentenza in esame.

terandone i termini di utilizzo inizialmente noti e dunque pattuiti), ma sarà questa modifica a mostrare la subordinazione e non certo il fatto che si è chiamati a fornire risposte entro tempi certi e nell'ambito delle soluzioni proposte in anticipo dal sistema.

E non sarà certo un meccanismo di assegnazione delle chiamate, che privilegia i più veloci o i più affidabili, a determinare il venir meno dell'autonomia operativa, che il prestatore sperimenti nella fase esecutiva del contratto, di modo che sarebbe stato forse più utile se il legislatore avesse disposto un obbligo di illustrare il funzionamento del sistema, utilizzando poi questo elemento in funzione della qualificazione del rapporto, invece che imporre in forza dell'autorità della legge una soluzione normativa, che appare incongrua rispetto al sistema nel cui ambito si viene a collocare.