

**L'enigma qualificatorio dei *riders*.
Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza***

Cinzia De Marco- Alessandro Garilli

1. Scenario e delimitazione dell'indagine.	69
2. Le collaborazioni etero-organizzate nel testo dell'art. 2 d. lgs. n. 81 del 2015, previgente alle modifiche del 2019.	70
3. La razionalità economica e l'organizzazione del lavoro mediante piattaforma.	71
4. Le ragioni dell'intervento legislativo e l'inquadramento dell'art. 2 tra autonomia e subordinazione.	73
5. L'art. 2094 c.c.: sfuma l'etero-direzione ma permane la rilevanza qualificatoria del vincolo di disponibilità.	75
6. La qualificazione dei <i>riders</i> secondo la Cassazione e il Tribunale di Palermo: centralità dell'art. 2 o prevalenza della subordinazione?	78
7. L'art. 2 dopo la novella del 2019: il lavoro etero-organizzato è attratto nell'area dell'autonomia.	82
8. La complicazione del quadro: l'inadeguata e contraddittoria definizione contenuta nell'art. 47bis del d. lgs. n. 81/2015.	84
9. Il ruolo della contrattazione collettiva: tutele, rappresentatività e perimetri categoriali.	87

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 435/2021.

1. Scenario e delimitazione dell'indagine.

Il fenomeno dei *riders* ha assunto dimensioni sempre più crescenti, oggi anche a causa delle misure di contenimento dell'incontro fisico tra domanda di beni e servizi disposte per fronteggiare la pandemia.²⁷⁹

Esso è emblematico dell'impatto dirompente sul diritto del lavoro della trasformazione tecnologica caratterizzata dalla diffusione di svariate piattaforme che operano nel campo della *on demand economy* e che sono rivolte alla gestione di servizi a titolo oneroso di vario genere, e in cui si instaurano rapporti fra tre soggetti: «i prestatori di servizi che condividono beni, risorse, tempo e/o competenze e possono essere sia privati che offrono servizi su base occasionale [alla pari] sia prestatori di servizi nell'ambito della loro capacità professionale ("prestatori di servizi professionali"); gli utenti di tali servizi; e gli intermediari che mettono in comunicazione — attraverso una piattaforma *online* — i prestatori e utenti e che agevolano le transazioni tra di essi ("piattaforme di collaborazione")»²⁸⁰.

Nell'economia di questa indagine non si passerà in rassegna tutto il variegato panorama delle piattaforme digitali, ma si incentrerà l'attenzione soltanto sulle imprese che utilizzano lavoratori che svolgono attività di consegna di beni anche attraverso piattaforme digitali. Viceversa, non saranno presi in considerazione gli altri lavoratori della c.d. *gig economy* (o *crowd-working*) che svolgono prestazioni di servizi attraverso il c.d. *matchmaking* tra domanda e offerta di lavoro.

La crisi occupazionale e l'emersione di sacche crescenti di povertà (che lambiscono pezzi della classe media) hanno modificato le caratteristiche dei soggetti disponibili a questa forma di lavoro: non solo giovani che intendano svolgere attività a basso reddito, ma con margini di libertà del proprio tempo (consentendo loro di mantenersi agli studi o di dedicarsi ai loro interessi), ma anche, in modo sempre più esteso, lavoratori con carico familiare, disoccupati di lunga durata o occupati con contratti precari ma sempre con salari insufficienti a soddisfarne i bisogni essenziali

²⁷⁹ Raddoppiato nel giro di due anni, il numero dei *riders* è triplicato a seguito della pandemia: se prima del Covid 19 in Italia si contavano circa 10.000 lavoratori nell'ambito della *gig economy*, (secondo il XVII Rapporto annuale INPS del 2018 sulla base di un'indagine condotta dalla Fondazione Debenedetti, attraverso l'uso di una *websurvey*), attualmente si stimano essere circa 30.000 (www.affariitaliani.it 15 gennaio 2021). Un altro dato, raccolto dall'Ispettorato nazionale del lavoro, ha preso in considerazione il periodo gennaio 2016 – ottobre 2020, valutando il numero dei *riders* complessivamente utilizzato in oltre 60.000 (comunicato stampa dell'INL del 24.2.2021). Un'attività specifica che ha avuto un forte incremento riguarda (in Italia Everli) la consegna a domicilio di prodotti alimentari gestita da un'apposita piattaforma e in cui i lavoratori prendono il nome di *shopper*: il modello è rappresentato dalla *startup* americana Instacart fondata nel 2012 a San Francisco da Apoorva Mehta, ex dipendente di Amazon.com, che, però nel marzo 2017, ha accettato di pagare \$ 4,6 milioni per risolvere un accordo di *class action* derivante dalla presunta errata classificazione dei suoi *personal shopper* come lavoratori indipendenti.

²⁸⁰ Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, Bruxelles, 2 giugno 2016 COM (2016) 356 final, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-356-IT-F1-1.PDF>. Per un'altra classificazione v. N. SRNICEK, *Capitalismo digitale. Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del web*, Luiss University Press, Roma, 2017, che individua cinque tipologie di piattaforme: le piattaforme cosiddette di *advertising*, ovvero la cui principale fonte di ricavo è data dagli inserzionisti; le piattaforme *cloud*, che affittano servizi di *cloud computing* (hardware, software e strumenti di analisi) ad altre imprese; le piattaforme *industriali*, ovvero quelle «che funzionano come il *core framework* di base nel collegare sensori e azionatori, fabbriche e fornitori, produttori e consumatori, software e hardware»; le piattaforme *prodotto* e le piattaforme *lean*, caratterizzate dal modo in cui si relazionano con la proprietà. In particolare, le piattaforme *prodotto* sono quelle che forniscono prodotti come se si trattasse di servizi, ovvero quelle che li offrono in noleggio e, tramite essi, raccolgono dati, le piattaforme *lean* sono invece quelle riducono i costi al minimo, ovvero si costituiscono come semplice interfaccia tra erogatori e utenti: queste non posseggono i beni per l'erogazione del servizio richiesto, ma posseggono lo strumento di comunicazione, che permette la raccolta e l'analisi dei dati.

(c.d. *working poors*). Di guisa che andrebbe considerato l'impatto di questo settore della *gig economy* sul mercato del lavoro con riguardo ai diversi *status* occupazionali e al fine della riconfigurazione delle misure di sviluppo della professionalità e di protezione sociale e, tra queste, in primo luogo, l'introduzione di un salario minimo legale diretto a sostenere i bassi redditi dei lavoratori più deboli non coperti dalla contrattazione collettiva²⁸¹.

2. Le collaborazioni etero-organizzate nel testo dell'art. 2 d. lgs. n. 81 del 2015, previgente alle modifiche del 2019.

Sul fronte del rapporto di lavoro il dibattito tra giuslavoristi ha riguardato la qualificazione dei *riders* e si è concentrato sulla natura e sugli elementi costitutivi delle collaborazioni organizzate dal committente di cui all'art. 2 d. lgs. n. 81/2015 (d'ora in poi anche art. 2), nonché sulla disciplina a queste applicabili.

La disposizione - dalla cui rubrica intitolata «collaborazioni organizzate dal committente» si è enucleata la formula di lavoro etero-organizzato – nel testo originario (prima delle modifiche apportate dal d.l. 3 settembre 2019 n. 101, conv. nella l. 2 novembre 2019 n. 128) stabiliva che «si applica la disciplina del lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente, anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

Il co. 2, rimasto invariato, individua poi i casi di esclusione dalla disciplina. Alcuni di questi erano già presenti nell'art. 61, co. 3 del d. lgs. n. 276/2003 relativamente al lavoro a progetto, altri sono stati inseriti successivamente²⁸².

Accanto a queste ipotesi specifiche, tutto sommato marginali, e alla (consueta) inestensibilità della disciplina alle pubbliche amministrazioni in conformità a quanto disposto dall'art. 7, co. 5*bis* e 6 del d. lgs. n. 165/2001, l'ipotesi più importante di carattere generale è contenuta nella lettera a) che consente ai contratti collettivi nazionali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale di prevedere, in luogo dell'applicazione generalizzata della normativa in materia di rapporto di lavoro, «discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo in ragione delle particolari esigenze organizzative e produttive del relativo settore». La norma, che ha un precedente specifico relativo ai prestatori di lavoro dei *call center outbound*, «conferma una tendenza alla funzionalizzazione della contrattazione per delega ... che sul piano pratico può orientare i sindacati tradizionali a dar vita a una contrattazione specializzata per i vari tipi di collaborazioni»²⁸³. Il vincolo di scopo previsto dalla legge offre alla

²⁸¹ T. TREU, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, - 374/2018, 12. In questa direzione v. la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio «relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea» del 28 ottobre 2020, e da ultimo la Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2021 «sulla riduzione delle disuguaglianze con particolare attenzione alla povertà lavorativa», in cui, prendendo atto della suddetta proposta, si «invita la Commissione e gli Stati membri ad applicare il quadro legislativo relativo alle condizioni minime di lavoro per tutti i lavoratori, in particolare quelli assunti in condizioni di lavoro precarie, che interessano spesso anche i lavoratori atipici e i lavoratori atipici della *gig economy*».

²⁸² Si tratta delle collaborazioni prestate nell'ambito della produzione e della realizzazione di spettacoli da parte delle fondazioni liriche e delle collaborazioni degli operatori che prestano le attività di cui alla l. n. 74/2001 e su cui v. circ. INL n. 6 del 3 aprile 2019.

²⁸³ T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *GDRI*, 2015, 2, 167; M. Magnani, *Subordinazione, eteroorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *DRI*, 2020, 113 ss.

contrattazione la possibilità di realizzare uno scambio tra salvaguardia dell'occupazione e abbassamento delle condizioni di lavoro.

Non si è mancato di rilevare che la nuova tipologia di lavoro etero-organizzato, introdotta nel lodevole intento di tutelare le nuove forme di sfruttamento lavorativo in condizioni di dipendenza socio-economica, si è mossa nell'ambito di un sistema normativo reso incerto a causa di una proliferazione di diverse fattispecie tra loro contigue²⁸⁴.

Si rimprovera al legislatore di avere operato, da un canto, mantenendo le tradizionali figure regolative del diritto del lavoro e in primo luogo il binomio subordinazione/autonomia²⁸⁵, e dall'altro coniato una categoria di rapporti accomunata dalla sottoposizione al potere di coordinamento del committente i cui confini, rispetto alle due fattispecie tradizionali, non sono ben definiti lasciando così all'interprete ampi margini di discrezionalità in cui la precomprensione gioca un ruolo significativo²⁸⁶.

Si rileva, inoltre, che l'estensione delle tutele del lavoro subordinato — secondo la lettera della legge, e in assenza di contrattazione collettiva — prescinde da ogni esigenza di selettività (come invece accade in altri paesi)²⁸⁷ e non tiene conto in particolare del fatto che lo statuto protettivo dei lavoratori digitali dovrebbe «essere variabile a seconda delle modalità di svolgimento di tali attività e della funzione svolta dalle piattaforme»²⁸⁸.

3. La razionalità economica e l'organizzazione del lavoro mediante piattaforma.

Il fatto è che il modello di contratto di lavoro costruito attorno alla nozione di subordinazione presuppone l'interesse datoriale a disporre del lavoratore obbligandolo all'esecuzione della prestazione. La razionalità economica del sistema faceva leva sullo scambio fra la messa a disposizione delle energie lavorative del dipendente e l'assoggettamento ai tradizionali poteri datoriali in funzione delle esigenze organizzative dell'impresa. Questo modello è scardinato dalla piattaforma, che consente, senza ricorrere ad alcun intermediario, di raggiungere la «folla» (*crowd*) di aspiranti disponibili a cogliere le opportunità di lavoro e quindi, nel caso dei *riders*, garantisce all'impresa una sovrappopolazione di disoccupati pronti a svolgere prestazioni elementari e interscambiabili²⁸⁹.

²⁸⁴ G. PROIA, *Le "collaborazioni organizzate" dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, in *DRI*, 2020, 2, 500.

²⁸⁵ Sull'attualità della distinzione v. L. MENGONI, *Quale disciplina per i lavori atipici?* in *DL*, 2000, 1, 317 ss., e in M. NAPOLI, (a cura di) Milano, 2004, 81 ss., spec. 87, secondo cui «la distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo è nei fatti ed è concettualmente radicale, sicché non sono pensabili rapporti di lavoro né subordinato né autonomo»; M.V. BALLESTRERO, *Quarant'anni e li dimostra tutti*, in *LD*, 2010, 1, 28.

²⁸⁶ Lo stesso legislatore (art. 2, co. 3) consapevole delle difficoltà applicative della norma ha previsto che le parti possano rivolgersi alle commissioni di certificazione per attestare l'assenza dei requisiti costitutivi della etero-organizzazione. Ma com'è noto l'atto di certificazione non preclude al lavoratore di agire in giudizio per una diversa qualificazione del contratto o per la difformità tra quanto certificato e le modalità di effettiva attuazione del rapporto.

²⁸⁷ A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT"*, - 410/2020, 40.

²⁸⁸ T. TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT"*, - 136/2017, 25. Cfr. anche A. PERULLI, *Il Jobs act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT"*, - 3412017, 4.

²⁸⁹ Cfr. M. NOVELLA, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, in *LLI*, 2019, vol. 5, 1, 82 ss.

In questo contesto l'impresa non ha alcuna convenienza a rendere obbligatoria la prestazione, giacché ci sarà sempre un soggetto disponibile a svolgerla e cioè ad accettare la chiamata, condizione per ottenere il compenso. Cosicché questa apparente libertà di scegliere se lavorare o meno, lungi dal soddisfare un interesse del lavoratore, è funzionale alla nuova razionalità economica determinata dalla piattaforma.

Va però precisato che l'interscambiabilità dei lavoratori non è assoluta, in quanto nella gestione della piattaforma entra in gioco il ruolo della reputazione che l'impresa acquista nel mercato e cioè la necessità che essa sia affidabile e quindi in grado di assicurarsi un numero adeguato di potenziali fruitori del servizio²⁹⁰.

Il *mix* tra folla di lavoratori disponibili ed esigenza di affidabilità nel mercato è regolato dall'algoritmo - che non è un'entità astratta ma programmata secondo *input* indicati in relazione agli obiettivi da raggiungere - che assume la funzione di individuare il *rider* più adatto a cui proporre una consegna sulla base di diversi e variabili elementi di valutazione, alcuni apparentemente neutri (ad esempio la posizione e il tipo di mezzo adoperato per la consegna), altri che invece richiedono un controllo più incisivo sull'esecuzione della prestazione, quali la previsione di premi e penalizzazioni collegati a vari parametri attraverso i quali si articola un giudizio complessivo di produttività che seleziona l'accesso ai turni, più o meno convenienti, messi a disposizione dal sistema.

L'organizzazione e la gestione dell'attività imprenditoriale si esplicano, dunque, per mezzo dei due strumenti tecnologici, piattaforma e algoritmo, la cui combinazione individua le modalità di esercizio dei poteri datoriali e quindi condiziona il processo di qualificazione dei rapporti di lavoro.

In questo quadro le imprese che si avvalgono di piattaforme digitali per gestire il servizio di distribuzione di prodotti alimentari a domicilio (Glovo, Deliveroo, Just Eat, etc) o di organizzare il trasporto passeggeri (Uber) non assumono la veste di meri intermediari favorendo l'incontro tra la domanda degli utenti e l'offerta dei beni, ma di strutture organizzate in cui i collaboratori lavorano in condizione di dipendenza²⁹¹. Come poi la dipendenza dalla piattaforma assuma significanza giuridica è questione complessa, che si dipana lungo un accidentato percorso che prende avvio dal noto dibattito sugli elementi costitutivi delle fattispecie lavoro subordinato e autonomo, con riguardo al punto di interconnessione tra loro, rappresentato dal lavoro etero-organizzato, per pervenire ad un *control test* che tenga conto delle specificità di ogni singolo caso oggetto di analisi, alla luce del concreto atteggiarsi del rapporto.

²⁹⁰ G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 205, secondo cui per affidabilità si intende «ciò che una comunità pensa di un certo soggetto, secondo un giudizio basato sulle sue azioni passate ... nel presupposto che queste siano indicatori affidabili dei comportamenti futuri, così da consentire di decidere in che modo relazionarsi al soggetto in questione».

²⁹¹ Corte giust. 20 dicembre 2017, C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi c. Uber Systems SpainSL*, in *DLM*, 2018, 2, 335, con nota di M. DELFINO, *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra tradizione e innovazione: il caso Uber*, secondo cui l'attività della piattaforma avente ad oggetto la messa in contatto mediante un'applicazione per smartphone, dietro retribuzione, di conducenti non professionisti, che utilizzano il proprio veicolo, con persone che desiderano effettuare uno spostamento deve essere considerata indissolubilmente legata ad un servizio di trasporto, ai sensi dell'art. 58, par. 1, TFUE; Cour D'Appel de Paris, 10 gennaio 2019, n. 18/08357, con nota di B. KRIEF, *En étant un travailleur «contraint», le chauffeur Uber devient un salarié*, in *Bulletin Joly Travail*, febbraio 2019, pp. 8-13, per cui: «[...]le chauffeur...] a ainsi intégré un service de prestation de transport créé et entièrement organisé par la société Uber BV, qui n'existe que grâce à cette plateforme, service de transport à travers l'utilisation duquel il ne constitue aucune clientèle propre, ne fixe pas librement ses tarifs ni les conditions d'exercice de sa prestation de transport, qui sont entièrement régis par la société Uber BV». Per un approfondimento della giurisprudenza sul tema v. G. PACELLA, *Il lavoro tramite piattaforma digitale nei Paesi di Civil law*, in *LLI*, 2019, vol. 5, n. 1, 16 ss.

4. Le ragioni dell'intervento legislativo e l'inquadramento dell'art. 2 tra autonomia e subordinazione.

Non è qui possibile, né del resto sarebbe conducente ai fini della nostra analisi, ricostruire nel dettaglio le posizioni della dottrina sulla capacità qualificatoria dell'art. 2094 c.c. e sul concetto di coordinamento contenuto nell'art. 409, n. 3, c.p.c. Ci si limiterà pertanto ad una breve esposizione delle tesi principali, centrando l'attenzione sugli effetti indotti dall'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015 sul rapporto dialettico tra subordinazione e autonomia quale si è andato configurando nella prassi giurisprudenziale.

Occorre però distinguere, al fine di una puntuale ricostruzione della fattispecie, il ricordato testo originario della disposizione da quello emendato nel 2019, che ha sostituito l'avverbio «esclusivamente» con «prevalentemente», ha soppresso le parole «anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro», e infine ha richiamato in modo espresso l'organizzazione mediante piattaforme «anche digitali» che possono gestire le modalità di esecuzione della prestazione.

Sulla prima versione la *Relazione illustrativa* del governo allo schema di decreto legislativo sul riordino della disciplina dei contratti di lavoro, sottolineava la finalità antielusiva della disposizione inserita nel quadro della promozione del lavoro subordinato e affermava che l'intervento «in materia di collaborazioni coordinate e continuative e di lavoro autonomo» persegue lo scopo «di estendere le tutele del lavoro subordinato ad alcuni tipi di collaborazione, morfologicamente contigue al rapporto di lavoro subordinato, e di sopprimere l'istituto del lavoro a progetto e dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro, sovente abusati a fini elusivi». Tale intenzione è poi ribadita nel prosieguo della relazione a proposito del meccanismo di stabilizzazione dei collaboratori e dei lavoratori autonomi.

Pertanto chiaro è il collegamento con l'abrogazione del lavoro a progetto e delle altre ipotesi di dipendenza economica, individuate dalla l. n. 92/2012 (mediante il ricorso alle circostanze di fatto della monocommittenza, della durata e del basso reddito), la cui regolazione è stata ritenuta inidonea a coprire un'area di confine tra lavoro autonomo e subordinato. Quindi si è voluto rispondere, con una tecnica diversa, all'esigenza di tutela che quella normativa intendeva perseguire.

Proprio per questa funzione antielusiva il legislatore delegato, - secondo un «testimone diretto» dei lavori svoltisi in sede governativa - ha indicato «il vincolo di luogo e di orario come tratto distintivo della fattispecie cui estendere la protezione forte», avendo avuto riguardo in particolare a lavoratori inquadrati come collaboratori autonomi «ma inseriti dentro il perimetro aziendale, come gli addetti a mansioni di segreteria d'ufficio, magazzino, vendita al banco, e simili»²⁹². Ma a parte l'enfaticizzazione della finalità *lato sensu* antifraudolenta nessun apporto dà la relazione alla collocazione dell'art. 2 nelle due aree tradizionali.

Inoltre la necessità della sussistenza del coordinamento spazio-temporale ha reso dubbia l'applicazione della norma alle nuove forme di lavoro elementare di consegna di beni svolte tramite piattaforma, a cui peraltro il legislatore del 2015 non aveva probabilmente pensato, in quanto il fenomeno dei *riders* non era ancora esploso.

In questo quadro emergono le difficoltà in cui si muove la giurisprudenza che per prima ha

²⁹² P. ICHINO, *La stretta giurisprudenziale e legislativa sulle collaborazioni continuative*, nota a Cass 24 gennaio 2020, n. 1663, in *RIDL*, 1, 2020, 93.

affrontato le questioni sull'applicazione della disposizione. Essa ha trascurato l'impatto socio-economico del fenomeno dei *riders* ed ha incentrato il problema della qualificazione attingendo ai tradizionali requisiti ed indici della subordinazione, negandone la loro sussistenza nei casi esaminati, senza un'attenta considerazione delle concrete modalità di svolgimento del rapporto di lavoro gestito dalla piattaforma mediante algoritmo. Nelle sentenze l'art. 2 è interpretato restrittivamente, sottolineando l'ineludibile necessità che le modalità di esecuzione siano organizzate dal committente con riferimento ai tempi di lavoro; circostanza questa non riscontrata, poiché sarebbe il lavoratore ad esercitare la scelta in ordine alle modalità temporali a seconda della propria libera disponibilità²⁹³.

Più articolate, come è naturale, sono state le analisi della dottrina. Il punto di partenza comune è nel riconoscere l'ambiguità degli elementi contenuti nell'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015, che ponevano la disposizione in bilico tra due crinali²⁹⁴. Per alcuni autori la norma sembra tendere verso la subordinazione, dando corpo all'esigenza di tutelare zone grigie a questa contigue. In tale ambito c'è poi chi ritiene che essa abbia inteso normativizzare la c.d. subordinazione attenuata²⁹⁵. Tali prospettazioni tendono a valorizzare l'elemento dell'organizzazione sulla etero-direzione nell'individuazione del tipo lavoro subordinato²⁹⁶. Una solitaria posizione radicale è quella di chi ritiene l'art. 2 "norma apparente", in quanto gli elementi indicati dal legislatore nulla aggiungono alla nozione di subordinazione inverata nel diritto vivente²⁹⁷, con la conseguente irrilevanza dell'*intentio legis* (che del resto ha mero valore sussidiario), rivolta, come si è detto, ad estendere la platea dei destinatari della disciplina dettata per il lavoro subordinato²⁹⁸.

Da altri la norma è stata intesa quale segmento della più vasta area dell'autonomia, in cui il coordinamento relativo all'esecuzione della prestazione assume contorni più pregnanti rispetto alle

²⁹³ Trib Torino 7 maggio 2018, n. 778, in *RIDL*, 2018, 2, 218, con nota di P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig economy*, e su cui v. P. TULLINI, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora*, in *LDE*, 2018, 1; Trib. Milano, 10 settembre 2018, in *ADL*, 2019, 1, 151, con nota di E. DAGNINO, *Ancora ostacoli sulla "via giurisprudenziale" alla protezione dei lavoratori della gig economy in Italia*.

²⁹⁴ Per una panoramica delle posizioni in dottrina si v. R. DIAMANTI, *Il lavoro eterorganizzato e le collaborazioni coordinate e continue*, in *DRI*, 2018, 1, 105 ss.

²⁹⁵ O. MAZZOTTA, *Lo strano caso delle "collaborazioni organizzate dal committente"*, in *Labor*, 2016, I, 7 ss. La giurisprudenza fa prevalentemente ricorso alla subordinazione «attenuata» per prestazioni di natura intellettuale o professionale: per i musicisti d'orchestra (Cass. 4 maggio 2020, n. 8444, in *NGL*, 2020, 4, 546), per i giornalisti (da ultimo Corte App. Milano 20 novembre 2020, n. 597, in *DeJure*), per i dirigenti (Cass. 13 febbraio 2020, n. 3640, in *NGL*, 2020, 3, 311).

²⁹⁶ Cfr. L. NOGLER, *La subordinazione nel d. lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità dal punto di vista giuridico»* in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT"*, - 267/2015; 24, che propone «un concetto funzionale di subordinazione che consenta di porre maggiore attenzione al farsi dell'organizzazione, sia per quanto attiene ai profili di efficienza che delle ripercussioni della stessa "sull'integrità fisica e morale dei lavoratori"». Secondo l'A. l'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015 ha introdotto una nuova presunzione assoluta di subordinazione; G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2016, I, 59, secondo cui «la norma segna una fase di convergenza del lavoro subordinato e di quello autonomo stabile e continuativo unificandoli nel regime di tutela sulla base della consapevolezza da una parte che il lavoro subordinato si è profondamente trasformato ed evoluto, in qualche modo detipizzato, principalmente per effetto dei nuovi sistemi produttivi dell'economia, da un'altra parte che il lavoro autonomo continuativo non è altro che una nuova modalità organizzativa del lavoro dipendente prestato stabilmente a favore di una struttura produttiva».

²⁹⁷ P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, D. Lgs. n. 81/2015: una norma apparente?* in *ADL*, 2016, 6, 1130, secondo cui «occorre infatti prendere atto che l'art. 2, comma I, del d. lgs. n. 81, malgrado la sua formulazione in termini precettivi, è privo di efficacia propriamente normativa. Al più, esso si risolve in un intervento di sostegno, a latere dell'art. 2094 Cod. Civ., dell'approccio pragmatico della giurisprudenza improntato alla prudente valutazione della ricorrenza nel caso concreto degli indici della soggezione del lavoratore ad un pieno potere organizzativo del datore di lavoro».

²⁹⁸ La teoria è fatta propria dalla sentenza del Trib. Torino 7 maggio 2018, cit.

collaborazioni coordinate e continuative, e tali da accentuare la condizione di debolezza economica del soggetto fino al punto da applicargli la disciplina riservata al lavoro subordinato²⁹⁹. Questa tesi è stata condivisa dalla Corte d'Appello di Torino, che, in parziale riforma della sentenza di primo grado, ha inquadrato l'attività prestata dai *riders* nell'ambito dell'art. 2, qualificando la disposizione, in modo poco convincente, «come terzo genere che si viene a porre tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all'articolo 2094 c.c. e la collaborazione come prevista dall'articolo 409 n. 3 c.p.c.»; ma poi riconoscendo che la nuova fattispecie resta «tecnicamente» autonoma³⁰⁰.

L'incertezza qualificatoria è stata considerata non tanto e non solo conseguenza dell'infelice fattura normativa della disposizione, quanto sintomo della crisi della fattispecie, crisi che se non è da ritenersi generale, riguarderebbe l'art. 2094 c.c. Un'opinione da molti condivisa ritiene perciò necessaria una rivisitazione delle categorie tradizionali, a partire dalla nozione di subordinazione e dall'attuale disciplina del lavoro autonomo estendendo a questo «una serie di tutele fondamentali laddove il lavoratore ... versi in una situazione di squilibrio contrattuale nei confronti del committente»³⁰¹.

Altri per districarsi dalla matassa qualificatoria hanno ricondotto l'art. 2 alle c.d. norme di disciplina, ma non nel senso che esso prescindendo dalla sua riconduzione ad una fattispecie, bensì sotto il profilo dei suoi effetti, consistenti nell'applicazione delle garanzie previste per il lavoro subordinato. Dunque resta sempre necessario definire la fattispecie astratta «che attiva l'effetto estensivo della disciplina» e la distingue «dalla subordinazione, da un lato, e dalla collaborazione coordinata e continuativa dall'altro»³⁰².

5. L'art. 2094 c.c.: sfuma l'etero-direzione ma permane la rilevanza qualificatoria del vincolo di disponibilità.

Con riferimento al criterio distintivo tra la fattispecie in esame e l'art. 2094 c.c., la giurisprudenza (già ricordata in precedenza alla nt. n. 17), espunta dai requisiti essenziali della subordinazione

²⁹⁹ A. PERULLI, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in RGL 2016, I, 27; R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT", - 282/2015.

³⁰⁰ Corte Appello Torino 4 febbraio 2019, n. 26, in RIDL, 2019, 2, 340, con note di M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada..sulle ruote dei riders di Foodora* e R. DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*. Per altri commenti v. anche, P. TULLINI, *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?* in LDE, 2019,1; R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza della Corte d'appello di Torino, sul caso Foodora. Al confine tra autonomia e subordinazione*, *ibidem*; E. GRAGNOLI, *Una discutibile significativa decisione sulla qualificazione dei contratti stipulati con i gestori delle cosiddette piattaforme digitali*, in www.dirittoalavorovariazioni.com; U. CARABELLI, C. SPINELLI, *La corte d'appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, in RGL, 2019, 1, 91 ss.

³⁰¹ M. V. BALLESTRERO, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in LLI, 2020, vol. 6, 2, 14.

³⁰² R. DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, cit., 359-360. Cfr. anche A. PERULLI, *Il Jobs act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 4, secondo cui «mentre il confine segue il principio secondo cui le discipline delle prestazioni aventi ad oggetto un fare a favore di altri si distinguono in ragione della natura subordinata o autonoma del vincolo contrattuale cui ineriscono, la soglia indica invece uno spazio che supera la scansione *tipo-logica* dell'*aut-aut* e definisce un nuovo criterio regolativo *topo-logico*, dove la determinatezza del confine lascia il passo ad uno spazio disciplinare che relativizza, senza eliminarle del tutto, le barriere tipologiche, prospettandosi quella situazione combinatoria tale per cui le tutele si declinano in ambiti non necessariamente coincidenti con quelli designati dal tipo standard di lavoro subordinato». ID, *Il diritto del lavoro e il "problema" della subordinazione*, in LLI, 2020, vol. 6, n. 2, 101, dove si afferma che la norma definisce un'area di continenza sovratipica, diversa rispetto a quella della subordinazione di cui non costituisce dunque una semplice correzione interpretativa.

l'etero-direzione, abbina al coordinamento funzionale con gli obiettivi dell'organizzazione aziendale, accompagnato dai consueti elementi indiziari della situazione di subordinazione³⁰³, l'impegno del lavoratore di porre la prestazione a disposizione del datore di lavoro in modo da essere disponibile a soddisfarne le esigenze; di guisa che il tratto essenziale della c.d. subordinazione tecnico-giuridica viene ravvisato nella dipendenza, intesa nel senso specifico di disponibilità nel tempo del prestatore di lavoro delle proprie energie inserite nell'altrui organizzazione produttiva³⁰⁴.

Questa costruzione, nella parte in cui valorizza l'elemento dell'inserzione del lavoratore nell'organizzazione produttiva altrui, può essere ricondotta, almeno in parte, alla teoria della c.d. doppia alienità espressa dalla nota sentenza della Corte costituzionale n. 30 del 1996³⁰⁵. La stessa Corte in una precedente decisione³⁰⁶ ha affermato che la disciplina tipica trova applicazione «allorquando tra una prestazione e l'altra permanga il vincolo di disponibilità per il lavoratore e vi sia comunque l'inserimento nell'organizzazione del datore di lavoro». Disponibilità che peraltro sussiste nonostante l'intermittenza e la saltuarietà della prestazione lavorativa, in quanto viene intesa come dedizione del lavoratore funzionale e sistematica alle esigenze dell'impresa³⁰⁷.

Tuttavia sull'obbligo di disponibilità del lavoratore come elemento immanente al tipo si registrano alcune posizioni contrarie, in evidente discontinuità rispetto alla ricordata lettura consolidata. Recenti sentenze, infatti, con riguardo ad ipotesi di particolare debolezza socio-economica del lavoratore, e che possono essere accostate al lavoro dei *riders*, hanno ritenuto che la libertà di accettare l'incarico e di presentarsi al lavoro «non attiene al contenuto» del rapporto, ma è esterna ad esso «non solo sul piano logico, bensì temporale in quanto [ne] precede lo svolgimento ... tale fatto comporta la conseguente configurazione di rapporti instaurati volta per volta (anche giorno per giorno) in funzione del relativo effettivo svolgimento ... L'accettazione e la presentazione del lavoratore, espressione del suo consenso, incidono (come elemento necessario ad ogni contratto) sulla costituzione del rapporto e sulla sua durata: non sulla forma e sul contenuto

³⁰³ Cfr. ad es. Cass 15 giugno 2020, n. 11539, in *GD*, 2020, 30, 74.

³⁰⁴ O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *DRI*, 2020, 2, 360, ma già E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 1993, 51, secondo cui «ai fini della collaborazione prevista dall'art. 2094 c.c. è da ritenere decisiva la continuità – o disponibilità nel tempo verso il datore – della prestazione di lavoro nella quale è da ravvisare l'aspetto caratteristico dell'attuazione del vincolo della subordinazione». In giurisprudenza cfr. Cass. 15 giugno 2020, n. 11539, in *GD*, 2020, 30, 74, secondo cui non solo « nel caso di prestazioni lavorative dotate di notevole elevatezza e di contenuto intellettuale e creativo» ma anche quando «la prestazione dedotta in contratto sia estremamente elementare, ripetitiva e predeterminata nelle sue modalità di esecuzione... il criterio rappresentato dall'assoggettamento del prestatore all'esercizio del potere direttivo, organizzativo e disciplinare può non risultare ... e occorre allora fare ricorso a criteri distintivi sussidiari quali la continuità e la durata del rapporto...».

³⁰⁵ La sentenza, in *DL*, 1996, 1, 52 ss., rispecchia la tesi ricostruttiva della nozione di subordinazione elaborata dal relatore L. MENGONI, *Contratto di lavoro e impresa*, estratto da *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano, 1971 in M. NAPOLI, (a cura di) *Il contratto di lavoro*, cit., 34, discutibile è perciò ritenere (A. ZOPPOLI, *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, in *DRI*, 2020, 3, 716 ss.) che tale prospettazione della subordinazione abbia una valenza limitata perché la Corte l'abbia fatta propria in relazione al caso da essa esaminato del socio di lavoro nelle cooperative v. inoltre M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in *QS*, 2008, 71, spec. 102 ss. Per un'applicazione della teoria si v. Cass. 16 gennaio 2007, n. 820, in *RGL*, 2007, 4, 654, con nota di A. ALLAMPRESE, *Subordinazione e doppia alienità: la Cassazione batte un colpo*; Trib. Roma 29 agosto 2020, n. 3889, in *Dejure*.

³⁰⁶ Corte cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, 2432.

³⁰⁷ Cass 4 settembre 2003 n. 12926, in *MGL*, 2004, 1-2, 93, la quale però precisa che in questi casi deve comunque essere assicurata al datore di lavoro «la propria disponibilità in caso di chiamata».

della prestazione (e pertanto sulla natura del rapporto))³⁰⁸. Secondo tale orientamento è quindi sufficiente a configurare la subordinazione la disponibilità caso per caso a fornire la prestazione nelle fasce orarie indicate dal datore di lavoro, se essa risponde al modello organizzativo e gestionale predisposto unilateralmente da quest'ultimo. L'indirizzo è condiviso da una parte minoritaria della dottrina, la quale sostiene che «la subordinazione si misura ... nella fase esecutiva della prestazione: durante le fasi di non lavoro e non obbligo a lavorare il *rider* non è un lavoratore (né subordinato né autonomo))³⁰⁹. Da ciò conseguirebbe che l'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015, ma anche la figura descritta dall'art. 47bis, co. 1 e 2, d. lgs. n. 81/2015 (di cui *infra*), sono norme «fantasma», nelle quali «l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato è semplicemente confermata».

Si deve però obiettare che l'operazione di frantumazione del rapporto di lavoro in separati segmenti correlati alle singole prestazioni svilisce la sua natura contrattuale unitaria e il collegamento con le esigenze dell'organizzazione, facendo venir meno la rilevanza dell'obbligo di obbedienza di cui all'art. 2104 c.c.³¹⁰. In questo senso si è sottolineato che l'applicazione ai *riders* di questa tesi costituisce una forzatura «perché, [il rapporto] pur in difetto di un esplicito accenno al suo essere continuo, si svolge ininterrotto per tutto il tempo previsto, se pur con prestazioni periodiche rimesse alla previa disponibilità del lavoratore»³¹¹.

Per ritenere influente sulla possibile qualificazione del lavoro dei *riders* l'obbligo di disponibilità del prestatore – ovviamente quando ne sussistano in concreto tutti gli altri elementi - si è fatto ricorso alla previsione nel nostro ordinamento del lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata, che è considerato una forma di lavoro subordinato³¹².

Va però osservato che il contratto di lavoro intermittente costituisce, secondo l'opinione qui condivisa, un tipo legale autonomo rispetto al rapporto di lavoro previsto dall'art. 2094 c.c., in cui, al pari del lavoro a domicilio, la «subordinazione appare connotata da attributi talmente particolari da renderla eccentrica rispetto allo schema tipico previsto dal codice civile»³¹³, e che «la mancanza di un obbligo di risposta non va intesa «come un tratto distintivo di un tipo contrattuale a se stante» ... «ma [del]la stessa fattispecie standard [del contratto di lavoro intermittente] connotata però da una clausola aggiuntiva che, a certe condizioni consenta al lavoratore di rifiutare

³⁰⁸ Cass 13 febbraio 2018 n. 3457, con riguardo agli addetti al ricevimento del pagamento delle giocate, in *www.lavorosi.it*; Cass 16 novembre 2018 n. 29640 sui messi notificatori, in *DeJure*; Cass 4 luglio 2017 n. 16377 sugli addetti alla consegna a domicilio delle pizze, in *GD*, 2017, 39, 54.

³⁰⁹ M. BARBIERI, *Contraddizioni sistematiche e possibili effetti positivi di una legge di buone intenzioni e cattiva fattura*, in U. CARABELLI, L. FASSINA, (a cura di) *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, CGIL Ufficio Giuridico, 2020, 3, 92.

³¹⁰ O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, cit., 348, nt. 9, che fa proprie le critiche sollevate dalla Corte d'appello Torino 4 febbraio 2019, n. 26, cit.

³¹¹ F. CARINCI, *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, in *LDE*, 2021, 1, 6.

³¹² G. DE SIMONE, *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, in *RGL*, 2019, 1, 13; O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, cit., 361; E. RAIMONDI, *Il lavoro nelle piattaforme digitali e il problema della qualificazione della fattispecie*, in *LLI*, 2019, 2, 77.

³¹³ R. ROMEI, *Lavoro intermittente*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Bologna, 2004, 421.

la proposta del datore di lavoro senza conseguenze di alcun genere»³¹⁴. Non è pertanto possibile forzare il dato normativo fino al punto da ritenerlo espressivo di una nozione generale di subordinazione che prescindendo dalla continuità o disponibilità nel tempo della prestazione di lavoro.

Tale contratto in entrambe le ipotesi incontra limitazioni rilevanti sia nella sostanza che nella forma, che possono non essere presenti o venire meno (come nel caso in cui si superi il numero limite di giornate di lavoro di 400 nell'arco di un triennio). Esso, dunque, non potrebbe essere utilizzato per esigenze diverse o in violazione dei divieti sanciti dalla legge; e, qualora la sua applicazione venisse invocata in giudizio da un *rider*, non potrebbe il giudice convertirlo in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (atteso il suo carattere autonomo rispetto a tale fattispecie), ma dovrebbe ricondurlo al tipo contrattuale instaurato concretamente tra le parti³¹⁵, e cioè, nella maggior parte dei casi, al lavoro etero-organizzato di cui all'art. 2, o alle ipotesi di cui all'art. 47bis.

6. La qualificazione dei *riders* secondo la Cassazione e il Tribunale di Palermo: centralità dell'art. 2 o prevalenza della subordinazione?

Sulla discussione intorno alla qualificazione si è inserita la Corte di cassazione³¹⁶, che ha ritenuto di far precedere l'interpretazione della norma dalla sua qualificazione in termini concettuali³¹⁷. I giudici hanno preliminarmente collocato la disposizione nell'ambito degli interventi del *Jobs Act*: a fronte dell'abrogazione di una normativa comportante garanzie per il lavoratore a progetto e titolari di partita IVA, e della conseguente estensione del campo di applicazione dell'art. 409, n. 3, c.p.c. comportante il «rischio di abusi», con l'art. 2 si è «inteso limitare le possibili conseguenze negative, prevedendo comunque l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato a forme di collaborazione, continuativa e personale, realizzate con l'ingerenza funzionale dell'organizzazione disposta unilateralmente da chi commissiona la prestazione» (punti 21, 22 e 23). Si afferma perciò che il legislatore si è mosso in un'ottica sia di «prevenzione», per scoraggiare fenomeni elusivi delle tutele previste per i lavoratori, sia «rimediale», ravvisata nell'offrire una protezione equivalente a quella di cui gode il lavoratore subordinato quando ricorrano «indici [*rectius* elementi] fattuali ritenuti significativi (personalità, continuità, etero-organizzazione)» (punti 24 e 26). Poco importa, secondo questo approccio, «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

³¹⁴ R. ROMEI, *op. ult. cit.*, 435-436.

³¹⁵ Così sempre R. ROMEI, *op. ult. cit.*, 425-426. Cfr. a riguardo Cass. 11 dicembre 2020, n. 28345, in *Dejure*, secondo cui in caso di mancanza del requisito anagrafico si determina «la nullità del negozio per contrasto con norme imperative di legge, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., (cd. nullità virtuale) e, dall'altro, la possibilità di una conversione ex art. 1424 c.c., ove il negozio sia idoneo a produrre gli effetti di un'altra fattispecie e previo accertamento, riservato in via esclusiva al giudice di merito, della volontà delle parti».

³¹⁶ Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, in *RIDL*, 1, 2020, 76, con nota di P. ICHINO, *La stretta giurisprudenziale e legislativa sulle collaborazioni continuative*, cit.; Per alcuni commenti v. A. MARESCA, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, in *DRI*, 2020, 1, 146 ss; M. PERSIANI, *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*, in *LDE*, 2020, 1; M. BIASI, *Tra fattispecie ed effetti: il "purposive approach" della Cassazione nel caso Foodora*, in *LDE*, 2020, 1; M. Magnani, *Al di là dei ciclofattorini. Commento a Corte di Cassazione n. 1663/2020*, in *LDE*, 2020, 1.

³¹⁷ Secondo M. PERSIANI, *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*, cit., 3, addentrandosi in un territorio che non era di sua competenza.

disciplina» (punto 25). Ma questa definizione dell'art. 2 è priva di senso, perché (come si è ricordato) la disciplina postula in ogni caso per la sua applicazione la sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta³¹⁸. Peraltro che il ricorso a questa formula sia stato usato in modo improprio emerge quando la Corte «riconosce che la disciplina del lavoro subordinato [ex art. 2] si applica solo quando ricorrono determinati “indici fattuali” quindi non *ex se*, e comunque controlla poi (anche nel merito...), l'utilizzo che la Corte torinese di tali “indici” ha fatto in relazione alla fattispecie litigiosa»³¹⁹; e anche quando afferma che «la norma in discorso» deve inquadrarsi «nel complessivo riordino e riassetto normativo delle tipologie contrattuali esistenti». Il vero è che l'utilizzo disinvolto della formula è strumentale all'obiettivo che la Corte si prefigge consistente nel ritenere costituzionalmente legittima l'esclusione di qualsivoglia selezione della disciplina applicabile, una volta che ha collocato l'art. 2 in una zona contigua alla subordinazione, ma a questa assimilata quanto alla condizione di debolezza del lavoratore desunta dalle modalità di esecuzione del rapporto (punto 60)³²⁰.

In ultima analisi la Corte resta al fondo fedele al metodo tradizionale di qualificazione in concreto del rapporto di lavoro sulla base degli elementi della fattispecie astratta configurata nell'art. 2, distinti tanto dal lavoro subordinato che dalle collaborazioni coordinate e continuative. Su queste si dirà nel prossimo paragrafo. La differenza rispetto all'art. 2094 c.c. sta in ciò: mentre nel caso dell'art. 2 l'etero-organizzazione unilateralmente predisposta dal committente non comporta l'obbligo del lavoratore alla prestazione, ma quello, una volta accettata la chiamata, di conformarsi alle modalità della sua esecuzione secondo le puntuali indicazioni della piattaforma, nel secondo è imposto al lavoratore di rispettare i turni di lavoro e di mantener ferma la propria disponibilità, sottostando al potere gerarchico-disciplinare. In sostanza, come è stato ben puntualizzato, l'etero-organizzazione deve riguardare le circostanze estrinseche di esecuzione della prestazione, e non può spingersi fino al punto di attribuire alla piattaforma il potere di specificarne e modificarne il contenuto, essendo questa manifestazione dell'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro³²¹. Ciò non toglie che, precisa la Corte, è sempre possibile provare in giudizio la sussistenza di «una vera e propria subordinazione», sulla base di un'indagine che tenga conto delle modalità effettive di svolgimento del rapporto, condotta secondo i consueti criteri elaborati dalla giurisprudenza, e che però produce «esiti talvolta difformi anche rispetto a prestazioni lavorative tipologicamente assimilabili, senza che su tali accertamenti di fatto possa estendersi il sindacato di legittimità». La precisazione spinge a ritenere che la Cassazione predilige, quantomeno nei casi dubbi, l'applicazione dell'art. 2³²². Ed è un'osservazione non di poco

³¹⁸ A. PERULLI, *La prima pronuncia della Corte di Cassazione sull'art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015: una sentenza interlocutoria in LDE.it* 23 marzo 2020, nello stesso senso M. PERSIANI, *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*, cit., 4.

³¹⁹ P. TOSI, *La Corte di Cassazione e i riders. Lettura critica della sentenza n. 1663/2020*, in *LDE*, 2020, 1, 5.

³²⁰ Anche se in modo criptico la Corte ha riconosciuto che possono verificarsi «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). Ma su cui v. *infra*.

³²¹ G. PROIA, *Le “collaborazioni organizzate” dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, cit., 506; M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinazione nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *DL* 1998, 4-5, I, 203 ss.

³²² Si segnala, a tale proposito, il comunicato stampa del 24 febbraio 2021 della Procura della Repubblica di Milano che, all'esito di una complessa indagine, ha riscontrato da parte delle società Foodinho srl – Glovo, Uber Eats Italy srl, Just Eat Italy srl e Deliveroo Italy srl le violazioni delle norme in materia di sicurezza sul lavoro, sul presupposto che i riders, assunti per lo più con contratti di lavoro autonomo occasionale ex art. 2222 c.c., svolgono invece una prestazione di tipo coordinato e continuativo, suscumbibile nella

conto, giacché la qualificazione del rapporto come etero-organizzato, a differenza di quanto previsto per quello subordinato (puro), consente alla contrattazione collettiva di selezionare le tutele, a prescindere dal ricorso ai contratti di cui all'art. 8 della legge 148 del 2001 sulla cui legittimità costituzionale, com'è noto, sono state avanzate fondate perplessità.

Sposa la tesi della qualificazione del lavoro dei *riders* come subordinato in un caso specifico, che è rimbalzato agli onori della cronaca, il Tribunale di Palermo³²³. Caso che riguarda la piattaforma Foodinho (che opera in Italia con il marchio Glovo), le cui modalità gestionali sono analoghe a quelle esaminate dai giudici di Torino e di Milano. Questa volta, però, il giudice si sofferma con certissima attenzione sulle concrete modalità attuative del rapporto, affermando l'irrelevanza dell'autonomia delle parti nella fase genetica ed invece la prevalenza ai fini qualificatori della fase funzionale (in sintonia con il *modus operandi* della Corte d'Appello di Torino, ma con risultati affatto diversi).

Il giudice palermitano perviene a questa conclusione dopo una lunga e argomentata premessa in cui esamina il panorama comparato; e si sofferma sulle più importanti sentenze emesse dalle corti francesi e spagnole³²⁴. Per entrambe si sottolinea l'approdo alla natura subordinata del lavoro dei *riders* e dei *drivers* se l'attività di lavoro sia assoggettata al potere datoriale di emanare ordini e direttive, vi sia il controllo dell'esecuzione e la sanzione delle mancanze. Questi elementi costitutivi della subordinazione vengono riscontrati, secondo i giudici francesi³²⁵, quando la piattaforma preveda la disconnessione temporanea dell'applicazione in caso di superamento di un certo numero di rifiuti della chiamata o nel caso di segnalazione di «comportamenti problematici», che configura un sistema di *bonus/malus*, evocativo di un potere sanzionatorio in capo all'imprenditore. Perviene allo stesso risultato la Corte spagnola sulla base di una applicazione del concetto di subordinazione (i cui elementi essenziali in quell'ordinamento sono costituiti dalla dipendenza e dall'alienità) inteso come integrazione dei lavoratori nell'organizzazione di impresa; tale concetto è divenuto più flessibile nella società post-industriale e quindi richiede un adattamento quando la prestazione si svolga attraverso sistemi di controllo digitalizzati per la prestazione dei servizi³²⁶.

Successivamente il giudice si sofferma sulle posizioni della giurisprudenza nazionale in ordine agli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., mostrando adesione alla ricordata

fattispecie di cui all'art. 2 co. 1, del d. lgs. n. 81/2015. Quale ulteriore conseguenza di questa riqualificazione l'INL, con quattro verbali di accertamento, ha ingiunto alle medesime società di provvedere alla «applicazione del trattamento retributivo del lavoratore dipendente» e «del conseguente inquadramento previdenziale», disponendo altresì in capo alle stesse l'obbligo di fornire ai lavoratori un'adeguata informazione sugli istituti tipici del lavoro subordinato ad essi applicabili (Comunicato stampa INL, cit. nt. n.1).

³²³ Trib. Palermo, 24 novembre 2020, n. 3570, in *GD*, 2020, 48, 12. Su cui, tra i tanti v. M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders: Tribunale di Palermo, 24 novembre 2020*, in *LLI*, 2021, 61 ss.; F. CARINCI, *L'ultima parola sui rider: sono lavoratori subordinati*, in *LDE*, 2021 ss.; G. CAVALLINI, *Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione*, in *Giustiziavivile.com.*, 24 dicembre 2020.

³²⁴ Apprezza «l'attenzione riservata alla comparazione in un settore caratterizzato dal livello multinazionale della piattaforma e dalla omogeneità delle condizioni di lavoro che la piattaforma riserva ai *riders* in diversi parti del mondo» M. V. BALLESTRERO, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, cit., 13.

³²⁵ Cour de Cassation, Chambre sociale, 4 marzo 2020, n. 374, su cui A. DONINI, *Secondo la Cassazione francese Uber è datore di lavoro*, in *LLI*, 2020, 6, 1 ss.; ma cfr. anche la precedente sentenza della stessa Corte 28 novembre 2018, n. 1737.

³²⁶ Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, 25 settembre 2020, n. 805, su cui G. PACELLA, *Il Tribunal Supremo spagnolo ci insegna qualcosa sul lavoro dei riders e anche sulla subordinazione del XXI secolo*, in *LLI*, 2020, 6, 14 ss.

teoria della “doppia alienità” e alla «etero-direzione attenuata», l’una e l’altra (pur nella loro diversità concettuale, aggiungiamo noi) considerate operazioni «di adeguamento della normativa alla mutata realtà». Questo prologo dovrebbe essere funzionale alla risoluzione del caso. Ma in effetti, se pur sintomatico dell’opzione del giudice di valorizzare e generalizzare l’art. 2094 c.c. rispetto all’art. 2 (la cui applicazione era richiesta in via subordinata), tuttavia non sembra determinante, giacché poi il *decisum* è piuttosto fondato sulla sussistenza in concreto della etero-direzione riscontrata attraverso l’adattamento dei tradizionali indici presuntivi alla dinamica organizzativa governata dalla piattaforma»³²⁷. La sentenza esalta l’approccio funzionale all’interpretazione dell’art. 2094 c.c., in linea con i ricordati approdi cui sono pervenuti gli organi giurisdizionali di altri Paesi europei con ordinamenti di *civil law*³²⁸. Tuttavia va considerato che in essi non è prevista la fattispecie del lavoro etero-organizzato, che rimescola, non solo sul piano terminologico, i termini del problema qualificatorio.

La subordinazione è ravvisata dal giudice nel fatto che «le consegne vengono assegnate dalla piattaforma tramite algoritmo, sulla scorta di criteri del tutto estranei alle preferenze e allo stesso generale interesse del lavoratore», il quale viene selezionato, non solo in quanto possa essere “loggato” prima dell’assegnazione della consegna e si trovi nelle vicinanze del punto di partenza, ma anche secondo un punteggio correlato a determinati parametri (attività svolta nel periodo di alta domanda, efficienza ed esperienza del lavoratore, *feedback* dell’utente e del partner, rispetto del termine di preavviso per la cancellazione della prenotazione), che comporta una valutazione positiva o negativa; e quest’ultima, poiché riduce le possibilità di lavorare a condizioni migliori, costituisce una «sanzione disciplinare atipica»³²⁹. Sicché la sua «liberà ... di scegliere se e quando lavorare ... non è reale, ma solo apparente e fittizia».

La qualificazione come subordinato del rapporto dei *riders* è dunque tutta incentrata su sistemi di prenotazione (*slot*) contingentati, in cui le migliori occasioni sono collegate a valutazioni reputazionali elaborate dall’algoritmo sulla base di indici di affidabilità del lavoratore. Ma i più importanti operatori del settore (ad es. Deliveroo e Just Eat) hanno abbandonato questo modello organizzativo e introdotto, per ora in alcune zone, il c.d. *free login*, in cui non occorre la prenotazione anticipata della sessione e tutti i *riders* possono partecipare all’assegnazione dell’incarico³³⁰.

³²⁷ Sull’adattabilità dell’art. 2094 c.c. alle forme di «neo-taylorismo digitale», cfr. A. BELLAVISTA, *Sorveglianza sui lavoratori, protezione dei dati personali ed azione collettiva nell’economia digitale*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell’economia digitale*, Bari, 2019, 151.

³²⁸ Ai provvedimenti ricordati dal Tribunale di Palermo *adde* Corte federale del lavoro (*Bundesarbeitsgericht – BAG*) del 1° dicembre 2020 – 9AZR 102/20, il cui comunicato stampa, annotato da L. Nogler è riportato in *GDLRI*, 2020, 4, 835 ss.

³²⁹ *Contra* Trib. Milano 10 settembre 2018, cit., secondo cui il sistema di attribuzione di punteggi «non dà luogo all’applicazione di sanzioni afflittive ... ma solo ad una rimodulazione delle modalità di coordinamento in funzione dell’interesse del committente ad una più efficiente gestione dell’attività, che non mette comunque in discussione la libertà del prestatore di scegliere giorni e orari di lavoro, sia pure in un ventaglio di possibilità più limitato»; nello stesso senso Cour d’appel de Lyon - Chambre Sociale B, arret du 15 janvier 2021, per la quale le regole comportamentali sono imposte nel quadro di una buona relazione commerciale fra due parti e non differiscono da quelle che si applicano in altri tipi di relazioni contrattuali come per esempio nel contratto di *franchising*. In dottrina cfr. P. ICHINO, *La stretta giurisprudenziale e legislativa sulle collaborazioni continuative*, cit., 91, il quale ritiene che l’assoggettamento al potere disciplinare è «di per sé compatibile anche con la struttura del rapporto di collaborazione autonoma continuativa, così come con quella di altri rapporti di durata». Sulla «problematicità della riconduzione dell’utilizzo di determinati strumenti», tra cui «le modalità di allocazione algoritmica del lavoro in funzione del *rating* e l’eventuale sospensione degli *account* ...», all’esercizio dei poteri datoriali piuttosto che alla mera organizzazione dell’attività economica», cfr. E. DAGNINO, *Dalla fisica all’algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, ADAPT University Press, 2019, 81.

³³⁰ A. RICCIBONO, *Lavoro su piattaforma e qualificazione dei riders: una «pedalata» verso la subordinazione*, nota a Trib. Palermo 24 novembre 2020, in corso di pubblicazione su *RGL*.

Dunque una maggiore libertà in termini di tempi, luoghi, e orario di lavoro (come afferma Jus Eat), che però comporta un costo umano ancora maggiore rispetto all'altro sistema in termini di stress da competitività e di un probabile aumento di incidenti stradali. In ogni caso il cambiamento rende incerta l'applicazione dell'art. 2094 e marca la centralità dell'art. 2.

7. L'art. 2 dopo la novella del 2019: il lavoro etero-organizzato è attratto nell'area dell'autonomia.

La tesi che ritaglia la fattispecie dell'art. 2 dalla più vasta area del lavoro autonomo, individuandone un nuovo sottotipo, esce rafforzata dalla novella del 2019. La sostituzione della parola «esclusivamente» con «prevalentemente» quale requisito della personalità della prestazione è infatti incompatibile con la fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., in cui il vincolo personalistico sta alla base del potere direttivo (e ne costituisce altresì il limite).

La non esclusività della prestazione è compatibile con la etero-organizzazione, in quanto quest'ultima non riguarda i mezzi impiegati dal lavoratore ma le modalità esecutive estrinseche della prestazione. I primi (la bicicletta, il motociclo, l'automobile) o il ricorso ad un aiuto saltuario per il trasporto e la consegna dei beni rientrano nella libertà del lavoratore (se non sono contrattualmente predeterminati) e costituiscono un mero ausilio della sua attività personale, purché siano compatibili con il programma negoziale e le indicazioni esecutive trasmesse³³¹.

Tuttavia, posto che l'esecuzione della prestazione di lavoro è, come afferma la disposizione, organizzata dal committente, i mezzi materiali inespressivi – cioè «strumentali allo svolgimento di ogni attività, o strettamente necessari all'esplicazione delle energie lavorative»³³² – e l'utilizzo di eventuali collaboratori non può che essere marginale e comunque funzionale al potere di coordinamento che spetta al committente.

Anche l'eliminazione del c.d. coordinamento spazio-temporale, cioè dei vincoli di luogo e di orario della prestazione, rafforza la tesi dell'autonomia, giacché fa venir meno modalità di assoggettamento addirittura non richieste per individuare in concreto la subordinazione, tant'è che parte della dottrina aveva ritenuto che l'art. 2 «avrebbe un ambito applicativo più ristretto ... dell'art. 2094 (non essendo lì siffatte modalità, per diritto vivente, indispensabili)»³³³.

Resta dunque quale unico criterio discretivo della fattispecie l'etero-organizzazione, la quale però, come è stato da più parti osservato, presenta cospicui margini di indeterminatezza, in quanto il carattere dell'inserimento nell'organizzazione aziendale, e quindi del coordinamento, si riscontra anche nelle collaborazioni a carattere continuativo di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c.

Si è rilevato che il coordinamento è sempre presente in qualsiasi collaborazione continuativa e quindi ampia è la discrezionalità nella valutazione sull'idoneità di questo a configurare l'etero-organizzazione quale unico elemento per individuare la fattispecie dell'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015. Peraltro il quadro si è ancor più complicato a seguito della tutela apprestata alle forme che l'art. 47bis dello stesso decreto ha denominato lavoro autonomo tramite piattaforma.

In prima battuta si deve osservare che mentre il nuovo testo dell'art. 409 n. 3 c.p.c., per come

³³¹A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, cit. 41-43.

³³²G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, I, Diritto dell'impresa*, Torino, 2003, 31.

³³³P. TOSI, *Le collaborazioni eterorganizzate*, in *GI*, 2016, 3, 739.

modificato dall'art. 15 della l. n. 81/2017, precisa che la collaborazione nelle prestazioni di opera continuative e coordinate, prevalentemente personali, «si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa», l'art. 2 richiede che sia il committente ad organizzare unilateralmente le modalità di esecuzione delle prestazioni di lavoro. Il che conduce a ritenere che la differenza fra le due tipologie consista, per un verso, nella consensualità o unilateralità del coordinamento e, per l'altro, nelle modalità in cui esso si estrinseca: nelle collaborazioni resta in capo al lavoratore il potere di decidere ed organizzare le modalità di adeguamento all'organizzazione produttiva dell'impresa, mentre nel caso del lavoro etero-organizzato le prescrizioni del committente non si limitano a semplici indicazioni concernenti il risultato atteso, come si verifica in tutti i rapporti di durata, ma si estendono all'esecuzione delle prestazioni lavorative secondo *input* indotti dall'organizzazione predisposta dal committente, e nella quale il lavoratore è inserito³³⁴.

La riconduzione del lavoro etero-organizzato all'area dell'autonomia ha delle conseguenze di rilievo. In primo luogo la tesi è stata utilizzata per sostenere un'applicazione selettiva della disciplina del rapporto di lavoro subordinato escludendo quegli istituti incompatibili con la sua natura³³⁵. Ma si tratta di un'interpretazione del dato normativo che contrasta con la sua formulazione letterale e che può trovare adesione limitatamente ad alcuni segmenti di disciplina la cui presenza nel concreto atteggiarsi del rapporto denoterebbe la subordinazione, quali l'esercizio del potere direttivo, disciplinare o di modificazione delle mansioni³³⁶. Pertanto la tutela si estende non solo alle regole in materia di retribuzione, orari, ferie, riposi, obbligo di diligenza e fedeltà etc, ma anche di licenziamento, giacché pure nei rapporti autonomi di durata (v. ad es. art. 1725 c.c.) è prevista la facoltà di recesso³³⁷, nonché in ordine ai rapporti previdenziali³³⁸.

In secondo luogo l'attrazione dell'art. 2 nella sfera delle collaborazioni autonome «qualificate» consente di superare i dubbi di illegittimità costituzionale, sotto il profilo dell'indisponibilità del tipo³³⁹, sulla facoltà derogatoria attribuita all'autonomia collettiva³⁴⁰; incertezze che a nostro avviso non sussistono anche con riguardo ad una presunta violazione del principio di eguaglianza/ragionevolezza³⁴¹ in quanto l'identità di tutela fra la fattispecie di cui all'art. 2 e quella di cui all'art.

³³⁴ Cfr. A. MARESCA, *Brevi cenni sulle collaborazioni eterorganizzate*, in *RIDL*, 2020, 1, 80; M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova, 2013, 135.

³³⁵ A. MARESCA, *Brevi cenni sulle collaborazioni eterorganizzate*, cit. 82 ss. Nello stesso senso C. Appello Torino 4 febbraio 2019, n. 26, cit., che esclude l'applicazione della tutela in materia di licenziamento illegittimo.

³³⁶ M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada...sulle ruote dei riders di Foodora*, cit., 355.

³³⁷ A. PERULLI, *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come "orientarsi nel pensiero"*, in *DRI*, 2020, 2, 308.

³³⁸ In questo senso cfr. circolare INL 30 ottobre 2020, n. 7.

³³⁹ In questo senso v. Cass. 4 aprile 2019, n. 9471, con riguardo alla conversione del lavoro a progetto, secondo cui il principio è stato dettato dalla Corte costituzionale (sentenze nn 25 marzo 1993 n. 121 e 23 marzo 1994 n. 115) «al fine di evitare sottrazioni di tutele al lavoro subordinato, ed è sorretto da una ragione verosimilmente univoca e non invocabile nel caso inverso».

³⁴⁰ P. Tosi, *L'art. 2, comma 1, D. Lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, cit., 1127-1129.

³⁴¹ Ritengono che il principio di indisponibilità del tipo risolvendosi in una valutazione di ragionevolezza della legge dovrebbe trovare applicazione anche nei confronti del lavoro autonomo etero-organizzato M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada...sulle ruote dei riders di Foodora*, cit., 354, M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, - 294/2016, 12.

2094 c.c. appare giustificata dalla particolare posizione di debolezza economica, e quasi sempre sociale, del collaboratore che sotto questo profilo può accostarsi al lavoratore subordinato.

Non è parimenti condivisibile il rilievo critico su una possibile violazione dell'art. 101, par. 1 TFUE ravvisata nel contrasto con la libertà di concorrenza che verrebbe compressa dall'estensione ai lavoratori autonomi – in linea di principio rientranti nell'ambito delle imprese nel senso dell'art. 101 citato – della disciplina dettata per il lavoro subordinato. Infatti, come messo in evidenza dalla Corte di giustizia, un prestatore autonomo «può perdere la qualità di operatore economico indipendente, e dunque d'impresa, qualora non determini in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma dipenda interamente dal suo committente, per il fatto che non sopporta nessuno dei rischi finanziari e commerciali derivanti dall'attività economica di quest'ultimo e agisce come ausiliario integrato nell'impresa di detto committente»³⁴².

D'altronde non esiste una nozione unitaria di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea³⁴³, ma essa varia a seconda del settore di applicazione ³⁴⁴.

Nel caso esaminato dalla Corte di giustizia nella sentenza richiamata la valorizzazione dell'elemento dell'etero-organizzazione quale elemento decisivo di qualificazione dà legittimazione, sul piano del diritto eurounitario, all'estensione delle tutele proprie dei lavoratori subordinati alla fattispecie di cui all'art. 2.

8. La complicazione del quadro: l'inadeguata e contraddittoria definizione contenuta nell'art. 47bis del d. lgs. n. 81/2015.

Ancora più incerta è la distinzione tra collaborazioni etero-organizzate e le ipotesi contrattuali regolate dal Capo Vbis inserito dal ricordato d.l. n. 101/2019, intitolato «tutela del lavoro tramite piattaforme digitali», ma che in realtà ha un campo più circoscritto in quanto si riferisce a lavoratori, qualificati come autonomi, che svolgono attività di consegna beni per conto altrui in ambito urbano a mezzo di velocipedi o motocicli su due o tre ruote, attraverso piattaforme anche digitali (art. 47bis), e quindi potendovi rientrare anche sistemi di smistamento tramite altri mezzi come ad esempio le chiamate telefoniche.

A questi lavoratori non si applica la disciplina del lavoro subordinato, ma una tutela di base, non per questo di scarsa rilevanza, che riguarda i criteri di determinazione del compenso, la tutela antidiscriminatoria, l'applicazione del codice della *privacy*, la copertura assicurativa contro gli infortuni e le malattie professionali e il rispetto della normativa in materia di salute e sicurezza sul

³⁴² Corte giust. 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media / Staat der Nederlanden*, punto n. 33, in *RIDL*, 2015, 2, 566, con nota di P. ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri*.

³⁴³ S. GIUBBONI, *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'unione europea*, *RDSS*, 2018, 2, 207; G. PACELLA, *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig economy: si pronuncia la Corte di giustizia europea*, in *LLI*, 2020, 1, 23. Sui criteri di individuazione del lavoratore subordinato, con riferimento specifico all'economia collaborativa v. Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, cit., 12 ss.

³⁴⁴ Corte giust. 16 luglio 2009, C-208/07, - *Petra von Chamier-Gliscinski v Deutsche Angestellten-Krankenkasse*; 12, 1998, C-85/96, *Martínez Sala v. Freistaat Bayern*.

lavoro³⁴⁵; a queste normative la legge aggiunge la tutela della libertà e dignità del lavoratore, con un evidente richiamo (implicito) alle disposizioni di cui al Titolo I dello Statuto dei lavoratori, che pertanto estende il suo campo di applicazione oltre quello proprio del lavoro subordinato³⁴⁶.

La disposizione ha quindi un ambito limitato, che appare invero incomprensibile sia nel riferimento al luogo di svolgimento dell'attività, confinato ad un'area ristretta di cui è poco chiara l'individuazione, sia nell'indicazione del mezzo impiegato, giacché esclude dalla sua applicazione l'utilizzo di autovettura³⁴⁷. Ma tralasciando questi aspetti, il punto più critico, ai fini della sua distinzione dal lavoro etero-organizzato di cui all'art. 2 d. lgs. n. 81/2015, è stato a ragione individuato in quella parte della disposizione che definisce le piattaforme digitali come «i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente ... strumentali alle attività di consegna dei beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione». Il fatto è che tali modalità gestionali appaiono incompatibili con la qualificazione, operata al co.1 dell'art. 47bis, di lavoratori autonomi, la quale presuppone l'assenza di poteri unilaterali in capo al committente sulla conformazione della prestazione alle esigenze organizzative e, per i co.co.co., il coordinamento su base consensuale³⁴⁸; e sono sovrapponibili agli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2, nella quale peraltro non vi è alcuna indicazione circa la fissazione del compenso.

Non ci sembra appagante per superare il nodo qualificatorio ritenere che «l'intento legislativo è quello di collegare tutele minimali non ad una fattispecie negoziale ma ad un modo di lavorare considerato denotativo di una particolare condizione di debolezza socio-economica»³⁴⁹. Infatti anche qui, come per l'art. 2, deve osservarsi che la disposizione individua un distinto centro di imputazione di effetti giuridici e, come tale, non può applicarsi *ex se* ma richiede comunque il verificarsi della fattispecie.

Per superare l'*impasse* di questo corto circuito normativo la circolare n. 17 del 19 novembre 2020 del Ministero del lavoro ha ritenuto la disposizione «residuale» in rapporto all'art. 2, affermando che essa ha come tratto identificativo lo svolgimento di «una prestazione di carattere occasionale, ossia priva del carattere della continuità richiesto dall'art. 2 come necessario requisito per

³⁴⁵ Trib. Firenze, decr. 1° aprile 2020, in *ADL*, 2020, 4, 1000, con nota di S. CARRA.

³⁴⁶ Secondo Trib. Firenze, 9 febbraio 2021 (n.2425/2020 RG), l'art. 28 St. lav. non trova applicazione al lavoro etero-organizzato di cui agli artt. 2 e 47bis, in quanto esso è «garanzia tipica del rapporto di lavoro subordinato». La sua esclusione dalla tutela di cui all'art. 2 consisterebbe nel fatto che «il livello di protezione accordato dalla disciplina del lavoro subordinato» ha «quali destinatari i singoli prestatori di lavoro titolari di rapporti di collaborazione organizzata dal committente, e non le organizzazioni sindacali portatrici di interessi collettivi»; nei confronti dei lavoratori di cui al Capo Vbis il rinvio contenuto nell'art. 47 *quinquies* alla tutela della libertà e dignità del lavoratore «può ragionevolmente intendersi come richiamante il Titolo I dello Statuto dei Lavoratori» e non pare idoneo «a sorreggere l'estensione» dell'art. 28 (collocato nel Titolo IV) «ai rapporti di lavoro autonomo e/o occasionale dei riders». La tesi però non tiene conto dell'articolata funzione del procedimento di repressione della condotta antisindacale, rivolto a garantire l'effettività non solo dell'attività sindacale, ma anche dei diritti fondamentali dei singoli, e in tal senso la norma persegue «lo scopo di tutelare la libertà e la dignità dei lavoratori, realizzando per questa via l'uguaglianza sostanziale dei cittadini»: C. DE MARCO, *L'art. 28 dello Statuto dei lavoratori tra storia e attualità*, Napoli, 2019, 19.

³⁴⁷ Rilievi sollevati già dal Servizio studi del Senato nel Dossier del 12 settembre 2019, sulla legge di conversione del d.l. n. 101/2019.

³⁴⁸ A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, cit., 17.

³⁴⁹ O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, cit., 375.

integrare la fattispecie dei rapporti di collaborazione organizzati dal committente»³⁵⁰.

In effetti l'art. 47bis non richiede la continuità della prestazione, come invece è espressamente previsto nell'art. 2 e nell'art. 409 n. 3 c.p.c. Tuttavia è stato osservato che l'argomento è debole³⁵¹ e peraltro contraddetto dalla stessa disciplina speciale laddove ad esempio prevede un'indennità risarcitoria del danno per omessa stipulazione in forma scritta del contratto di lavoro «di entità non superiore ai compensi percepiti nell'ultimo anno...»³⁵². Ma è forse l'unica lettura possibile di una disposizione palesemente incongrua.

L'assenza di continuità caratterizza pure il tormentato istituto del lavoro accessorio, introdotto con il d. lgs. n. 276/2003³⁵³, sottoposto a continue modifiche da parte di provvedimenti successivi, abrogato dal d. l. 25/2017, (sotto la spinta della richiesta di referendum abrogativo proposto dalla CGIL), e poi “sostituito” con le prestazioni occasionali di cui all'art. 54bis del d. l. n. 50/2017 (conv. nella l. n. 96/2017)³⁵⁴.

Anche per quest'ultima fattispecie, non espressamente qualificata dal legislatore - e tuttavia ricondotta all'attività di lavoro autonomo prevedendosi l'iscrizione all'apposita Gestione separata presso l'Inps ai fini dell'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti -, sono previste delle tutele minime, (riposo giornaliero, pause e riposi settimanali, compenso minimo orario).

L'accostamento alla prestazione dei *riders* è stato sottolineato da una parte della dottrina, la quale, prima della novella del 2019, ha auspicato che «allo schema adottato per il lavoro occasionale potrebbe ispirarsi un primo intervento protettivo nel campo del lavoro organizzato mediante le piattaforme digitali»³⁵⁵. Ma il legislatore si è mosso in tutt'altra direzione: infatti le modifiche apportate all'art. 2 sono tali da includere nel lavoro etero-organizzato anche l'attività dei *riders*, marginalizzando le ipotesi di cui all'art. 47bis³⁵⁶, quando la prestazione, nelle sue concrete modalità espressive, non possa essere sussunta nelle fattispecie di lavoro etero-organizzato di cui all'art. 2 o di lavoro subordinato.

Peraltro il ricorso alle prestazioni occasionali è limitato nell'ambito di precisi parametri temporali ed economici che rendono il modello difficilmente utilizzabile. Il vero è che, in assenza di puntuali

³⁵⁰ In www.lavoro.gov.it.

³⁵¹ F. CARINCI, *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, cit., 12.

³⁵² P. TOSI, *La Corte di Cassazione e i riders. Lettura critica della sentenza n. 1663/2020*, cit., 7, nt. 8.

³⁵³ Su cui v. M. PEDRAZZOLI, *Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, cit., 860, secondo cui «vi sarebbero dunque prestazioni di lavoro accessorio, non un contratto di lavoro».

³⁵⁴ Su cui v. C. CORDELLA, *Libretto di famiglia e contratto di prestazione occasionale: individuazione della fattispecie*, in *RIDL*, 2018, 4, 1158 ss, che stigmatizza «la degenerazione legislativa a favore di forme atipiche di regolazione dei rapporti, accostata a una più forte necessità di salvaguardare lo sviluppo dei diritti — e in questo senso la funzione assiologica — al di fuori dei tratti classificatori del lavoro subordinato».

³⁵⁵ P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella Gig-economy*, cit., 302.

³⁵⁶ *Contra*, ci sembra, F. CARINCI, *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, cit. 8 ss. secondo cui l'art. 47 bis va scorporato dall'art. 2 e se ne differenzia strutturalmente in quanto mentre quest'ultimo «attiene a collaborazioni organizzate dal committente la cui continuità rappresenta una caratteristica naturale», il primo «concerne una disponibilità consensualmente determinata nella durata a svolgere attività puntuali rimesse volta a volta alla scelta del lavoratore».

indicazioni della legge³⁵⁷ non è possibile enucleare una nozione generale di continuità. Del resto la stessa circolare del Ministero del lavoro citata ha riconosciuto che tale requisito «... si determina caso per caso, tanto con riferimento alla reiterazione della prestazione, quanto con riferimento alla durata del rapporto; pur dinanzi all'occasionalità della prestazione, rileva altresì l'interesse del committente al ripetersi della prestazione lavorativa e della disponibilità del collaboratore ad eseguirla, all'interno di un arco di tempo apprezzabile». Il *discrimen* tra i diversi ambiti di regolazione è lasciato, dunque, al prudente apprezzamento del giudice.

9. Il ruolo della contrattazione collettiva: tutele, rappresentatività e perimetri categoriali.

Un'interpretazione ritenuta coerente con l'intento del legislatore — anche se non risolve il problema definitorio della piattaforma e quindi della confusione tra le due fattispecie — considera le tutele minime per i *riders*, introdotte dal nuovo Capo *Vbis* del d. lgs. n. 81/2015 come costituenti una sorta di nocciolo duro di diritti, intangibile da parte della contrattazione collettiva intervenuta ai sensi dell'art. 2, co. 2 per selezionare le tutele applicabili al rapporto: queste non potranno che sommarsi alle garanzie individuate dal Capo *Vbis*, potendovi apportare unicamente deroghe migliorative³⁵⁸. E tuttavia non si può non rilevare che molte delle disposizioni protettive non possono in ogni caso essere messe in discussione dalla contrattazione collettiva di cui all'art. 2, co. 2, in quanto attuative di principi costituzionali, di normative comunitarie e di convenzioni internazionali, sicché le uniche prescrizioni della legge inderogabili da parte dell'autonomia collettiva restano quelle relative al diritto del lavoratore ad un'indennità integrativa per il lavoro notturno, festivo o in condizioni meteorologiche sfavorevoli (art. 47*quater*, co.3) e il divieto di escludere il *riders* dalla piattaforma o di ridurre le occasioni di lavoro a causa della «mancata accettazione della prestazione» (art. 47*quinquies*, co.2). Quest'ultima previsione limita la possibilità delle piattaforme di introdurre il c.d. *ranking reputazionale*, gestito da un algoritmo predisposto per selezionare le prenotazioni (*slot* disponibili) secondo indici di affidabilità. Si tratta di una modalità di selezione che, in quanto considera irrilevanti i motivi della mancata partecipazione alla sezione prenotata (o della sua cancellazione tardiva), può concretizzarsi in discriminazioni indirette, dal momento che questa forma di penalizzazione si applica nella stessa misura tanto a chi si astiene dalla prestazione «per futili motivi o invece «perché sta scioperando (o perché è malato, è portatore di un handicap, o assiste un soggetto portatore di un handicap o un minore malato, etc.)»³⁵⁹.

Si potrebbe obiettare che la legge affida alla contrattazione collettiva di cui all'art. 2 co. 2 e all'art.

³⁵⁷ Precisa era al riguardo la disposizione di cui all'art. 61, co. 2, d. lgs. n. 276/2003, la quale aveva escluso dal campo di applicazione del lavoro a progetto «i rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nell'anno solare ...».

³⁵⁸ A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomia*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT*, cit. 61.L'A. comunque manifesta «l'insoddisfazione per un disposto (l'art. 47*bis* co2) 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, co.1., e, quindi, ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e ai contratti d'opera, senza l'imbarazzo di dover considerare compatibili quei rapporti con una definizione di piattaforma del tutto inadatta allo scopo».

³⁵⁹ Trib. Bologna, ord. 31 dicembre 2020, su cui A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *LDE*, 2021, 1; M. V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *www.rivistalabor.it*.

47 *quater* co. 1, funzioni diverse: alla prima un potere derogatorio all'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato, alla seconda la definizione di «criteri di determinazione del compenso complessivo che tengano conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione dei committenti»³⁶⁰, nonché «un'indennità integrativa per il lavoro notturno, festivo o in condizioni meteorologiche sfavorevoli»³⁶¹. Ma ciò non è ostativo alla vincolatività per entrambe delle tutele minime previste nel Capo *Vbis*, in quanto sarebbe irragionevole e incoerente ritenerle applicabili solamente alle ipotesi speciali per i *riders* “autonomi” e non anche ai *riders* che svolgono continuativamente la loro attività.

Se così è, deve ammettersi la possibilità che lo stesso contratto collettivo disciplini congiuntamente le due fattispecie. Ciò si è verificato con l'accordo stipulato il 15 settembre 2020, (e, dunque, prima dell'entrata in vigore dell'art. 47 *quater*, prevista dodici mesi dopo la legge di conversione del d.l. n. 101/2019), tra Assodelivery e Ugl rider, la cui legittimità è stata contestata dall'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro, con nota del 17 settembre 2020, sotto il duplice profilo dell'assenza di maggiore rappresentatività comparata e del criterio di determinazione del compenso con esclusivo riferimento al sistema del cottimo. Su quest'ultimo punto la critica si basa su una lettura “sistematica” dei commi primo e secondo dell'art. 47 *quater*, secondo la quale anche il contratto collettivo deve fare salva l'esigenza della garanzia di un compenso minimo orario. Ma in realtà, pur nel lodevole intento di estendere il sistema di retribuzione a tempo (più coerente con le finalità perseguite dall'art. 36 Cost., anche se ne è dubbia l'applicazione al lavoro economicamente dipendente³⁶²), si tratta di una forzatura del testo che invero non consente tale interpretazione; la quale si basa unicamente sulla distinzione tra «compenso complessivo» correlato alle «modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione del committente», i cui criteri di determinazione sono rimessi alla contrattazione, e «compenso minimo orario», che dovrebbe sempre essere vietato alla contrattazione «alla stregua di una tutela minima inderogabile fissata dalla legge»³⁶³. Solo che, anzitutto non si comprende perché nel compenso complessivo non debba essere ricompresa anche la modalità, a tempo o a cottimo, di determinazione del corrispettivo; in secondo luogo, si omette di considerare la chiara indicazione contenuta nell'*incipit* dell'art. 47 *quater*, co. 2, che subordina la garanzia legale del compenso minimo orario al «difetto della stipula dei contratti di cui al comma 1».

L'aspetto più delicato riguarda l'individuazione degli attori negoziali e degli ambiti categoriali di riferimento dei contratti collettivi stipulati tanto ai sensi dell'art. 2, co. 2, lett.a), quanto dell'art. 47 *quater*, co. 1. Anzitutto per il secondo contratto la legge ha utilizzato, a differenza che per il primo, la preposizione articolata «dalle» per indicare le associazioni sindacali e datoriali

³⁶⁰ Prevedendo al co. 2 che, «in difetto della stipula dei contratti» collettivi, i lavoratori «non possono essere retribuiti in base alle consegne effettuate e ai medesimi lavoratori deve essere garantito un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale».

³⁶¹ Stabilita, in mancanza di contratti collettivi, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali (art. 47 *quater*, co.3).

³⁶² A. PERULLI, *Il Jobs act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 7, che parlando dei dipendenti Foodora si chiede se non fosse «il caso di preoccuparsi (*de iure condendo*)» del fatto che questi, «pur formalmente autonomi, possano percepire, in ipotesi, una retribuzione del tutto inadeguata rispetto alla prestazione resa, al di fuori di ogni controllo di adeguatezza sociale ex art. 36 Cost.».

³⁶³ Circolare Ministero del lavoro n. 17 del 19 novembre 2020, cit., 4.

comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Il che letteralmente potrebbe far ritenere che nell'ultimo caso il contratto debba essere stipulato da tutte le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, mentre nel primo sia sufficiente la sottoscrizione anche soltanto di una sigla sindacale in possesso dei requisiti richiesti.

È stato osservato che il differente uso della preposizione non è significativo³⁶⁴. Esso però, a nostro avviso, indica una svolta del legislatore rispetto ai precedenti che si erano andati consolidando fin dal d. lgs. n. 276/2003, come risulta anche dall'art. 14, co.3, del d.l. n. 104/2020, conv. nella l. n. 126/2020, laddove dispone la deroga al blocco dei licenziamenti nel caso accordi collettivi aziendali di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro stipulati «dalle organizzazioni sindacali ...».

Questo cambio di passo corrisponde, dunque, ad una precisa scelta di politica legislativa, qui volta ad escludere forme di contrattazione separata e spiega l'uso della preposizione semplice nell'art. 2, co. 2, lett.a), inquadrato nel contesto del *Jobs Act*.

Per superare la contraddizione tra le due disposizioni forse sarebbe opportuno tenere conto delle finalità sottese al rinvio operato dalla legge alla contrattazione, a cui, nella prima ipotesi (art. 2), è consentito derogare alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato (senza alcun limite salvo quelli disposti dal *CapoVbis*), e nella seconda (art. 47*quater*) di «contrastare forme di competizione salariale al ribasso»³⁶⁵. In considerazione di questi scopi, e prescindendo dalla valenza della preposizione, la soluzione potrebbe consistere, qualora più sindacati maggiormente rappresentativi abbiano stipulato diversi contratti collettivi, nel recuperare il significato originario dell'avverbio «comparativamente», richiedendosi quindi una pesatura tra le organizzazioni maggiormente rappresentative.

Nel contratto Assodelivery-Ugl rider, a fronte di una significativa rappresentatività della parte datoriale, non risulta che Ugl rider, pur tenendo conto del basso tasso di sindacalizzazione tra i *rider*s, soddisfi il requisito della maggiore rappresentatività considerato, a quanto risulta, l'esiguo numero degli iscritti in proporzione ai lavoratori del settore. È irrilevante che questo sindacato aderisca alla confederazione Ugl riconosciuta come maggiormente rappresentativa, poiché i criteri di misurazione vanno condotti con riferimento all'ambito categoriale interessato e delimitato dalle parti.

Peraltro i sindacati del settore logistica Filt/Cgil, Fit/Cisl, Uiltrasporti hanno sottoscritto con diverse associazioni datoriali il 2 novembre 2020 un «Protocollo attuativo dell'art. 47*bis* ss. D. Lgs. 81/2015» che garantisce tra l'altro un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti dal Protocollo 18 luglio 2018 stipulato dalle stesse parti ai sensi dell'art. 2, co. 2, lett.a). Si potrebbe obiettare che la regolazione è disposta da soggetti rappresentativi di un'area categoriale più vasta rispetto a quella ritagliata esclusivamente per i *rider*s dal contratto firmato da Assodelivery e Ugl rider e che quindi, essendo nata una nuova categoria nel pieno rispetto del principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, co.1, Cost., tale ultimo contratto dovrebbe essere l'unico

³⁶⁴ F. CARINCI, *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, cit., 18.

³⁶⁵ Circolare Ministero del lavoro n. 17 del 19 novembre 2020, cit., 4.

a trovare applicazione. Ed è questa un'opinione espressa da una parte della dottrina³⁶⁶. La questione però è dubbia, in quanto la sua soluzione dipende dalla valutazione di effettiva maggiore rappresentatività del sindacato Ugl rider nel senso che, in carenza di tale requisito, l'accordo da questo stipulato non potrebbe svolgere le funzioni normative, derogatorie o integrative della disciplina legale.

Il vero è che, sul fronte delle relazioni sindacali, il quadro si presenta ancora confuso e frastagliato, sia per quanto riguarda i soggetti rappresentativi dei lavoratori che per la delimitazione della categoria di riferimento³⁶⁷. Si ripropone qui in modo ancor più evidente che negli altri settori, il problema della perimetrazione della categoria contrattuale e della misurazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali e datoriali, e su cui stentano a decollare le fonti autonome, mentre le proposte legislative e dottrinali devono confrontarsi con il principio di libertà sindacale³⁶⁸.

³⁶⁶ F. CARINCI, *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, cit., 22-23; P. ICHINO, *Contratto per i rider: è davvero "pirata"?*, in *www.lavoce.info*, 21 settembre 2020.

³⁶⁷ Sotto quest'ultimo profilo va segnalato il tentativo di costituire una nuova micro-categoria contrattuale per gli *shoppers* (vedi retro nt. 1). Da quanto si apprende dagli organi di stampa le trattative in corso tra l'associazione Assogrocery (in rappresentanza di Everli) e Fisascat CISL si sono per il momento arenate dato l'esiguo numero di lavoratori che hanno espresso la loro adesione rispetto a coloro che hanno partecipato alla procedura di consultazione indetta dall'organizzazione sindacale.

³⁶⁸ Cfr. da ultimo, anche per la densa bibliografia, M. FERRARESI, *La categoria contrattuale nel diritto sindacale italiano*, Milano, 2020.