

La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori “delle piattaforme”*

Vincenzo Ferrante

1. Lavoro subordinato e dibattito accademico.	63
2. La tutela dei diritti fondamentali nel diritto interno e in sede sovranazionale: la questione delle competenze dell'Unione.	65
3. Le competenze dell'Unione in tema di libertà di movimento dei lavoratori subordinati e di tutela della salute e sicurezza.	69
4. La disciplina dell'orario.	71
5. La direttiva n. 1152 del 2019.	73
6. La proposta di direttiva in tema di tutela dei lavoratori delle piattaforme.	75
7. Conclusioni.	76

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 158/2022

1. Lavoro subordinato e dibattito accademico.

Malgrado il campo indagato dal diritto del lavoro abbia conosciuto una ampia dilatazione dei suoi confini, nella prospettiva di dar vita ad una società più inclusiva e più giusta, che attribuisca rilievo a tutti gli aspetti concretamente connessi alla realizzazione professionale di ogni individuo, la contrapposizione fra lavoro autonomo e subordinato sembra restare, al tempo stesso, fondamentale al fine di dare accesso allo statuto protettivo del prestatore, ma incerta nei suoi esatti termini: e tanto malgrado l'ininterrotta attenzione che un'intera generazione di studiosi italiani ha dedicato alla questione, cercando o di integrare i criteri qualificatori recepiti nella nozione di cui all'art. 2094 c.c. o di chiarire la portata di quella definizione, anche alla luce dell'elaborazione dottrinale che precedette la codificazione. Non deve stupire, allora, se gli argomenti e le questioni che a lungo sono stati dibattuti nella giurisprudenza e nella dottrina nazionale, vengano ora ad arricchire un pensiero che attraversava l'Europa, dilagando verso tutti i paesi più industrializzati, nel momento in cui questi sono stati chiamati all'elaborazione di uno statuto protettivo per i lavoratori della c.d. *gig-economy*²⁷².

I risultati cui questa riflessione collettiva ha condotto si offrono anche al legislatore europeo che, a fronte dell'esigenza di dover assicurare libertà di concorrenza a fenomeni economici suscettibili di trovare corretta collocazione, in relazione alle effettive modalità di organizzazione dei servizi, nell'ambito del diritto di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE (già 52 Tratt. di Roma), ha dovuto, in occasione dell'emanazione della direttiva n. 1152 del 2019²⁷³, precisare in dettaglio quale sia il campo di applicazione delle sue disposizioni, anche al fine di individuare in seno alle previsioni dei trattati le competenze su cui può fondarsi la sua azione normativa. Ed analoga premura ha mosso la Commissione nel formulare la recente proposta per una direttiva che tuteli i lavoratori delle piattaforme²⁷⁴.

Molti degli elementi che sono stati individuati a tali fini, appaiono familiari al giurista italiano, abituato da tempo anche a confrontarsi sulla possibilità di affiancare al metodo tipologico un sistema di "indici" della subordinazione. In questo modo, da un lato, viene confermata la centralità della questione mentre, dall'altro, sembrano ridimensionate le proposte di chi aveva

²⁷² Fra gli AA. stranieri, in relazione al tema dei lavoratori delle piattaforme, v. ad es.; A. TODOLÍ-SIGNES, *The End of the Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection for Crowdworkers*, in *IJCLLR*, 2017, vol. 33, n. 2, 241 ss.; G. DAVIDOV, *The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach*, in Hebrew University of Jerusalem Legal Research Paper, 2017, n. 17-7; ADAMS et AA., *La Corte di Giustizia dell'UE prende tempo? L'ordinanza Yodel e le sue (scarse) implicazioni per il lavoro tramite piattaforma*, in *RGL*, 2020, n. 3, II, 399-416. Più in generale, v. G. DAVIDOV, *Who is a Worker?*, in *ILJ*, 2005, vol. 34, n. 1, pp. 57 ss.; N. COUNTOURIS, *The concept of 'worker' in European Labour Law. Fragmentation, Autonomy, and Scope*, *ILJ*, vol. 47, 2, July 2018, 192-225.

²⁷³ La dir. (UE) 2019/1152 del PE e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa a «condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'UE» dovrà essere trasposta nell'ordinamento interno entro il prossimo 1° agosto 2022. Per un commento a riguardo, v. gli AA. cit. *infra* a nota 34. La questione trattata nel saggio si porrà nei medesimi termini anche in relazione alla dir. (UE) 2019/1158 del PE e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza che, abrogando la dir. 2010/18/UE del Consiglio, detta una serie di tutele per i lavoratori che godano di un congedo (per la cura dei figli o di persone che necessitano assistenza), le cui previsioni dovranno essere parimenti recepite entro l'agosto 2022 (salvo alcune per le quali il termine è prorogato di un biennio).

²⁷⁴ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform workers [COM(2021) 762 final del 9.12.2021]

ipotizzato un superamento della nozione di cui all'art. 2094 c.c., proprio grazie al progredire dell'armonizzazione eurounitaria²⁷⁵.

Ed invero, a fronte degli incerti approdi cui è giunto il legislatore nazionale anche dopo la tormentata sistemazione operata dal d. lgs. 81 del 2015, è sembrato a tanti che la questione abbia oramai raggiunto un punto morto, se così si può dire, dopo le prospettive aperte invece dal d. lgs. n. 276 del 2003, e prima ancora dal "Libro bianco" dell'ottobre 2001²⁷⁶.

Non appare, allora, illogico, in carenza di approdi appaganti, ritornare alle ragioni che avevano originato quelle modifiche per verificare in che misura la disciplina contenuta nelle direttive europee consenta (o imponga) al legislatore nazionale (chiamato ad applicarle) di ampliare la nozione di lavoratore subordinato, fino ad assoggettare alle previsioni dei trattati e al diritto derivato anche le collaborazioni coordinate e continuative o le varie forme di lavoro "non standard" di cui al d. lgs. 81 del 2015 (*in primis* le collaborazioni etero-organizzate). Si tratterà di indagare, in particolare, quelle direttive che hanno ad oggetto la tutela della salute e sicurezza e la disciplina dell'orario di lavoro (che alle precedenti si richiama) e che, secondo l'opinione manifestata in passato da alcuni²⁷⁷ troverebbero applicazione indifferenziata al lavoro autonomo e a quello subordinato.

Sarebbe tuttavia errato leggere, nell'eventuale disallineamento fra la proposta interpretativa di cui si è detto e la concreta portata del dato normativo, un'arretratezza del dibattito scientifico italiano, posto che, come si evince dal numero e dalla qualità dei contributi che si sono registrati in tutto il mondo e dall'attenzione mostrata dalla Commissione europea, non si può negare che sussista un problema intorno allo statuto giuridico da riconoscere a quei lavoratori, che, in numero crescente, vengono ad operare all'interno di sistemi che, non garantendo continuità di

²⁷⁵ In questo senso, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Tratt. CM*, Giuffrè, Milano, 2000, 65, le cui idee hanno costituito oggetto di continuo confronto con pressoché tutti gli AA. che si sono occupati del tema; lo stesso A. sembra però recentemente aver abbandonato questa impostazione, limitandosi ad affermare la necessità di affiancare ai tipi del lavoro subordinato ed autonomo la fattispecie della "dipendenza economica", individuata dai tratti essenziali della «monocommittenza, della durata nel tempo della collaborazione e della fascia di professionalità e di reddito medio-bassa» (v. *Lo smart working e il tramonto della summa divisio tra lavoro subordinato e autonomo*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a G. Pera dai suoi allievi*, 2020). Per un'ampia trattazione del tema, che si conclude con l'invito a ripensare i più tradizionali criteri, v. L. NOGLER, *The concept of «subordination» in European and comparative law*, Quaderni del Dip. di Scienze giuridiche, Trento, 2009, 156 ss.

²⁷⁶ A riguardo non si danno citazioni, poiché il saggio si vuole concentrare su un versante particolare della questione (che certamente interessa però le scelte del legislatore nazionale); una certa stanchezza promana dal giudizio di chi considera "archiviato il tradizionale aggiornamento espansivo della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c.": così A. PERULLI, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro neo-moderno. Una risposta a Franco Carinci*, in *ADL*, 2021, f. 6, 1313 (con rif. alla recensione, adesiva sul punto, di F.C. al volume dello stesso A. *Oltre la subordinazione*, Torino, Giappichelli, 2021, apparsa *ivi*, 2021, f. 3, 663 ss.). Per considerazioni in parte analoghe, rinvio a FERRANTE, *Subordinazione ed autonomia: il gioco dell'oca* (nota a Trib. Torino sez. lav. 7 maggio 2018), in *DRI*, 2018, fasc. 4, pp. 1196-1202.

²⁷⁷ P. ICHINO, *Il tempo di lavoro nell'Unione Europea*, in *RIDL*, 1998, I, pp. 153-179; nonché, seppure in via dubitativa, A. SITZIA, *Commento all'art. 2*, in CESTER, MATTAROLO, TREMOLADA, *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2003, 91 ss.; O BONARDI, *Limiti di orario e lavoro autonomo nel diritto comunitario*, in *RIDL*, 2005, II, 302-311; l'idea ha goduto di ampia diffusione, come conferma, da ultimo, l'opinione di GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, WKI, 2017, 121 ss.; in senso contrario, secondo E. ALES, *Commento alla dir. 89/391/CEE*, in ALES ET AA., *International and European Labour Law. A Commentary*, Beck-Hart-Nomos, 2018, 1217, in assenza di giurisprudenza sul punto, sembra doversi dare prevalenza al dato letterale, anche a fronte delle più ampie espresse previsioni contenute nella dir. 92/57/CEE all'art. 2(1)(d) in ordine alla protezione da accordare a quanti si trovino ad operare all'interno di cantieri mobili, che espressamente definisce il lavoratore autonomo, come «qualsiasi persona diversa da quelle di cui all'art. 3, lettere a) e b), della direttiva 89/391/CEE la cui attività professionale concorre alla realizzazione dell'opera».

impiego, finiscono per attribuire alle singole prestazioni rese (e al modello di organizzazione dell'impresa) un ruolo centrale nella definizione del rapporto giuridico, che lega creditore e prestatore.

Si tratta di fenomeni che, per il potenziale mostrato, sollecitano apposite soluzioni normative, specie quando i lavoratori coinvolti versino in situazione di marginalità sociale, se non di effettiva deprivazione materiale, per l'insufficienza dei salari percepiti. Ed il contrasto non potrebbe che apparire più acuto sul punto, ove si pensi che spesso costoro si trovano ad operare nell'ambito di sistemi produttivi capaci di affermarsi in una pluralità di contesti nazionali, grazie alle prestazioni altamente standardizzate offerte alla clientela. In questo senso deve apparire del tutto evidente come i due provvedimenti normativi che si richiamano nel titolo (una direttiva che attende di essere trasposta a breve e un progetto oramai prossimo alla definitiva approvazione) anticipano per larga parte il dibattito che ancora circonda il progetto di una direttiva europea in tema di salario minimo²⁷⁸, posto che, ove si dovesse effettivamente realizzare un intervento in questo ambito, sulla base di una sostanziale intesa intergovernativa degli Stati membri diretta a superare i limiti alle competenze normative delle istituzioni europee, sarebbe gioco forza necessario, al fine di evitare facili elusioni nell'ordinamento interno, estendere i contenuti di tale provvedimento anche alle tante forme di lavoro para-subordinato conosciute dall'ordinamento italiano.

2. La tutela dei diritti fondamentali nel diritto interno e in sede sovranazionale: la questione delle competenze dell'Unione.

Ove si osservi il dibattito che ha circondato l'emanazione del *Jobs act* nel 2015 e le previsioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, là dove questa prevede, a differenza della Costituzione italiana, un diritto individuale alla protezione contro il licenziamento ingiustificato (art. 30), si dovrà registrare una certa tensione, almeno sul piano dell'interpretazione giudiziale²⁷⁹, che sembra generata da una malintesa concezione delle disposizioni delle fonti sovranazionali, che non di rado sono percepite come una sorta di naturale sviluppo degli impegni assunti dal costituente, mentre, al contrario, è bene distinguere fra gli orizzonti disegnati dalla Carta costituzionale del 1947 e gli interessi che muovono il legislatore europeo.

Ed invero, mentre l'Unione europea è chiamata ad operare all'interno di un rigido sistema di competenze, che mai potrà essere abbandonato anche quando si venga a costituire un vero e proprio stato federale, la Costituzione è, per sua natura, duttile²⁸⁰ ed onnicomprensiva, venendo a regolare i rapporti politici, economici e sociali che interessano l'intera società italiana. Essa dunque contiene precetti che, pur nella loro absolutezza, possono essere interpretati dalla giurisprudenza nazionale in maniera evolutiva, mentre non ci si può dimenticare che, quando viene in rilievo la materia disciplinata dal diritto europeo, alla Corte di Giustizia di Lussemburgo spetta innanzi tutto il ruolo di dirimere le controversie fra gli stati (e fra le competenze di questi e delle istituzioni di Bruxelles), svolgendo una funzione che appare essenziale al principale scopo dei

²⁷⁸ Sia consentito limitare le citt. a T. TREU, *Proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nell'UE*, in *DRI*, 2021, f. 1, 1 ss.

²⁷⁹ Sui possibili equivoci nella giurisprudenza di merito, rinvio al mio *La conversione del lavoro a termine non determina l'applicazione del Jobs Act, quando manchi la volontà di novare il rapporto*, in *DRI*, 2021, f. n. 4, 1166-1171

²⁸⁰ La Costituzione deve ovviamente qualificarsi come "rigida", quando venga in rilievo la gerarchia delle fonti.

trattati²⁸¹, che resta, al momento, quello di dar vita ad un'area di libero scambio, dove ogni impresa possa competere ad armi pari con le altre, senza che sia consentito ai singoli apparati statali svolgere un'azione a sostegno degli interessi nazionali (pur quando essi siano del tutto meritevoli di tutela, secondo la logica delle disposizioni interne).

La sovrapposizione fra i due piani, invero, non è per nulla infrequente anche nella stessa dottrina, come si ricava già dalla rilettura del celebre "Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia" dell'ottobre 2021 dove, al termine di una lunga premessa, tutta dedicata alle fonti sovranazionali di regolazione del rapporto di lavoro²⁸², si può leggere che:

«A seguito dei profondi mutamenti intercorsi nell'organizzazione dei rapporti e dei mercati del lavoro, il Governo ritiene che sia ormai superato il tradizionale approccio regolatorio, che contrappone il lavoro dipendente al lavoro autonomo, il lavoro nella grande impresa al lavoro in quella minore, il lavoro tutelato al lavoro non tutelato. E' vero piuttosto che alcuni diritti fondamentali devono trovare applicazione, al di là della loro qualificazione giuridica, a tutte le forme di lavoro rese a favore di terzi: si pensi al diritto alla tutela delle condizioni di salute e sicurezza sul lavoro, alla tutela della libertà e della dignità del prestatore di lavoro, all'abolizione del lavoro minorile, all'eliminazione di ogni forma di discriminazione nell'accesso al lavoro, al diritto a un compenso equo, al diritto alla protezione dei dati sensibili, al diritto di libertà sindacale. È questo zoccolo duro e inderogabile di diritti fondamentali che deve costituire la base di un moderno "Statuto dei lavori"».

La proposta poco o nulla ha a che vedere con la disciplina delle fonti europee, non foss'altro per il fatto che essa viene a fondarsi su una lettura delle disposizioni costituzionali, ed in particolare dei precetti di cui agli artt. 4 e 35/l, come tutela di ogni attività umana «che concorra al progresso materiale o spirituale della società» (così l'art. 4/II Cost.) e non certo su chissà quale vincolante indicazione sovranazionale²⁸³.

E pure può aggiungersi che l'aspetto in relazione al quale si registra più marcatamente un possibile contrasto fra il diritto interno e il diritto europeo, concentrato – come si è appena ricordato – sul tema della legislazione concorrenziale, resta quello della libertà di organizzazione sindacale, che, mentre viene protetta quando, mediante accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, si faccia questione "di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro"²⁸⁴, appare invece come un possibile elemento di

²⁸¹ In ordine alle questioni connesse all'assenza di un giudice internazionale che possa garantire terzietà nell'interpretazione degli accordi commerciali internazionali (FTAs), sia consentito anche qui per brevità il rinvio a FERRANTE, *L'Italia e l'OIL*, in *Id. (cur.), A tutela della prosperità di tutti*, Giuffrè FL, 2020, 18-21.

²⁸² V. *ivi*, par. I.3.5, intitolato allo "Statuto dei Lavori", 39.

²⁸³ Nella pagina citata non è difficile scorgere l'eco di quanto scrive M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, t. II, Giuffrè, Milano, 1995; se vuoi, v. adesivamente V. FERRANTE, *Subordinazione, dipendenza, abitudine, personalità: riflessioni e proposte per la tutela dei nuovi lavori*, in *Labor*, 2019, fasc. 1, pp. 23-37.

²⁸⁴ Così CGUE sent. 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie*, ECLI:EU:C:2014:2411, punto 22, in *RIDL*, 2015, II, f. 2, 573-580, con nota di P. ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli Stati membri*: la Corte ha ritenuto che la fissazione di tariffe minime per subordinati ed autonomi sfuggisse alle regole antimonopolistiche, solo nella misura in cui i lavoratori che invocassero l'accordo fossero di fatto dei "finti autonomi" e cioè dei subordinati, richiamandosi in particolare al caso *Allonby* (su cui *infra* nt. 33).

distorsione, quando viceversa l'autonomia negoziale collettiva si spinga a definire la misura del corrispettivo minimo dovuto in relazione ai servizi prestati, proiettandosi al di là delle collettività rappresentate²⁸⁵.

La formula, che si è riportata, oramai quasi tralatizia, può apparire equivoca ove non si abbia presente i casi in cui essa è stata applicata, posto che quando ad essere attaccato è il sistema integrato di previdenza, la Corte non ha avuto difficoltà a riconoscere che, al pari che nell'art. 38/IV della Costituzione italiana, non vi sono norme europee a tutela della concorrenza che impediscano un'estensione *erga omnes* delle previsioni collettive²⁸⁶, mentre, al contrario, si deve considerare come una indebita restrizione della concorrenza la pretesa delle organizzazioni sindacali di dettare norme di applicazione generale in tema di minimi salariali (anche ai lavoratori autonomi), quando manchi una norma che valga a prendere a riferimento il salario definito collettivamente quale minimo universale per chi si trovi a lavorare in un certo territorio²⁸⁷.

Né manca, pur a fronte della differenza di impostazioni, una convergenza fra i due ambiti, come pure lo stesso *Libro bianco* sopra richiamato si preoccupava di sottolineare nel passo che si colloca immediatamente dopo la citazione che sopra si è riportata per esteso:

«Occorre precisare che il riconoscimento di questi diritti fondamentali [i.e. quelli sopra enunziati] a tutti i lavoratori che svolgano prestazioni a favore di terzi (datori di lavoro, imprenditori, enti pubblici, committenti, etc.) non risponde solo ed esclusivamente a istanze di tutela della posizione contrattuale e della persona del lavoratore. È vero anzi che il riconoscimento di standard minimali di tutela a beneficio di tutti i lavoratori rappresenta — oggi più che nel passato — anche una garanzia dei regimi di concorrenza tra i soggetti economici, arginando forme di competizione basate su fenomeni di *dumping* sociale (dal lavoro nero *tout court* a forme di sfruttamento del lavoro minorile, etc.)».

Queste affermazioni, invero, mostrano quale sia la preoccupazione che spinge il diritto europeo all'indifferenza, non già verso la qualificazione del rapporto, ma (ed è cosa ben diversa) verso la disciplina interna in concreto applicabile (come tipicamente nei casi in cui si faccia questione del confine che corre fra soggetti pubblici e privati, includendo in questa distinzione anche le numerose forme intermedie che il nostro ordinamento ben conosce), poiché è l'interesse ad una

²⁸⁵ Posto che in tali casi è l'organizzazione sindacale che viene ad operare come associazione di imprese: così *FNV Kunsten Informatie*, cit., par. 28. La pronunzia, in verità, avrebbe dovuto orientare il legislatore italiano verso soluzioni diverse da quella praticata dal d.l. 3 sett. 2019, n. 101, che ha introdotto un capo V bis nel d. lgs. 81/2015, dando così origine a controversie applicative non ancora sopite.

²⁸⁶ La Corte si oppone alla pretesa della compagnia assicuratrice Albany di dichiarare l'illegittimità del monopolio determinato da norme imperative che rendono obbligatoria la contribuzione a fondi integrativi della previdenza pubblica: CGUE sent. 21 sett. 1999, C-67/96, *Albany International*, ECLI:EU:C:1999:430; nello stesso senso, con riferimento a liberi professionisti, v. pure sent. 12 sett. 2000 C 180/98, *Pavlov et al. c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten* nonché, sempre in relazione al rischio che una selezione avversa determini alla lunga il venir meno della tutela degli enti previdenziali pubblici, v. sent. 22 gennaio 2002, C-218/00, *CISAL c/ INAIL*; in ordine al rilievo sistemico che nei Paesi Bassi ha la previdenza complementare, a fronte di una pensione pubblica "di base" di importo assai contenuto, sia consentito il rinvio a V. FERRANTE, *La previdenza complementare nell'ordinamento olandese*, in A. TURSI (dir.), *La previdenza complementare in Europa*, t. II, Giappichelli, Torino, 2013.

²⁸⁷ Secondo, a ben vedere, l'impostazione già a suo tempo manifestata in *Rush Portuguesa* (sent. 27 marzo 1990) e che ha trovato successivo svolgimento nella disciplina in tema di distacco transfrontaliero e nel recente progetto di direttiva sui minimi salariali, di cui alla nota 7.

regolazione omogenea degli scambi economici (e dunque alla definizione di regole comuni ed eguali per tutti) a richiedere un linguaggio comune e trasversale alle categorie proprie dei singoli ordinamenti²⁸⁸.

In questo specifico senso, può dirsi, ad es., che ai fini dell'applicazione della disciplina in tema di orario di lavoro nel settore dei trasporti, appare irrilevante se il conducente sia un lavoratore subordinato, autonomo o il socio di una cooperativa, essendo evidente come (accanto a quello ad una protezione degli altri automobilisti che si trovano a condurre i propri veicoli sulle stesse strade degli autotrasportatori) l'interesse delle norme europee sia quello di evitare che la previsione di limiti nazionali più lunghi finisca per favorire alcune imprese a svantaggio di altre, riducendo i costi di esercizio²⁸⁹.

Il confronto con il diritto internazionale del lavoro (e la recente esperienza delle trattative condotte dalla Commissione per la stipula di accordi di libero scambio) hanno consentito di sviluppare la consapevolezza della specificità del diritto europeo, che, anche dopo l'emanazione di una Carta fondamentale dei diritti, resta estraneo al piano su cui si proietta l'impegno costituzionale alla promozione di tutte le forme di lavoro. L'esperienza così maturata deve condurre ad un riesame delle conclusioni che si sono diffuse nella dottrina a cavallo dei due secoli intorno alle previsioni europee e al significato che queste assumono nella prospettiva di un allargamento della tutela, dettata per i lavoratori subordinati, anche a prestazioni che, pur caratterizzate dal fatto di essere eseguite in maniera prevalentemente personale, non registrano, tuttavia, la presenza di un vero e proprio potere di direzione e controllo del committente nella fase esecutiva, di modo che si collocano senz'altro al di fuori della nozione di lavoro subordinato strettamente intesa, quale risulta non solo dall'art. 2094 c.c., ma altresì dalla stessa risalente, ma insuperata, giurisprudenza europea²⁹⁰.

Né, a modifica degli assetti di interessi che si sono sino a qui sommariamente sintetizzati, vale richiamare le preoccupazioni per il lavoro "di qualità" e, di conseguenza, il contrasto al c.d. *dumping* sociale, posto che questo, come del resto lo stesso "Libro bianco" chiarisce nel passo sopra citato, si riferisce nel lessico europeo²⁹¹ non già a fenomeni di (legittima) mancata applicazione

²⁸⁸ In questa prospettiva, non si deve dimenticare, del resto, che la più compiuta espressione della nozione di subordinazione si deve ad una pronunzia della Corte di Giustizia che costituisce al tempo stesso la pietra miliare della parificazione, al privato, del lavoro pubblico, essendo da decidersi se quest'ultimo campo fosse escluso dall'ambito di applicazione del principio di libertà di movimento: v. CG, sent. 3 luglio 1986, *Lawrie-Blum*, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284, parr. 15-17. Sulle ragioni che ebbero a determinare la separazione fra i due settori e su quelle che al tempo stesso hanno impedito che la divaricazione normativa si estendesse al di là del dovuto, sono ancora significative le pagine di A. GARILLI, *Il trattamento di fine rapporto tra impiego pubblico e impiego privato*, Angeli, Milano, 1983, 25 ss.

²⁸⁹ Sul fondamento delle norme in tema di tutela dell'autotrasporto, v. BONARDI, *Limiti di orario e lavoro autonomo*, cit., nonché B. SURDYKOWSKA, *Social dumping or the lack of willingness to establish common social standards?*, in A. PERULLI (cur.), *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, CEDAM WK, Padova, 2016, 159 ss.

²⁹⁰ E, dunque, per concorde opinione, alla dottrina conseguente ai casi *Unger* (19 marzo 1964), *Levin* (23 marzo 1982), *Lawrie-Blum* (3 luglio 1986) sopra cit. nonché *Kempf* (3 giugno 1986), *infra cit.* a nt. 25.

²⁹¹ V. il *Libro verde* della Commissione, Bruxelles, 22.11.2006, COM(2006) 708 def, *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, 16 ss. Circa le incertezze che circondano il concetto, pure largamente diffuso, v. M. BERNACIAK (ed.), *Market Expansion and Social Dumping in Europe*, Routledge Social, 2017. Per una lettura della nozione di *dumping* sociale fortemente ancorata all'area definita dalla cit. di cui al testo ("dal lavoro nero *tout court* a forme di sfruttamento del lavoro minorile"), rinvio al mio *Libertà economiche e diritti dei lavoratori*, V&P, Milano, 2020, 41 ss.

dei minimi previsti dal contratto collettivo sottoscritto dal s.m.r., ma ad un fenomeno completamente diverso quale – per l'appunto – quello del lavoro nero *tout court*, cui si assimila il finto lavoro autonomo (*bogus self-employment*) e, aggiungerei, tutte le altre ipotesi nelle quali, attraverso dichiarazioni mendaci, le imprese pretendano di appropriarsi dei vantaggi competitivi riconosciuti in caso di esercizio della libertà di stabilimento (come nel caso delle *letter-box companies*, utili ai fini di fittizie operazioni di distacco, avverso le quali l'Unione ha reagito in tempi recenti con due distinte direttive²⁹² e con l'istituzione dell'Autorità europea del lavoro, che, per l'appunto, indirizza principalmente la sua attività al contrasto al lavoro transfrontaliero irregolare²⁹³).

3. Le competenze dell'Unione in tema di libertà di movimento dei lavoratori subordinati e di tutela della salute e sicurezza.

Il tema della definizione “comunitaria” di lavoratore subordinato è antico, posto che già ai fini di una corretta applicazione del principio della libertà di movimento riconosciuta dall'art. 48 del Trattato di Roma, ci si era dovuti interrogare su chi fosse il destinatario della tutela²⁹⁴. Ed infatti, sebbene la norma cit. richiamasse solo i “lavoratori”, senza qualificarli altrimenti, il successivo art. 52 era chiaro nel riconoscere, al secondo comma, che “La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società”, così ammettendosi a tutt'evidenza una differente qualificazione alle due fattispecie.

Veniva in questo modo implicitamente riconosciuto, in forza della contrapposizione fra le due norme, che la libertà di movimento si riferisce ai lavoratori subordinati, avviando al contempo quel processo, sopra richiamato, di parificazione fra attività di impresa e prestazione di servizi da parte dei lavoratori autonomi che non sembra ancora aver trovato una soluzione appagante e che si oppone ad un ampliamento indiscriminato delle tutele proprie del lavoro subordinato in un'area dove l'eterodirezione è assente.

Del resto, anche il tenore delle previsioni normative del 2° comma dell'art. 48 veniva a chiarire

²⁹² V. la dir. (UE) 2018/957 del PE e del Consiglio del 28 giugno 2018, recante modifica della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi (trasposta con il d. lgs. 15 settembre 2020, n. 122) e prima ancora la c.d. direttiva “enforcement” 2014/67/UE del 15 maggio 2014 (d. lgs. 17 luglio 2016, n. 136): sul primo provvedimento, v. (BORELLI, ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *Quest. Giust.*, n. 4/2019, 61 ss.

²⁹³ M. ROCCA, *Les dernières minutes de la dernière chance: l'Agence européenne du travail et l'Union en 2019*, in BORELLI, MORSA, ALLAMPRESE (coord.), *L'Autorité européenne du travail*, Bruylant, Bruxelles, 2020, pp. 25 ss.; FERRANTE, ALTIMARI, *L'Autorità europea del lavoro* in M. CORTI (cur.), *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, V&P, Milano, 2020, 141-161.

²⁹⁴ L. MENGONI, *La libera circolazione dei lavoratori nella CEE*, in *Libertà di movimento delle persone nell'ambito delle Comunità europee*, L'Aquila, 1972, 121 ss. (anche in *Dir. lav.*, 1970, 1, 165-187); S. BORRELLI, *Tra libera circolazione e sicurezza sociale: chi sono i soggetti tutelati?*, *LD*, 2001, 4, 627 ss.; M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, CEDAM, Padova, 201, 33 ss.; e da ultimo GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., 121 ss. (riassumendo un tema già altre volte trattato dallo stesso A.); M. VINCIGI, *Libera circolazione dei lavoratori e nozione eurounitaria di subordinazione*, *MGL*, 2020, 195-215; M. AIMO, *Subordinazione e autonomia: che cosa ha da dire l'Unione europea?*, in *Studi Roccella*, Napoli, 2021 (e in *Labour*, 2021, 4, 389-403; e da qui le cit.); L. BATTISTA, *L'evoluzione del concetto di lavoratore nel diritto dell'Unione europea*, in *ADL*, 2021, f. 3, 624-642; nelle trattazioni di ordine generale, v. POCAR, VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, CEDAM, Padova, II ediz., 2001, 62 ss.; ROCCELLA-TREU, *Diritto comunitario del lavoro*, CEDAM, Padova, 1995 (I ed.), 76 ss.; S. NAPPI, *Libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in CARINCI e PIZZOFERRATO (curr.), *Diritto del lavoro dell'UE*, Utet, Torino, 2010, 258 ss.; D. GOTTARDI, *La libera circolazione dei lavoratori subordinati nell'Unione europea*, in *Tratt. Persiani-Carinci*, vol. VI, CEDAM, Padova, 2012, 3 ss.

che la libertà “di movimento” interessava quanti cercavano lavoro subordinato, posto che è solo con riguardo ad essi che può giustificarsi logicamente una previsione che “implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro”²⁹⁵.

Queste previsioni sono transitate, senza modifiche di rilievo, nelle attuali disposizioni di cui agli artt. 45 e 49 TFUE, che riconoscono alle istituzioni europee competenze finalizzate alla realizzazione della libertà di movimento, da attuare “mediante direttive o regolamenti” con adozione di “misure” in particolare nelle materie della collaborazione fra le autorità amministrative e dell'accesso agli impieghi “disponibili”, nonché nella garanzia di condizioni di lavoro non discriminatorie e nell'impegno per gli stati membri ad adottare meccanismi capaci di mettere in contatto l'offerta e la domanda di lavoro.

Si tratta di previsioni poco interessate alla questione che qui si tratta, poiché non si deve dimenticare che, come sottolinea tutta la dottrina²⁹⁶, a fronte comunque del riconoscimento del diritto ad avere accesso al mercato comune (in forza o della libertà di movimento o di quella di stabilimento) la sola differenza che, alla fine, sembra rilevare, ove si faccia questione del diritto a trattenersi su suolo straniero, è quella relativa all'effettività dell'attività in sé²⁹⁷, di modo che le pronunzie della giurisprudenza hanno ad oggetto soprattutto casi nei quali viene messo in dubbio questo carattere, poiché l'attività del prestatore è quasi del tutto assente o comunque notevolmente ridotta.

A fronte di tanto, pur tenendo conto dell'ampliamento delle competenze dell'UE, si dovrebbe senz'altro ritenere che riferimento diretto ed immediato delle previsioni dei trattati in tema di politica sociale sia il solo lavoro subordinato, anche se dovrebbe rimanere incontestato che manca al livello europeo, al momento attuale, una previsione generale, sia che si tratti di ribadire una nozione corrispondente a quella definita dal codice civile all'art. 2094 c.c., sia che ci si indirizzi a mettere in secondo piano la natura della prestazione resa. Ovviamente, tanto non impedisce che nel diritto interno si registri una modifica, ove si ravvisi che le esigenze protettive, che sono storicamente emerse con riguardo ai lavoratori dipendenti, in certi casi si riscontrano anche al di fuori dei confini della subordinazione strettamente intesa, così da reclamare, in quegli ambiti, una applicazione indifferenziata delle norme giuslavoristiche.

Solo che il legislatore italiano non ha margini illimitati per attuare una operazione siffatta, quasi che si trattasse di fare applicazione della consueta clausola “di miglior favore” che accompagna, anche in sede internazionale, la definizione degli *standard* protettivi, dovendo fare i conti, come meglio si vedrà esaminando la direttiva 2019/1152 ed altresì la proposta di direttiva relativa ai lavoratori delle piattaforme del 2021, con l'assetto complessivamente delineato dalle norme europee, che impedisce una generale assimilazione fra lavoro subordinato ed autonomo.

²⁹⁵ Non a caso il risalente regol. del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, all'art. 1(1) ebbe a chiarire che la libertà di movimento riconosce a ogni cittadino di uno Stato membro «il diritto di accedere ad un'attività subordinata e di esercitarla sul territorio di un altro Stato membro».

²⁹⁶ V. ad es. GIUBBONI, *Diritto del lavoro*, cit., 138-141.

²⁹⁷ In questo senso, v. già CG sent. 3 giugno 1986, C-139/85, *Kempf*, par. 14.

In questo senso, si deve contestare che sussista una qualche tendenza espansiva della nozione di lavoratore nel diritto europeo, poiché, seppure si possano registrare disposizioni comuni alle due ipotesi, si tratta pur sempre di norme specifiche, dettate in relazione ad ambiti limitati: si pensi ad es. al coordinamento dei regimi previdenziali di cui all'art. 48 TFUE (già art. 51 Tratt. Roma), che, nell'evoluzione normativa che ha condotto al Regolamento 2004/883, ha finito sì per dilatare il numero dei soggetti tutelati, lasciando però ai singoli ordinamenti il ruolo di determinare forme e modi di protezione²⁹⁸. Si tratta, invero, di un'evoluzione irresistibile, ove si consideri la mobilità che ogni lavoratore può sperimentare nel passare da un'attività ad un'altra (come per il personale sanitario o per certe professionalità collegate al lavoro nei cantieri) e l'esigenza di assicurare la totalizzazione di tutti i periodi "coperti" da contribuzione, indifferentemente dalla natura, subordinata o autonoma, dell'attività prestata.

Né si deve enfatizzare la richiamata vocazione universale che sembra rintracciarsi nella normativa in tema di salute e sicurezza, già dall'originaria direttiva 391 del 1989²⁹⁹. Ed invero anche le previsioni dello stesso codice civile mostrano una capacità di proiettarsi al di là del lavoro subordinato strettamente inteso, proprio con riguardo all'obbligazione "di sicurezza": qui è già la collocazione dell'art. 2087 c.c. nell'ambito delle disposizioni dedicate alla figura dell'imprenditore (sezione I del capo I, del titolo II del libro V) a rendere palese che i vincoli che esso contiene siano slegati dalla natura del rapporto posto in essere, e non costituiscano affatto un'articolazione della disciplina dettata specificamente per il lavoratore subordinato di cui all'art. 2094 c.c. E del resto, su un piano meramente pratico (come dimostra l'ancor più ampio spettro interessato dalla disciplina INAIL), c'è da chiedersi che senso potrebbe avere mai limitare la responsabilità datoriale ai soli lavoratori dipendenti quando nell'esperienza concreta da sempre autonomi e subordinati si trovano a lavorare fianco a fianco, ad es., nell'ambito delle costruzioni edili, nella cantieristica o nelle installazioni meccaniche.

È tuttavia proprio su questo confine che sembra arrestarsi il possibile sviluppo della nozione di subordinazione, perché diverse (e più articolate) sono le considerazioni che devono farsi per quanto concerne le altre direttive, ad iniziare da quella che disciplina "alcuni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro".

4. La disciplina dell'orario.

La particolare genesi della importante direttiva n. 104 del 1993 (poi trasfusa nella direttiva 88 del 2003), approvata sulla scorta delle competenze della CEE in tema di salute e sicurezza, al fine dichiarato di aggirare l'ostracismo britannico che impediva a riguardo di adottare una decisione all'unanimità³⁰⁰, proietta ancora i suoi effetti su alcune disposizioni, tanto che non è neppure del

²⁹⁸ Il rilievo è comune a tutta la dottrina, v. ad es. BORRELLI, *Tra libera circolazione e sicurezza sociale*, cit., 634; GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., 145; POCAR, VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, cit., 71; sulle direttive che contengono un rinvio alla legislazione interna dei singoli stati, v. AIMO, *Subordinazione e autonomia*, cit., 401 ss.: per es. v. dir. 2001/23 art. 2(1)(d), in tema di trasferimento d'azienda o dir. 96/71 art. 2(2) in tema di distacco, oltre alla direttiva in tema di *part time*, cit. nel testo.

²⁹⁹ V. a riguardo gli AA. cit. *supra* a nota 6.

³⁰⁰ La questione del fondamento normativo della direttiva ha costituito oggetto di una profonda analisi in tutti i paesi d'Europa; per una sintesi della questione rinvio al mio *Between health and salary: The incomplete regulation of working time in European law in ELLJ*, 2019, Vol. 10, iss. 4, 370-385; nella dottrina italiana, rinvio senz'altro aggiungere a V. LECCESE, *L'orario di lavoro*, Bari, Cacucci, 2001.

tutto chiaro se essa trovi applicazione in relazione al singolo prestatore (di modo che si vengono a creare possibili rischi “da interferenza” in caso di instaurazione contemporanea di più rapporti a tempo parziale³⁰¹) o se, viceversa, i limiti siano da riferirsi al rapporto giuridico in essere.

In verità, si deve rilevare che, anche a voler accettare (per un momento solo) l’assunto che l’area di applicazione della direttiva sull’orario sia il medesimo di quello di cui alla direttiva “madre” 391³⁰², solo in apparenza le previsioni della prima potrebbero trovare applicazione indiscriminata a tutti i lavoratori, poichè l’art. 17(1)(a) espressamente autorizza gli Stati membri a derogare agli articoli 3, 4, 5, 6, 8 e 16 della stessa dir. 88, «quando la durata dell’orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell’attività esercitata, non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta: ... di dirigenti o di altre persone aventi potere di decisione autonomo».

Pare evidente invero come, in particolare, quest’ultimo riferimento a “persone aventi potere di decisione autonomo” valga in ogni caso ad escludere, non solo i lavoratori subordinati apicali, ma senza dubbio il lavoro autonomo, dalla gran parte delle previsioni della direttiva (rimane di fatto solo quella in tema di ferie annuali pagate, che per il vero poco si presta all’estensione al di là dell’ambito della subordinazione in senso stretto, oltre alle disposizioni in tema di speciale protezione del lavoro notturno, che al contrario, paiono correlarsi alle caratteristiche materiali della prestazione, quale che sia il tipo di contratto in esecuzione del quale la prestazione è resa). Si tratta del resto di una scelta del tutto logica, atteso che, nel caso dei lavoratori autonomi, gli aspetti che attengono all’esecuzione della prestazione non sono dedotti in contratto, di modo che, non solo non c’è ragione di limitare l’autonomia delle parti, ma il committente non ne avrebbe neanche il potere.

Del resto, pare difficile ritenere che la previsione di un limite massimo alla giornata lavorativa possa essere svincolata dal diritto ad un equo salario, se vero, come dimostra l’art. 36 della Costituzione italiana e lo stesso *Social Pillar* dell’Unione, che i due aspetti non possono che presentarsi congiuntamente, essendo la limitazione del tempo di lavoro del tutto funzionale al riconoscimento di livelli retributivi minimi, nella prospettiva di assicurare al lavoratore “un’esistenza libera e dignitosa”, secondo il linguaggio del costituente italiano³⁰³.

Ad ulteriore conferma, peraltro, di una applicazione non indifferenziata delle norme in tema di tempo di lavoro, non si deve dimenticare che la dir. 88 non è la sola ad esprimersi sul tema: nel caso del lavoro a *part time*, infatti, la clausola 2 dell’accordo allegato alla direttiva, nel definire il campo di applicazione della stessa, richiama quanti “hanno un contratto o un rapporto di lavoro definito per legge, contratto collettivo o in base alle prassi in vigore in ogni Stato membro”, di fatto lasciando ai singoli ordinamenti la definizione del lavoratore a tempo parziale. Non si tratta

³⁰¹ Ipotesi ora definita quale “parallel employment” dall’art. 9 dir. 2019/1152 (e malamente tradotta in “impiego in parallelo” nella versione italiana).

³⁰² Per la ricostruzione del dibattito, rinvio al mio *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Torino, 2008, 188 ss.

³⁰³ Come si è detto *supra* nel testo (e a nt. 18), non sembrano rilevanti le restrizioni che attengono ad interessi esterni alla prestazione, come nel già richiamato caso del personale di guida, che vede una limitazione dell’orario come garanzia della piena padronanza del mezzo affidato, a tutela della sicurezza stradale, ma anche – com’è ovvio – nella prospettiva di una omogeneizzazione dei costi di produzione, indifferentemente dal luogo in cui l’attività è resa.

peraltro di conclusione illogica, ove si tenga presente che l'accordo quasi non contiene prescrizioni in termini di soglie o *standard*, ma è finalizzato ad "assicurare la soppressione delle discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo parziale e di migliorare la qualità" del lavoro a tempo parziale stesso (così la claus. 1; e v. anche l'undicesimo "considerando").

In una situazione siffatta, come la giurisprudenza sembra suggerire³⁰⁴, sarebbe irrazionale riconoscere un effetto di valida differenziazione in relazione alla forma che assume il contratto di lavoro (subordinato ed autonomo), perché, così facendo, si finirebbe per legittimare ogni peggior forma di discriminazione, in virtù sia della mera qualificazione data dalle parti al contratto (salvo, ovviamente, il diritto di chi ne contesti la natura non subordinata, di far prevalere la sostanza sul *nomen juris*, secondo l'approccio prima richiamato), sia delle scelte effettuate dal legislatore nazionale e dirette a collocare al di fuori dell'ambito di applicazione della disciplina del lavoro subordinato, come spesso in passato accadeva, le ipotesi nelle quali la prestazione resa fosse inferiore a certe soglie minime³⁰⁵.

In conclusione, dunque, non sembra che il comune fondamento normativo possa condurre alla conclusione di un qualche effettivo ampliamento dell'area di tutela propria della subordinazione, solo potendosi rilevare che, quando venga in rilievo il diritto antidiscriminatorio, l'ambito di applicazione delle norme non può che essere il più vasto possibile, al fine evidente di non limitare un principio che si vuole generale. Queste conclusioni, peraltro, sono confermate anche nella legislazione più recente e non sembrano trovare smentita in quella che appare, allo stato, la punta più avanzata dell'evoluzione legislativa dell'Unione: e cioè la proposta di direttiva sui *platform workers*, di cui si dirà più avanti, ma solo dopo aver esaminato la direttiva n. 1152.

5. La direttiva n. 1152 del 2019.

Nella più recente direttiva n. 1152³⁰⁶, che attende di essere trasposta a breve nell'ordinamento interno, l'orizzonte muta ancora, dato che la stessa, prendendo spunto dalla precedente direttiva che imponeva di fornire al lavoratore un documento scritto che contenesse un riassunto delle condizioni applicate nel contratto in essere, estende le sue previsioni sino al punto di assicurare ai lavoratori una serie di tutele minime intese a garantire una maggiore prevedibilità quanto allo

³⁰⁴ Corte Giust., sent. 3 gennaio 2004, *Allonby c. Accrington & Rossendale College*, C-256/01; ECLI:EU:C:2004:18; sulla questione della qualificazione del rapporto nel RU, cfr. V. PIETROGIOVANNI, *L'importanza di chiamarsi lavoratori, ossia delle corti del Regno Unito alle (p)rese con il lavoro a chiamata sulle piattaforme*, in *Labour & Law Issue*, vol. 5, no. 1, 2019.

³⁰⁵ A riguardo basti richiamare qui i casi più antichi nei quali si faceva applicazione del principio di parità fra i generi proprio in relazione ad ipotesi di lavoro a tempo parziale per rilevare la sussistenza di discriminazioni indirette, sia che si trattasse di disposizioni dettate dalla contrattazione collettiva, nazionale o aziendale, sia che la disparità di trattamento fosse da imputarsi a norme di legge: a riguardo v. CG 14 dic. 1995, C-317/93, *Nolte*, in tema di pensione di vecchiaia; CG 30 nov. 1993, C-189/91, *Kirsammer-Hack*, in tema di licenziamento; CG 1° febbraio 1996, C-280/94, *Posthuma-van Damme*, relativa ad un trattamento previdenziale conseguente a sopravvenuta incapacità lavorativa.

³⁰⁶ A riguardo, v. S. BORELLI (G. ORLANDINI), *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea*, cit., 54-70; F. BANO, *Il lavoro invisibile nell'agenda digitale di Europa 2020*, in *LD*, 2020, f. 3, 475-493; AIMO, *Subordinazione e autonomia*, cit., 401; L. BATTISTA, *L'evoluzione del concetto di lavoratore*, cit., 636 ss.; ed ancora: J. M. MIRANDA BOTO, *Annotazioni sulla nuova direttiva (UE) 2019/1152* e V. FERRANTE, *Novità dall'Europa nella regolazione dell'orario di lavoro. La direttiva n. 1152 del 2019*, entrambi in M. CORTI (cur.), *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, cit., risp. 53 ss. e 99 ss.

svolgimento del rapporto³⁰⁷.

A ben vedere, dovrebbe essere proprio questa collocazione ai margini del mondo del lavoro a condurre il legislatore europeo verso un traguardo di indifferenziata applicazione delle garanzie previste, spazzando via la *summa divisio* fra autonomia e subordinazione, per concentrarsi sulla condizione socio-economica del soggetto che la norma intende tutelare. Ma, a dispetto delle aspettative di chi ne ha seguito sin dall'inizio l'*iter* di approvazione³⁰⁸, a tanto non è giunti perché la direttiva è attentissima proprio a definire il suo campo di applicazione facendolo coincidere, sia pure attraverso il richiamo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, con un'area che sembra perfettamente sovrapponibile a quella disegnata dall'art. 2094 c.c.

Infatti, la direttiva prevede una rigorosa determinazione dei destinatari delle sue previsioni, anche al fine di evitare che possano impadronirsi dei diritti in essa sanciti anche soggetti che, in quanto operano in assenza di un vincolo di subordinazione, appartengono, come si è detto, all'area della libertà di prestazione di servizi e sono assoggettati alle misure a tutela della libertà della concorrenza previste dal diritto dell'Unione.

Le premesse alla direttiva chiariscono, invero, che l'ambito di applicazione della disciplina è limitato ai soli lavoratori subordinati, tanto che viene richiamata nelle premesse una precisa casistica della giurisprudenza della Corte di Giustizia³⁰⁹, là dove questa richiede, perché si abbia subordinazione, che «una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione»³¹⁰.

La soluzione proposta dalla direttiva è in questo senso del tutto coerente con la nozione tradizionale di lavoro subordinato, quale contratto nel quale il lavoratore consente che la fase esecutiva sia assoggettata al potere direttivo del datore di lavoro (e cioè del datore di lavoro), poiché pare evidente che, in mancanza di un potere siffatto (e cioè nel caso in cui il rapporto di lavoro sia genuinamente autonomo), il rifiuto del prestatore ad eseguire la prestazione richiestagli non necessita di alcuna tutela, ed anzi si presenta come un evento del tutto fisiologico, essendo per l'appunto il governo del tempo di lavoro affidato al lavoratore stesso. Al contrario, è proprio quando sussista un vincolo di subordinazione che è necessario riconoscere un diritto del singolo a poter rifiutare di eseguire la prestazione, senza conseguenze negative.

³⁰⁷ La direttiva prevede un rafforzamento dei diritti di informazione che già erano previsti dalla direttiva 91/533/CEE (WSD), e norme intese a contrastare la precarietà, in tema di durata minima del periodo di prova (art. 8), sulla possibilità di stipulare più di un rapporto contemporaneamente (impiego in parallelo: art. 9), sulle misure dirette a garantire una certa prevedibilità dell'impiego in caso di lavoro a chiamata (art. 10), nonché meccanismi diretti ad incentivare la transizione verso occupazioni più stabili (artt. 12-18).

³⁰⁸ V. BATTISTA, *L'evoluzione del concetto di lavoratore*, cit., 636 ss.; MIRANDA BOTO, *Annotazioni sulla nuova direttiva*, cit., 53 ss.; soluzione non diversa, come si evidenziava *supra* a nota 2, è quella adottata dall'art. 2 della dir. 2019/1158 in tema di tutela della vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, in ordine alla quale sia consentito il solo rinvio a C. ALESSI, *La direttiva 2019/1158/UE. Alcune riflessioni su congedi di paternità e flessibilità del lavoro*, in CORTI, *Il pilastro europeo*, cit., 29 ss.

³⁰⁹ V. nota 5 all'ottavo "considerando", ove si richiamano le sentenze della Corte di Giustizia che qui di seguito si elencano: 3 luglio 1986, *Lawrie-Blum*, C-66/85, cit.; 14 ottobre 2010, *Union syndicale Solidaires Isère*, C-428/09, ECLI:EU:C:2010:612, 9 luglio 2015, *Ender Balkaya*, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455; 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten Informatie*, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 cit.; sent. 17 novembre 2016, *Betriebsrat der Ruhrländklinik*, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883.

³¹⁰ Così ad es. Corte Giust. 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten Informatie*, cit. par. 34, aggiungendosi che "la Corte ha già avuto modo di precisare che la qualifica di «prestatore autonomo», ai sensi del diritto nazionale, non esclude che una persona debba essere qualificata come «lavoratore», ai sensi del diritto dell'Unione, se la sua indipendenza è solamente fittizia e nasconde in tal modo un vero e proprio rapporto di lavoro (v., in tal senso, sentenza *Allonby*, punto 71)" (ivi, par. 35).

Il fatto che anche nell'ambito del diritto dell'Unione si adotti per questi aspetti una logica binaria, che ripropone, anche per questo specifico aspetto, la contrapposizione fra lavoro subordinato ed autonomo in termini sostanzialmente analoghi a quelli propri del diritto interno³¹¹, pone ovviamente un problema di compatibilità nell'ordinamento nazionale in relazione alle previsioni (già del d. lgs. 276/ 2003 ed ora) del *Jobs Act* (v. subito *infra*), che hanno inteso estendere i diritti dei lavoratori subordinati a rapporti nei quali manca propriamente l'assoggettamento al potere di etero-direzione.

Molte delle ipotesi che sono regolate dal legislatore europeo nella direttiva 1152 appartengono, infatti, ad aree nelle quali il rapporto potrebbe essere attuato su base del tutto peculiare, come nel caso del lavoro a *voucher*, dove non è chiaro se si tratti di una forma di lavoro subordinato o di un differente contratto speciale. Diventerà rilevante, allora, definire esattamente l'area di applicazione della direttiva in esame, per comprendere se essa regoli anche ipotesi particolari, là dove per es. prevede un preavviso minimo o l'assenza di conseguenze negative in caso di rifiuto di eseguire la prestazione.

6. La proposta di direttiva in tema di tutela dei lavoratori delle piattaforme.

La proposta di direttiva del dicembre 2021, che nasce dal rifiuto di estendere la precedente direttiva 1152 a tutte le forme di lavoro "su piattaforma"³¹², viene a rispondere al massimo livello alla questione della tutela da assicurare ai *riders*, che operano per conto di piattaforme digitali finalizzate soprattutto alla consegna a domicilio di cibo e di altri beni di prima necessità: essa si interseca con il dibattito che ha interessato la tassazione dei colossi digitali e con le misure dirette a fronteggiare la pandemia da Sars-Covid 19. Ai lavoratori delle "piattaforme", tuttavia, non vengono affatto attribuiti diritti speciali, se non quelli che attengono all'accesso e alla trasparenza in tema di utilizzo dei sistemi premiali e dei controlli governati da algoritmi. Tali diritti vengono così attribuiti a tutti i prestatori, senza che rilevi la natura, subordinata o no, del contratto in essere. Per il resto, la proposta di direttiva si preoccupa di distinguere fra contratto d'opera (o, ad es., di trasporto) e lavoro subordinato, riconoscendo quindi solo a chi rientri in questa seconda ipotesi tutti i diritti da essa previsti.

Al di là della tutela indifferenziata della persona sul fronte dei controlli tecnologici, la novità che si registra sulla questione della qualificazione dei destinatari consiste nella previsione, agli artt. 4 e 5 della proposta, di una presunzione semplice che i singoli stati membri sono poi chiamati ad implementare e che si fonda sulla contemporanea presenza di almeno due indici in relazione ad un elenco di cinque, che ha ad oggetto: (a) l'esistenza di limiti massimi individuali quanto alla retribuzione; (b) la riconoscibilità dei fattorini da parte dei destinatari dei servizi offerti dalla piattaforma; (c) controlli anche elettronici sul rispetto dei tempi di consegna o sulla qualità della prestazione resa; controlli sull'orario e sulle assenze; (d) limiti, anche di tipo disciplinare, alla libertà

³¹¹ Non pare condivisibile, quindi, il rilievo di BORELLI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea*, cit., secondo cui sarebbe irrilevante la sussistenza di un obbligo di prestazione, richiamando a riguardo il caso di cui alla nota che precede, sia per le ragioni di cui al testo, sia, in via del tutto dirimente, perché tale sentenza non è fra quelle richiamate nelle premesse della direttiva, proprio a fine di definire l'area di applicazione della direttiva stessa.

³¹² Per la ricostruzione delle vicende che hanno condotto alla proposta v. ancora MIRANDA BOTO, *Annotazioni*, cit., 53-56.

individuale di organizzare il proprio orario o di assentarsi dal lavoro, di accettare o rifiutare la consegna nonché la previsione di un divieto di farsi sostituire da terzi (e) restrizioni alla possibilità di sviluppare una propria clientela o di lavorare anche per conto di altre piattaforme³¹³.

Il successivo art. 5 prevede poi che la presunzione ammetta prova contraria a carico delle imprese, di modo che viene così ad essere inequivoco che lo sforzo normativo si rivolge a chiarire al lavoratore “delle piattaforme” quale sia il suo *status*, per così dire, o, per più correttamente esprimersi, quale sia la natura del rapporto giuridico che lo lega alla piattaforma, onde evitare contestazioni *a posteriori*.

Per quanto la previsione di “indici” presuntivi della subordinazione non possa che condurre in via tendenziale alla formazione di una unitaria nozione europea, la proposta di direttiva sembrerebbe lasciare ai singoli stati la scelta sulla disciplina sostanziale da applicare poi in concreto, senza che la presunzione dettata dalla direttiva debba imporsi alle norme proprie di ogni singolo ordinamento.

Ed infatti l’art. 20 della proposta, nel disciplinare la c.d. clausola di “non regresso” e la possibilità per gli stati di introdurre disposizioni più favorevoli ai prestatori, si preoccupa di chiarire che, mentre è possibile al momento della trasposizione in ambito nazionale introdurre disposizioni più favorevoli, queste devono essere limitate ai lavoratori subordinati, mentre un analogo potere non viene riconosciuto agli stati quando si tratti di disciplinare lavoratori non subordinati. In questi casi, infatti, l’art. 20(2) prevede che la regola che ammette la possibilità di introdurre una disciplina di miglior favore «si applica solo nella misura in cui le norme nazionali sono compatibili con le norme sul funzionamento del mercato interno».

7. Conclusioni.

La conclusione cui si giunge, dunque, sembra confermare che il diritto dell’Unione non consente in nessun modo di abbandonare la categoria del lavoro subordinato, né in generale, né quando si tratterà di dover trasporre nell’ordinamento interno la disciplina contenuta nella direttiva n. 1152 (né, a quanto sembra, quando eventualmente si dovrà recepire la proposta di direttiva per la tutela dei lavoratori delle piattaforme, una volta che questa sia stata approvata in via definitiva).

In altri termini, a dispetto di quanto si sia portati a pensare, le istituzioni europee appaiono saldamente ancorate alla contrapposizione fra lavoro autonomo e subordinato, facendo prevalere nel primo caso le regole della libera concorrenza su quelle istanze protettive di cui più sopra si è detto e lasciando quindi al legislatore italiano una scelta rigorosa sia in relazione alle ipotesi di collaborazione coordinata e continuativa, di cui all’art. 409 c.p.c., sia quanto alle varie ipotesi di lavoro discontinuo o a chiamata, inizialmente introdotte a seguito del “Libro Bianco” sopra richiamato e poi confluite, ma senza che mai si procedesse seriamente a verificare la loro conformità alle regole europee, nel d. lgs. n. 81 del 2015. Anche l’ipotesi, che pure si è fatta strada ad un certo momento, che una generale finalità di incremento dell’occupazione potesse determinare una qualche alterazione delle regole europee, sembra priva di un solido fondamento, che valga a giustificare una disapplicazione anche temporanea (solo rimanendo escluse dal quadro così

³¹³ La traduzione è mia, al pari della citaz. che si rinviene più avanti nel testo: per riconoscibilità si intende l’adozione di meccanismi, simili al *franchising*, che non consentono alla clientela di percepire che il fattorino non è legato da un vincolo di subordinazione all’organizzazione produttiva che offre il servizio.

delineato le forme di lavoro *part time* di durata così modesta, da risultare ininfluenti ai fini dei trattati).

Né va dimenticato che l'intento originariamente perseguito dal d. lgs. n. 276 del 2003 andava proprio nella direzione di contrastare il lavoro fintamente presentato come autonomo, secondo l'approccio che viene ora adottato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia con le pronunzie di cui sopra si è detto.

Ed invero, ove si riporti correttamente la questione ai termini che precisamente emergono dalle fonti, si dovrà ammettere che le prerogative che la nostra giurisprudenza sembra riconoscere al committente in caso di rapporto di para-subordinazione fanno fatica a sottrarsi alla presunzione semplice di cui alla proposta che sopra si è esaminata, dato che non è per nulla infrequente l'ipotesi che la piattaforma imponga ai fattorini una divisa o altri elementi che recano marchi o simboli specifici, offrendo così un servizio che mira a presentarsi alla clientela con caratteri propri e facilmente riconoscibili (punto b dell'art. 4); mentre i controlli sul rispetto dei tempi di consegna o sulla qualità della prestazione resa (punto c), cui la proposta attribuisce valore rilevante, sono stati generalmente negletti nella giurisprudenza nazionale, quali prerogative che sembrano potersi ricondurre ai normali poteri creditorî, riconosciuti in vista della verifica dell'esattezza dell'adempimento anche al committente in relazione a rapporti di mera collaborazione.

In questo senso, sarà bene che il legislatore, già a fronte degli obblighi di trasposizione della direttiva 1152, che verranno a scadere il prossimo 31 luglio 2022, non si lasci tentare da una prassi spesso seguita in passato di una mera giuridificazione nel diritto interno del testo europeo, o, al contrario, da disposizioni di mero dettaglio, slegate dal contesto, ma colga l'occasione per provvedere ad un esame più ampio dell'intero sistema normativo, venendo ad intervenire proprio su quelle forme non-standard che si ritenevano al riparo da qualunque necessità di adeguamento al diritto europeo, perché espressioni, semmai, proprio di una corrente di modernizzazione del diritto del lavoro che, come si è provato a dimostrare in queste pagine, non trova nessun saldo fondamento nella disciplina dell'Unione europea.