



Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy

WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 136/2017

© Tiziano Treu 2017
Emerito Università Cattolica di Milano
tiziano.treu@yahoo.it

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



Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy^α

Tiziano Treu
Università Cattolica di Milano

1. Il lavoro su piattaforma digitale e il labirinto delle qualificazioni.	2
2. I criteri identificatori dei rapporti di lavoro su piattaforma nella Common Law.	4
3. Giudizi contrastanti nelle corti USA.	5
4. Il rinvio a principi generali di fairness, a concetti socio economici e a criteri teleologici.	8
5. Proposte di una terza categoria.	10
6. La frammentazione della figura del datore di lavoro.	13
7. La diversificazione e flessibilizzazione dei tipi nell'ordinamento italiano.	14
8. Segmentazione e osmosi delle discipline.	17
9. I poteri derogatori della contrattazione collettiva e la nuova disciplina del lavoro accessorio e agile.	19
10. Ricerca di una disciplina differenziata.	22
11. Criteri ordinatori delle tutele per il lavoro su piattaforma.	24

^α Un maggiore approfondimento della parte di questo saggio dedicata alla prospettiva rimediale comparirà sul numero monografico di Lavoro e Diritto dedicato al tema dei rimedi di prossima pubblicazione.

1. Il lavoro su piattaforma digitale e il labirinto delle qualificazioni.

Il diffondersi in tutto il mondo del lavoro su piattaforma digitale ha riproposto in termini radicalmente nuovi oltre alla questione del futuro dell'occupazione, anche il problema della qualificazione delle diverse forme in cui queste attività si presentano e del trattamento da riservare ai lavoratori che la svolgono. Basta vedere le opinioni degli esperti e le già numerose sentenze dei giudici per riscontrare le incertezze delle valutazioni e la intricatezza di quello che è stato definito il "labirinto della qualificazione".¹

Qui mi propongo di analizzare come i giudici di *common law* stanno affrontando questo problema, utilizzando l'approccio rimediabile proprio di quel sistema e di trarre qualche indicazione, soprattutto di metodo, utile per il nostro ordinamento.

Le analisi (anche) dei giuristi che si sono dedicati al tema ² hanno messo in luce come le particolarità dei lavori investiti dalle tecnologie

¹ R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same hold story?*, WP Massimo D'Antona, IT, 336, 2017.

² La letteratura è già considerevole, ma di qualità diseguale; e anche la terminologia utilizzata è diversa; M. Cherry, *Taxonomy of virtual works*, 45 GA.L. Rev. 951 (2011); cfr. nella dottrina giuridica degli USA: A. Aloisi, *Commoditized workers: Case Study Research on Labor Law Issues Arising from a Set of "On-Demand/Gig Economy" Platforms*, 37, Comp. Lab., L. & Pol'y J. (2016); Valerio De Stefano, *The Rise of the "Just-in-Time Workforce": On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the "Gig Economy"*, 37 Comp. Lab. & L. & Pol'y J. (2016); Jeremias Prassl & Martin Risak *Uber, Taskrabbbit, and Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork*, 37 Comp. Lab. L. & Pol'y J. (2016). Qui mi occupo dei lavori, trasporto di persone e prestazioni di servizi, attuati *on demand* tramite una piattaforma digitale che non solo intermedia ma organizza in vario modo il lavoro delle persone. Problemi diversi sorgono da altre forme di lavori "virtuali" o "crowdwork", dove le prestazioni – spesso micro prestazioni – sono offerte e scambiate per il tramite di *app* o *websites* da soggetti che operano senza dipendere da organizzazione altrui e quindi presentano tratti caratteristici del lavoro autonomo, sia pure legato agli strumenti digitali; R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, cit. segnala i rischi di sfruttamento nascosto anche nelle varie forme di *crowdwork* e cita il caso eclatante di Amazon Mechanical Turk; V. De Stefano, *The rise of the just in time workforce: on demand work. Crowdwork and labor protection in the gig economy*, ILO, 2016, Working Papers, *Conditions of work series* n. 71; Eurofound, *Working any time, any where. The effect on the world of work*, 2017; C. Degryse *Digitalisation of the Economy and its impact on Labor Market*, ETUI, WP 2016, 02. CEDS, European Ec. Soc. Committee, *Impact of digitalization and on demand economy on labor markets and the consequences for employment and Ind. Rel.*, Bruxelles, 2017. In Italia fra i tanti, le analisi di D. Garasco, S. Sacchi, *Digitalizzazione, automazione e futuro del lavoro*, INAPP, Roma, 2017, spec. n. 2; A. Donini, *Il lavoro digitale su piattaforma*, Labor and Law Issues, 1, 2015, p. 59. Per gli aspetti giuridici v. in generale R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali*, cit.; P. Tullini, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e prospettive di intervento*, RGL, 2016, I, 748 ss.; e ID, *Quali regole per il lavoratore utente del web? Scambio economico e tutele*, in Web e

digitali siano tali da alterare i fondamentali parametri identificativi del lavoro subordinato, a cominciare dal tempo e dal luogo della prestazione e da incidere in modo inedito sui rapporti fra le parti, in particolare sui poteri tradizionalmente attribuiti al datore nel rapporto di lavoro subordinato.

Le discontinuità appaiono più diffuse e diverse da quelle visibili nella diversificazione dei lavori da tempo in atto. L'effetto è tanto più marcato in quanto le tecnologie digitali, congiunte con fenomeni strutturali come la globalizzazione, stanno introducendo trasformazioni anche nella organizzazione delle imprese, di cui anche i giuristi del lavoro hanno cominciato ad occuparsi.

Nella vulgata dei media e dei gestori del personale si prospetta un futuro di "automatic management" guidato dalle macchine intelligenti, che dovrebbero trasferire a un algoritmo il ruolo di datore di lavoro, o almeno alcune funzioni di esso. L'emergere dei lavori digitali ampiamente reclamizzato nel mondo dai casi più noti di Uber, Lyft e simili ha aumentato i dubbi sulla tenuta delle categorie qualificatorie tradizionali, a cominciare dalla subordinazione. Per i giuristi più riflessivi e preoccupati ha messo in discussione l'identità stessa del diritto del lavoro.

In ogni caso siamo di fronte a un fenomeno mondiale non transeunte, con molte varianti nelle modalità strutturali e nella diffusione. Come spesso succede esso si è manifestato anzitutto nel continente nordamericano. Non a caso le prime imprese di successo dedite all'organizzazione del lavoro su piattaforma digitale e le prime controversie giudiziarie sulla regolazione di tali lavori sono localizzate in California.

Ma sia le imprese della Gig economy sia le controversie su tali lavori digitali si sono diffuse rapidamente dai paesi anglosassoni all'Australia al Giappone, fino all'Europa; ciò nonostante nel nostro continente e in Italia queste attività abbiano trovato non pochi ostacoli ad affermarsi nelle regole del diritto lavoro e soprattutto del diritto della concorrenza.³

lavoro. Profili evolutivi e tutele, in P. Tullini (a cura), Giappichelli, 2017, p. 141 ss.; A. Perulli, *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in RGL, 2017, I, p. 195 ss.; V. De Stefano, *Lavoro su piattaforma e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, ivi, p. 241 ss.; V. Speciale, *Introduzione*, ivi, p. 171 ss.; M. Weiss, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, DRI, 2016, 3, p. 659.

³ L'opinione dell'avvocato generale della ECJ nel caso C. 434/5, *Asociacion profesional Elite Tax v. Uber System Spain*, ha ritenuto che l'attività di Uber svolta su piattaforma va considerata come "servizio di trasporto" e quindi è soggetta alle condizioni stabilite dalle autorità nazionali per "non resident carriers" (licenze e autorizzazioni ad operare).

2. I criteri identificatori dei rapporti di lavoro su piattaforma nella Common Law.

Le sentenze nordamericane e i relativi commenti dottrinali riconoscono che i criteri tradizionali sviluppati dalla giurisprudenza per qualificare il rapporto di lavoro subordinato, o meglio per decidere come regolare i diritti e doveri delle parti, sono messi in crisi dai nuovi lavori, in particolare da queste forme di lavoro su piattaforma. Anzi secondo alcuni, questi criteri non servono più e sono solo fonte di confusione per chi deve decidere.⁴ Per indicare tale inadeguatezza e il conseguente smarrimento dei decisori, il giudice di uno dei primi casi californiani riguardante una nota impresa della gig economy, la Lyft operante come Uber nella gestione dei taxi, ha usato una metafora non tecnica ma molto efficace. Se il caso dovesse arrivare a una giuria, ma non vi doveva arrivare perché come molte di queste controversie, si è concluso in sede extra giudiziale, "ai giurati sarebbe stato offerto "a square peg and asked to choose between two round holes" (un piolo quadrato chiedendo di scegliere fra due buchi rotondi).⁵

I criteri utilizzati dai giudici e dai legislatori di quel paese sono molteplici; ma la loro individuazione e il modo con cui sono combinati nel decidere rispondono a uno specifico utilizzo, cioè ai rimedi che devono essere apprestati nel caso concreto.

Il criterio tradizionale ripreso dalla Common law of agency, utilizzato in origine per stabilire la responsabilità del datore di lavoro per gli illeciti commessi dai dipendenti, è il cosiddetto "control test". Secondo questo criterio il rapporto è definito come di lavoro subordinato e non di lavoro autonomo, se il datore "dà ordini, pianifica il lavoro nei particolari e controlla la performance dei dipendenti".⁶

In realtà già nell'applicare questo test i giudici prendono in considerazione una molteplicità di fattori, non molto diversi da quelli considerati dalla nostra giurisprudenza: le competenze del lavoratore, e quindi la sua possibilità di autonomia, la durata del rapporto, il metodo di pagamento e la capacità del datore di lavoro di terminare il rapporto ad nutum (putative employer's ability to terminate the worker at will).⁷

Il control test è stato ritenuto adeguato e coerente per risolvere le questioni che l'hanno originato, cioè per individuare il soggetto più in grado

⁴ Vedi, tra le tante rassegne, B. Rogers, *Employment rights in the Platform economy: getting back to basics*, Harvard Law and Policy Review, vol. 10, p. 479 ss.; M. Cherry, *Beyond misclassification: the digital transformation of work*, 37 Comp. Lab. J. & Pol'y J, p. 577 ss., 2015-2016.

⁵ Si tratta del giudice Vince Chhabria, nel caso *Cotter v. Lyft, Inc.*, 60 F. Supp. 3rd 1067, (N. D. Cal. 2015), 108, che sottolinea così l'ambiguità dello stato giuridico di questi tassisti.

⁶ Così la sintetica espressione riportata da B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 485.

⁷ Così *Restatement (second) of Agency* § 220 (Am. Law Inst. 1958).

di prevenire danni a terzi; ma risulta meno univoco per definire altri obblighi del datore di lavoro nello svolgimento del rapporto. In effetti il legislatore federale e quello di alcuni Stati deli USA hanno adottato criteri più ampi per definire i rapporti di lavoro subordinato ad altri fini. In particolare il Federal Fair Labor Standard Act (FLSA) del 1938 ha scartato il control test e definito il termine 'employ' "as suffer or permit to work"⁸. Ha usato cioè una definizione generica motivata anche qui dal tipo di tutela che si mirava ad attivare. Infatti lo stimolo al legislatore di quegli anni per intervenire era la necessità di garantire alcuni standard minimi di tutela a lavoratori, spesso minori, impiegati da intermediari, imponendo l'obbligo di rispettare tali standard alle imprese che ne utilizzavano di fatto la manodopera, anche se non erano queste bensì gli intermediari a esercitare i poteri di direzione e controllo sui lavoratori.⁹

Viceversa il control test è stato ritenuto utile dalla giurisprudenza del National Labor Relations Board (NLRB) per giudicare dell'applicabilità National Labor Relations Act (NLRA) la legge del New Deal sui diritti sindacali nell'impresa. Per il legislatore del 1935 la questione da risolvere non era quella di identificare il datore di lavoro oltre lo schermo dell'intermediario, come nel caso precedente, ma di garantire ai lavoratori impiegati nelle fabbriche fordiste la possibilità di organizzarsi in sindacati all'interno nei luoghi di lavoro.¹⁰

I criteri indicativi dell'esistenza di un potere di controllo sono analogamente ritenuti utili per la applicazione dell'ELISA, una legge federale che stabilisce standard minimi per piani volontari pensionistici e sanitari nell'industria privata.¹¹

3. Giudizi contrastanti nelle corti USA.

Come si vede la prospettiva dei rimedi, o per usare il nostro linguaggio delle tutele, ha determinato non solo le decisioni giurisprudenziali nei vari casi, ma le scelte del legislatore, che in materia di lavoro si sono moltiplicate nel tempo anche nel sistema nord americano. Peraltro tali

⁸ Fair labor standards Act (codificato) 29 USC § 203 g 2013. La stessa definizione è stata applicata dal Congresso ai lavoratori agricoli nel *Migrant and Seasonal Agricultural Workers protection Act*, 29 USC § 1807, 72, (1983).

⁹ È una normativa di contrasto all'interposizione illecita di manodopera, nelle forme storiche ben note al nostro ordinamento. Ora il problema si pone in modo nuovo nell'individuare la figura del datore di lavoro e le relative responsabilità nelle catene di fornitura fra imprese a livello globale; cfr., nella dottrina USA, M. Anner, J. Bair, & Jeremy Blasi, *Towards Joint in Global Supply Chains: Adressing the Root Causes of Labour Violations in International Sub contracting Networks*, 35 COMP Lab. L. & Pol'y J., 1, 17 (2014).

¹⁰ NLRB v. United Ins. 390 US 254 s. (1968); FedEx Home Delivery 361 NLRB, n. 55 (Sept. 30, 2014).

¹¹ Cfr. anche per altre citazioni B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 487.

interventi legislativi – come i giudici- hanno perseguito obiettivi settoriali di regolazione, rifuggendo non solo da una codificazione ma da definizioni generali della fattispecie "Employment".

Una indicazione significativa, anche per assonanza con alcuni orientamenti europei e italiani, è quella proveniente dai giudici e dalle agenzie chiamati ad applicare il FLSA e alcune leggi statali nella stessa materia. Le decisioni di tali organismi hanno sviluppato un set articolato per decidere se "as a matter of economic reality the individual is dependent on the entity".¹²

La corte suprema della California nel caso *Borello & Sons* ha adottato otto fattori (secondary indicia) che si rifanno al control test tradizionale, ma lo combinano con quello della "economic reality" desunto dalla pratica applicativa del FLSA.¹³ All'interno di questi si sono specificati cinque fattori ritenuti più rilevanti per assicurare che la natura del rapporto sia definita alla luce degli obiettivi rimediali. Tali fattori riguardano: la opportunità del lavoratore di guadagnare o di perdere a seconda delle sue capacità (cioè il rischio); gli investimenti materiali e immateriali richiesti per il lavoro nonché l'impiego di aiutanti; la necessità di competenze particolari per svolgere la prestazione; la durata del rapporto; il fatto che la prestazione sia parte integrante della attività del datore di lavoro.

La dottrina ha osservato che il tentativo di perfezionare questi fattori non li ha resi di più sicura applicazione; tanto più che, come rilevano gli stessi giudici, essi non vanno applicati singolarmente, ma in combinazione tra di loro e il loro peso dipende dalla combinazione adottata di volta in volta. Per facilitare la prova della natura (subordinata) del rapporto, il legislatore di alcuni stati degli USA, come la California, ha utilizzato, come in alcuni paesi europei, la tecnica della presunzione stabilendo che chiunque presti servizio a una impresa si presume essere un dipendente.¹⁴

Di qui la insoddisfazione manifestata dai commentatori e dai giudici che è stata acuita dall'apparire di nuove forme di lavoro atipico, ultima il lavoro su piattaforma. Non è un caso che le controversie sollevate da questi lavori digitali si siano dimostrate di difficile trattazione e si siano finora risolte per lo più in sede extragiudiziale.

¹² Cfr. fra i vari casi *Antenor v. D.&S. Farm*, 88 F 3d 925 ss. (11th Circ. 1996) e le indicazioni interpretative del Ministero del Lavoro USA, Wage & Hour Div., US Dpt. of Labor, Opinon letter on FLSA test for employment (2015).

¹³ Cfr. i commenti di B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 487 ss., e K.V.W. Stone, *Legal protections for atypical employees: employment law for workers without workplaces and employees without employers*, 27 Berkeley J Emp. & Lab, L. 257 ss., (2006); A. Aloisi, *Commoditized workers: case study research on Labor Law issues arising from a set of on demand /gig economy Platforms*, 37 comp. Lab. L. & Pol'y J.; V. De Stefano, *The rise of the just in time workforce*, cit.

¹⁴ Cfr. M. Cherry, *Beyond misclassification*, cit., p. 580.

Giudizi diversi sono stati raggiunti in casi del tutto simili concernenti due delle maggiori imprese operanti nella Gig economy, Uber e Lyft, e ciò nonostante le corti abbiano utilizzato i tradizionali indicatori del "control test".¹⁵ Un primo giudice ha concluso che i tassisti organizzati da Uber erano lavoratori dipendenti, sottolineando il potere dell'azienda di determinare una serie di condizioni di lavoro dei conducenti, di stabilire i prezzi delle corse, e le modalità di comportamento nei confronti dei clienti, nonché di controllare le performance dei lavoratori.

La stessa corte in una controversia riguardante Lyft, il principale competitore di Uber, pur avendo riconosciuto che l'impresa dava ai suoi conducenti istruzioni dettagliate sulle modalità del lavoro, a differenza di quanto avviene nei confronti di un lavoratore autonomo, ha concluso che la "control analysis" non era conclusiva per affermare lo status di dipendente dei conducenti, perché questi avevano la libertà di decidere se quando e dove lavorare. Peraltro, quasi a sottolineare la provvisorietà della conclusione, il giudice lascia aperta la possibilità di arrivare a decisioni diverse per altri conducenti che avessero schemi di lavoro più regolari e stringenti.

Qui interessa sottolineare le modalità con cui le cause sono state presentate dagli avvocati dei lavoratori, che confermano la impostazione tipicamente orientata ai rimedi propria dei giudizi definiti in quel paese.

Le prime questioni sollevate dai tassisti e dalle autorità locali riflettono preoccupazioni relative agli standard di sicurezza del trasporto, per i passeggeri più che per i lavoratori. Altre controversie sono state originate dalla richiesta dei tassisti di vedersi riconosciuti i salari minimi di legge e le maggiorazioni per i lavori straordinari, nonché i rimborsi delle spese sostenute per lo svolgimento della prestazione. Sono riportate anche controversie in materia di employees benefit e di tutele procedurali in caso di fine rapporto.

È significativo che i lavoratori e i loro avvocati non richiedono, e quindi non ottengono, il riconoscimento dello stato di dipendente, ma avanzano le richieste che ritengono più significative per la loro situazione e più sostenibili alla luce dei precedenti. Un tratto comune delle controversie è che esse riguardano non l'accertamento di una categoria giuridica quanto l'applicazione di segmenti specifici dello statuto protettivo del lavoro, cioè appunto di rimedi adeguati al caso.

¹⁵ Questi casi sono oggetto di analisi e valutazioni esse stesse diverse nei vari scritti in argomento citati nelle note precedenti. Cfr. ad es., in senso critico, B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 489 ss. del quale anche *The social costs of Uber*, 82 U. Chi. L. Rev. Dialogue 86-89 (2015).

Le transazioni raggiunte in molti casi, spesso con l'intervento del giudice, hanno comportato notevoli compensi economici per gli attori, che operano di solito sulla base di class actions talora di grandi dimensioni (in un caso coinvolgenti 400.000 tassisti).¹⁶

Per superare le incertezze applicative alcuni commentatori hanno espresso l'esigenza di adottare criteri di qualificazione più affidabili e hanno ricercato principi guida di carattere sostanzialmente finalistico in grado di chiarire e integrare gli indicatori tradizionali della common law.

L'analisi di queste posizioni dottrinali e giudiziali è significativa anche per un giurista europeo, perché testimonia il ricorso a elementi qualitativamente diversi da quelli tradizionali per supplire sia alla incertezza degli indici fino all'ora utilizzati per identificare fattispecie dei tratti sfuggenti.

4. Il rinvio a principi generali di fairness, a concetti socio economici e a criteri teleologici.

Per giustificare rimedi adeguati alle richieste dei soggetti i giudici di common law spesso fanno riferimento a principi fondamentali di "fairness" o di equità.

Nelle decisioni è frequente il richiamo per analogia al concetto di "duty" nella "law of torts": questa non è una categoria né una fattispecie in senso proprio, bensì una "questione soglia" che determina una particolare responsabilità del soggetto; o secondo altre espressioni, è un contenitore ("placeholder") per giudizi sostanziali di basic fairness.¹⁷ L'analogia con la law of torts è affermata esplicitamente in una decisione applicativa del FLSA, citata con approvazione dalla dottrina, secondo cui l'impresa è responsabile per violazione delle norme in tema di salario minimo e di orario di lavoro ogni qualvolta il fatto suggerisce che tale responsabilità è "fairly imposed".¹⁸

Altre volte nella materia del lavoro si fa rinvio non a generici principi di fairness, ma a concetti di carattere economico sociale. Alcune decisioni,

¹⁶ M. Cherry, *Beyond misclassification*, cit., p. 580.

¹⁷ Cfr. il *leading case* della Corte suprema di California, *Tarasoff v. Regents of the Univ. of California*, 551 F. 2d 334-342 (Cal. 1976). Il termine "concetto soglia" mi sembra che renda meglio di "categoria" il senso dell'approccio USA. L'espressione *placeholder for substantive judgments* usata da B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 499, mi sembra ugualmente significativa. L'a. rileva più volte che l'uso di questi termini sottolinea come le decisioni in materia non dipendono da questioni di fatto, ma da "*normative judgments*" che tengono conto in particolare della storia e delle "*fundamental purposes of the statute*".

¹⁸ *Maldonado v. Lucca* 629, F. Supp. 483, 489 (DNJ 1986). Anche la dottrina italiana rileva che l'area della responsabilità civile è il terreno di elezione dell'approccio rimediabile perché alla base della pretesa sta il danno e non il diritto, A. Di Majo, *Rimedi e dintorni*, in *Europa e diritto civile*, 2015, p. 714.

per decidere sulla natura subordinata del rapporto, si fanno guidare da una particolare "immagine sociale del lavoro": finora l'immagine del lavoro industriale che ora peraltro è meno univoca e meno dominante.¹⁹ In altri casi, quando il rimedio richiesto delle parti è l'applicazione dei minimi salariali, il giudice giustifica la decisione per l'attore rilevando che questa tutela risponde al bisogno, in particolare di persone che fanno parte della "weakest and most helpless class".²⁰ Simili riferimenti, usati per orientare il giudizio a integrazione dei criteri tradizionali, ricordano da vicino indirizzi interpretativi presenti anche nella nostra dottrina e giurisprudenza, in particolare, in quelle che fanno ricorso al cosiddetto metodo tipologico.

Una serie di indicazioni testuali, sia dei legislatori statunitensi sia dei giudici, rinviava come elemento rilevante per la applicazione delle tutele del lavoro alla disparità di potere economico fra le parti, oppure al fatto che sulla base della realtà economica, (as a matter of economic reality), una data persona è dipendente da un'altra. Anche queste formulazioni sono di uso ricorrente nelle posizioni giudiziali e dottrinali di vari paesi.

Ma la capacità qualificatoria di simili indicatori economici è stata messa in discussione sia dalla nostra dottrina sia dagli stessi commentatori di common law. Si è infatti rilevato che potere contrattuale e dipendenza economica sono dati di fatto comuni e variamente distribuiti nei sistemi capitalisti; e che quindi resta da decidere quanta differenza di potere contrattuale e quanta dipendenza economica siano rilevanti per l'applicazione delle tutele del lavoro subordinato o di alcune di esse.

Per rispondere a questa domanda senza ricorrere in un circolo vizioso, parte della dottrina ha ritenuto necessario fare riferimento a principi di ordine più generale (higher - order) variamente formulati, ma differenti da quelli talora utilizzati nei nostri ordinamenti.²¹

In particolare quando si usa il termine subordinazione o dipendenza esso è inteso non in senso strutturale, cioè riferito all'esistenza di poteri di direzione, controllo e organizzazione del datore di lavoro, come si intende da noi e in alcuni indici del test control; ma assume un senso ampio per indicare, ad es., che la dipendenza, non solo economica ma anche sociale e psicologica del lavoratore, e la sua debolezza contrattuale sono così accentuate da indicare che i lavoratori sono particolarmente vulnerabili e a

¹⁹ Un'immagine, commenta B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 488, che è quella di "un rapporto di lunga durata, in una grande organizzazione come la fabbrica, posseduta da un imprenditore, piena di molti lavoratori che svolgono i medesimi compiti".

²⁰ Così la opinione del giudice V. Chhabria nel già citato caso *Cotter v. Lyft Inc.*, il quale afferma che i giudici dovrebbero intendere ampiamente il concetto di *employment*, "tenendo conto del tipo di persone da proteggere e del "potere contrattuale delle parti".

²¹ B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 495, che ricorda il classico articolo di critica a simili ragionamenti circolari di Felix Cohen, *Transcendental Nonsense and the functional approach*, in 35 Colum. L. Rev. 809 (1935).

“rischio di dominazione”; cosicché il rapporto presenta un “deficit democratico”, oppure ancora che è tale da ledere la “dignità della persona”²². E si precisa che l'obiettivo di gran parte delle norme regolatrici del lavoro subordinato è appunto quello di rimediare alla situazione di vulnerabilità del lavoratore e di ingiustizia dei rapporti fra le parti

Queste concettualizzazioni della dipendenza del lavoratore vanno oltre gli aspetti strutturali del rapporto considerati nel nostro diritto per individuare la fattispecie lavoro subordinato. Invece enfatizzano i profili teleologici delle norme, cioè la loro destinazione e la loro utilità per rimediare alle situazioni di bisogno e di svantaggio di volta in volta considerate; il che è coerente con l'approccio rimediato utilizzato dei giudici di quel paese.

Per venire alle fattispecie oggetto della presente analisi, l'applicazione di questi riferimenti pure fra loro diversi, è stata utile a rafforzare la significatività dei test tradizionali e a riconoscere nei tassisti di Uber (ma non necessariamente in altre forme di lavoro su piattaforma) i tratti dei lavoratori dipendenti. Coerentemente con la impostazione rimediata, questa conclusione non è affermata in via generale, ma riferita alle questioni coinvolte nel caso concreto. In particolare essa è più frequentemente condivisa da dottrina e giurisprudenza quando si tratta di applicare a questi lavoratori le normative sul salario minimo, sul compenso per lavoro straordinario e sui rimborsi spese, che come si è visto sono i rimedi più spesso richiesti da questi lavoratori.

5. Proposte di una terza categoria.

In realtà, la inadeguatezza dei parametri tradizionali a dare soluzioni soddisfacenti alle questioni poste dai lavori digitali e quindi la incertezza delle decisioni, sono comuni all'esperienza di molti paesi europei;²³ ma

²² Così B. Rogers, *Employments rights*, cit., 494 ss., e in generale G. Davidov, *The three axes of employment relationships: a characterization of workers in need of protection*, 52 Toronto LJ 357, 377-386 (2002); vedi le specificazioni di N. Zatz, *Beyond misclassification*, cit., p. 282 ss. I riferimenti a concetti diversi, come quelli di “dominazione” e di “democratic deficit” sono variamente elaborate nella teoria politica e sociologica. La vulnerabilità come carattere tipico del lavoro subordinato è sostenuta in particolare da G. Davidov, *A purposive approach to labor law*, OUP, 2016, spec. p. 127 ss.; e per una applicazione al caso specifico dei tassisti Uber, che ne avvalorano lo status di dipendenti, ID, *The status of Uber drivers: a purposive approach*, Spanish labour law and employment Rel. Journal, 2017.

²³ Orientamenti diversi si registrano nelle Corti britanniche, come in quelle francesi e italiane: vedi una panoramica in S. Auriemma, *Impresa, lavoro e subordinazione digitale al vaglio della giurisprudenza*, RGL, 2017, I, p. 281 ss.; A. Di Amato, *Uber and the sharing economy*, Italian Law Journal, 2016, I, p. 177 ss. Anche R. Voza, *Il Lavoro e le piattaforme digitali*, cit., p. 9 ss., rileva la perdurante incertezza qualificatoria di questi casi escludendo che sia possibile ricondurre solo al lavoro subordinato i lavori su piattaforma e prospetta la esigenza di risposte normative differenziate.

l'approccio e le conclusioni sono diverse. Di qui l'interesse per un raffronto comparato.

La diversificazione dei lavori e la difficoltà di individuare criteri distintivi adeguati hanno indotto autori di vario orientamento e nazionalità, ma soprattutto europei, a proclamare il superamento di ogni distinzione tipologica, in particolare la fine della capacità identificativa del tipo lavoro subordinato; e si è sostenuta la necessità di ricercare una base comune per la regolazione di tutte le attività di lavoro personale, quale che ne sia la qualificazione tipologica.

Tali impostazioni peraltro hanno comportato conseguenze diverse in ordine alle regole applicabili a questi lavori: talora la estensione dell'intero statuto protettivo del lavoro subordinato alle varie attività autonome, a mio avviso con una vera fuga in avanti²⁴; più spesso un allargamento selettivo dell'ambito di applicazione delle norme lavoristiche.²⁵

La ricerca di nuovi criteri identificativi dei lavori e quindi delle normative applicabili ha coinvolto anche il legislatore. In particolare la recente normativa di vari paesi, dal Canada alla Spagna al Regno Unito, alla Germania, ha configurato una categoria di rapporti di lavoro intermedi fra i due tipi storici, che condividono tratti di identificativi propri del lavoro subordinato come di quello autonomo.²⁶

È significativo che proposte in questa direzione siano state avanzate da più parti anche negli Stati Uniti. Al momento attuale, peraltro, nessuna ipotesi proposta in quel paese ha avuto seguito, in sede né legislativa né giurisprudenziale. Infatti ha sollevato perplessità da parte della dottrina che ricordano quelle espresse in altri ordinamenti, compreso il nostro.

²⁴ Cfr. R. R. Carlson, *Why the law still can't tell an Employee when it sees one and how it ought to stop trying*, Berkeley Journal of Empl. & Lab. Law, 2001, p. 295 – 364; E. Tucker, J. Fudge, L. Vosko, *Employee or independent contractor? Charting the legal significance of the distinction in Canada*, Canadian Lab. & Empl. Law, 2003, p. 193-230; ma vedi anche B. Langille, *Labor law's theory of justice*, in G. Davidov, B. Langille (eds.), *The idea of labor law*, OUP, 2011, cap. 7.

²⁵ Osserva in proposito G. Davidov, *The status of Uber drivers*, cit., "ridefinire il confine fra le diverse categorie è necessario, abolirle del tutto è problematico". Id, *Setting labour law's coverage: between Universalism and selectivity*, Oxford J. of legal studies, 2014, p. 543-566. M. Freedland, N. Kountouris, *The legal characterization of personal work relations and the idea of Labor Law*, in G. Davidov, B. Langille, *The idea of Labor Law*, cit., cap. 12, si sono espressi in favore di una marcata selettività. Una estensione selettiva, ma alquanto ampia, delle tutele oltre gli ambiti storici del lavoro dipendente è stata avallata, specie in passato, dal nostro legislatore e in parte dalla giurisprudenza.

²⁶ Vedi la rassegna recente di M. Cherry, A. Aloisi, *Dependent contractors in the gig economy: a comparative approach*, American Univ. Law Review, 66, p. 635, che confrontano le esperienze di Canada, Spagna, Italia e danno conto delle proposte di varia origine avanzate negli USA; v. anche E. Menegatti, *Minimum wage for workers on-demand via App*, Paper Draft presentato al seminario di Toronto nel luglio 2017, LLRN 3; G. Casale, *The employment relationship. A comparative overview*, ILO, 2011.

Nel merito le riserve riguardano soprattutto i rimedi e le tutele da riconoscere a questa categoria intermedia. La preoccupazione espressa da vari commentatori è che la introduzione di una terza categoria possa essere di fatto un'alternativa scontata al rapporto di lavoro subordinato, con meno diritti e tutele per i lavoratori e che sia utilizzabile dalle imprese per sottrarre molti rapporti all'area del lavoro standard. Tale preoccupazione è avallata dai raffronti comparati, compresi quelli con l'esperienza italiana delle collaborazioni e del lavoro a progetto.²⁷

Ma soprattutto i rilievi critici, non dissimili da quelli presenti nel dibattito italiano, hanno riguardato l'utilità classificatoria di una categoria intermedia del genere. L'aggiunta di una terza fattispecie non sarebbe una panacea per facilitare le decisioni del giudice, ma riproporrebbe la incertezza dei criteri tradizionali per giudicare dei casi concreti e delle tutele applicabili. Non a caso gli autori che manifestano il loro scetticismo invitano a ritornare a quella che ritengono la questione essenziale, cioè a ricercare quali sono i diritti e le tutele appropriati per i lavoratori in questione: non si tratta solo dei lavoratori della Gig economy ma di tutti quelli da tempo presenti nelle zone grigie fra i tipi storici del lavoro subordinato e del lavoro autonomo. Perché, ribadisce questa dottrina, la individuazione dei rimedi appropriati è importante tanto quanto e più che la creazione di una categoria giuridica: si tratta con tutta evidenza di un commento coerente con la impostazione metodologica da sempre seguita nell'ordinamento statunitense.²⁸

La impostazione rimediale è presente nelle richieste di interventi chiarificatori del legislatore che anche negli Stati Uniti si sono fatte frequenti. In ogni caso le varie proposte condividono l'approccio rimediale, perché non sono avanzate con valore definitorio generale, ma alcune chiedono che il legislatore dichiari applicabile a queste forme di lavoro solo alcune delle normative proprie del lavoro subordinato, superando l'approccio del "tutto o niente" tipico dell'impostazione categoriale seguita nel nostro ordinamento; perché tale approccio è ritenuto inadatto a rispondere ai caratteri ibridi di tale lavori e ai bisogni dei prestatori.

Talora si afferma la necessità che ai lavoratori organizzati come i tassisti di Uber si riconoscano i diritti sindacali fondamentali sanciti dalla legislazione federale del New Deal e poi variamente ridimensionata dalle normative successive.

²⁷ Vedi tali rilievi critici in M. Cherry, A. Aloisi, *Dependent contractors*, cit., p. 699; B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 516 ss.; G. Davidov, *The status of Uber drivers*, cit., nota come l'idea una terza categoria stia proliferando nel mondo, ma non la ritiene applicabile ai tassisti di Uber che sono da ritenersi lavoratori dipendenti.

²⁸ M. Cherry, A. Aloisi, *Dependent contractors*, cit., p. 677 ss.

Indicazioni sia pure appena accennate in tale direzione si trovano in qualche decisione del National Labor Relations Board,²⁹ e rispondono a sollecitazioni esterne, cioè alle prime azioni di protesta collettiva organizzate da questi lavoratori in alcune grandi città, azioni che hanno trovato risposta anche in provvedimenti da parte delle amministrazioni locali.

Al riguardo si è commentato come le attività sindacali e di contrattazione collettiva possano essere organizzate più facilmente fra i conducenti di Uber che fra i tassisti tradizionali operanti su base individuale, proprio per la grande dimensione e per la organizzazione standardizzata di Uber.

Una evoluzione particolarmente significativa al riguardo si riscontra nella legislazione francese dell'agosto 2016, la prima che risulti specificamente riferita al lavoro su piattaforma digitale e che anticipa orientamenti giudiziali ancora incerti.³⁰ Il testo francese è di particolare importanza perché, pur ricomprendendo tali lavoratori nell'ambito del lavoro autonomo, come del resto i nostri lavori parasubordinati, riconosce loro alcuni diritti tipici del lavoro subordinato; in particolare il diritto all'assicurazione infortunistica, alla formazione continua (se lavorano per un certo tempo), e i diritti collettivi di associarsi in sindacati, di contrattare collettivamente e di ricorrere allo sciopero.

6. La frammentazione della figura del datore di lavoro.

Le trasformazioni tecnologiche digitali che incidono sulle forme del lavoro hanno influito anche nella organizzazione delle imprese, in particolare alterando la struttura piramidale propria dell'impresa fordista. In risposta a questa nuova realtà una parte della dottrina ha sottolineato la necessità di adottare una concezione funzionale o relazionale dell'impresa post fordista, utile anche a meglio imputare diritti e doveri attinenti al rapporto di lavoro. Tale concezione ha implicazioni su diversi aspetti dell'impresa compresi i modelli tipologici delle attività di lavoro, può comportare una frammentazione del concetto di datore di lavoro e correlativamente una distribuzione dei diversi doveri verso i lavoratori su diverse entità organizzative.³¹

²⁹ Cfr. anche per citazioni B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 518 ss., che auspica un'esplicita presa di posizione in proposito del legislatore e del NLRB; V. De Stefano, *Non standard forms of work and limits on freedom of association: a human rights based approach*, Ind. L. J. 2016, p. 1-23.

³⁰ M.C. Escande-Varniol, *What protection for workers acting via digital platform in a market economy?*, Paper Draft presentato al seminario di Toronto del luglio 2017.

³¹ J. Prassl, M. Risak, *Uber, taskrabbit and co.: platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowd work*, Comp. Lab. Law & Pol.'y Journal, vol. 37, 2015-2016, p. 619 ss. e, in

Tale approccio è stato ritenuto utile a giustificare un'interpretazione coerente della posizione delle parti nel lavoro su piattaforma, in particolare nei casi come Uber e simili. Gli indicatori individuati dalla giurisprudenza relativi alla determinazione dei sistemi di pagamento da parte di Uber segnalano che questa funzione del datore di lavoro è esercitata dalla piattaforma; dal che si deduce che essa è tenuta ad osservare la normativa sui minimi salariali. Ma ciò non significa che la piattaforma debba essere considerata datore di lavoro a tutti gli effetti. Si fa l'esempio del dovere di garantire la sicurezza del lavoro che può fare capo all'utilizzatore del servizio se questo è in grado di controllare la modalità e i luoghi di svolgimento della prestazione, come nel caso di servizi di pulizia dei locali del cliente.³²

Una simile applicazione della logica funzionale al datore di lavoro si può riferire alla distribuzione dei doveri del datore nella somministrazione di lavoro prevista dal nostro ordinamento. Non a caso si è ipotizzato da alcuni autori che lo schema triangolare proprio della somministrazione di lavoro possa essere utilizzato con adattamenti per regolare i rapporti fra le parti del lavoro su piattaforma, almeno quando queste si configurino con le caratteristiche dei casi Uber e simili.³³

7. La diversificazione e flessibilizzazione dei tipi nell'ordinamento italiano.

Ho rilevato all'inizio che gli interrogativi sollevati dal lavoro su piattaforma digitale hanno estremizzato questioni da tempo poste dalla diversificazione dei lavori e hanno messo a dura prova in tutti gli ordinamenti gli indici tradizionali di qualificazione del rapporto di lavoro.

italiano, *Sottosopra e al rovescio: le piattaforme di lavoro on demand come datori di lavoro*, RGL, 2017, p. 219 ss. La concezione funzionale di datore di lavoro è stata teorizzata in generale da J. Prassl, *The concept of the employer*, OUP 2015; L. Ratti, intorno al concetto di datore di lavoro. A proposito di *The concept of the employer di J. Prassl*, GDLRI, 2016, p. 382, e vedi i commenti di S. Deakin, *The changing concept of the employer in labor law*, 30, ILJ 72, 79 (2001); già J. Fudge, *Fragmenting work and fragmenting organizations: the concept of employment and scope of labour regulations*, 44 OSGOOD HALL L. J. 609, 636 (2006); R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali*, cit., p. 10, ritiene di difficile applicazione questa tesi per qualificare i rapporti in questione.

³² L'esempio è di Prassl, *Uber, Taskrabbit*, cit., p. 648 ss.

³³ M. Faioli, *Jobs "app" Gig economy e sindacato*, RGL, 2017, p. 291 ss.; in realtà gli adattamenti necessari sarebbero non marginali perchè gli attori coinvolti in questo schema sono diversi da quelli della somministrazione tipica. J. Fudge, *Challenging the borders of labour rights?*, in *Labour law and social progress*, Bull. Comp. Labor Relat. 92, Kluwer, 2016, p. 86, ritiene utile il ricorso a schemi triangolari del genere, ma facenti capo non ad agenzie private bensì a organismi composti di rappresentanti dei lavoratori, dei datori e del governo, per regolare non solo lavori informali e saltuari in aree di sottosviluppo, ma anche lavori come quelli di Uber.

Ma le reazioni dei sistemi continentali e di quelli di common law sono state diverse: diversi gli attori chiamati a intervenire; diverso il ruolo delle fonti di regolazione (legislatore, giurisprudenza, contrattazione collettiva) e infine diverso l'approccio metodologico. Le variabili che possono influire sulla soluzione dei problemi posti dalle trasformazioni dei sistemi produttivi e dei lavori intersecano l'intero assetto politico e socio-economico dei paesi.

Secondo la gerarchia delle fonti propria dell'ordinamento italiano il legislatore ha avuto un ruolo prevalente nel dare risposta alla differenziazione dei lavori. Una tendenza comune del nostro legislatore è stata la moltiplicazione dei tipi e dei sottotipi, che sono stati identificati con deviazioni più o meno accentuate rispetto alla fattispecie tipizzata dall'art 2094 cod. civ. Al di là delle ragioni dei vari interventi il legislatore ha operato sempre sul piano della fattispecie, aggiungendovi o sottraendovi alcuni elementi strutturali: dalla causa del sinallagma, all'oggetto della prestazione (come nel lavoro sportivo e giornalistico), ad elementi accessori come il termine, al contesto e al luogo della prestazione (come nel lavoro domestico e a domicilio o nel telelavoro).

Ai primi contratti speciali, sicuramente riconducibili al tipo lavoro subordinato, si sono aggiunte altre fattispecie che riflettono un più accentuato processo di diversificazione dei tipi; non a caso i contratti sono denominati atipici e non più speciali.

La evoluzione del concetto di parasubordinazione, variamente precisato con l'emergere della collaborazione coordinata e continuativa e poi del contratto a progetto, testimonia emblematicamente le incertezze nella identificazione dei confini della categoria. In qualche caso mostra l'incongruenza degli elementi definitori adottati, come la presenza di un progetto o programma di lavoro, che infatti è stato superato senza rimpianti.³⁴ Ma segnala anche la scarsa coerenza, anzi la vera e propria sfasatura fra gli elementi strutturali della fattispecie che dovevano qualificarlo come lavoro autonomo, e la disciplina applicabile individuata in via selettiva, ma ripresa da quella propria anche del lavoro dipendente; dalle norme sul processo del lavoro, all'articolo 2113 del codice civile, alla normativa previdenziale che si è avvicinata progressivamente a quella del lavoro subordinato, fino alla norma della legge 92/2012 che introduceva istituti tipici del lavoro subordinato, quali la garanzia di minimi retributivi.

In realtà nella elaborazione della categoria delle collaborazioni e in parte nella disciplina relativa si è dato rilievo alla debolezza e alla soggezione economica del prestatore di lavoro nei confronti del

³⁴ Rinvio sul punto al mio saggio, *Diritto del lavoro: discontinuità e interdipendenza*, ADL, 2005, p. 30 ss.

committente, un dato estraneo alla struttura della fattispecie codicistica e piuttosto connesso alla ratio protettrice della disciplina tipica.

In questa direzione, vicina all'impostazione propria dell'approccio rimediale, si sono mosse le proposte dottrinali di Statuto dei lavori volte a definire una redistribuzione graduata delle tutele, "dentro e oltre i confini del rapporto di lavoro", una scelta ritenuta più utile a capire le realtà del lavoro, che "accapigliarsi sulle definizioni" o "ricercare sbalorditive invenzioni di fattispecie".³⁵

I motivi dello scarso successo di queste proposte sono diversi. Anche nel nostro ordinamento riguardano anzitutto scelte di merito, cioè la graduazione delle tutele e i criteri ordinatori delle stesse, che sono controversi anche i paesi dove la materia del lavoro è meno percorsa di tensioni ideologiche che da noi.³⁶ Ma riflettono altresì la resistenza ad abbandonare il tradizionale approccio categoriale che ha impedito di analizzare a fondo le multiformi variazioni intervenute nel funzionamento dei sistemi produttivi e nel lavoro che ne moltiplicano i tratti ibridi di subordinazione e autonomia.³⁷

³⁵ La prima citazione è di L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, Relazione al Congresso AIDLASS, Ferrara, 2000, p. 18; la seconda di M. Pedrazzoli, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, Quaderni DLRI, 1998, p. 23.

³⁶ Cfr. in generale A. Perulli, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica*, DRI, 2015, p. 109 ss.; M. Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova, 2013, p. 177 ss.; anche un recente rapporto del Parlamento Europeo illustra la incertezza dei criteri definitivi, Policy Dpt. Employment Policy, 2013; M. Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione*, in M. Magnani, A. Pandolfo, P.A. Varesi, (a cura), *I contratti di lavoro*, Giappichelli, 2016, p. 8 ss.

³⁷ I confini fra bianco e nero sono sempre meno netti e precisi, "domina il grigio", come riconosce un autore non certo incline ai facili nuovismi, U. Romagnoli, *Un diritto da ripensare*, in LD 1995, p. 474 ss.; e cfr. L. Nogler, *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, DLRI, 2015, p. 349 ss.: l'a. richiama le osservazioni di G. Vardaro, cui riconosce il merito di aver superato la ideologia operaista presente in parte della dottrina italiana e di "impiegare il tema della segmentazione dei lavori come occasione di critica e in qualche caso di smantellamento di metodologie e costruzioni consolidate, fino a investire la nozione stessa di lavoro subordinato", rifiutando di "ricondurre la mutevolezza del sociale a quest'unico concetto chiave": G. Vardaro, *Subordinazione ed evolucionismo*, in M. Pedrazzoli, (a cura), *Lavoro subordinato e dintorni*, Mulino, 1989, p. 101 ss. E' lo stesso insegnamento di M. D'Antona, *Le metamorfosi della subordinazione*, in *Il lavoro delle riforme*, Ed. Riuniti, 2000, p. 283 e 295. Segnali analoghi vengono dagli economisti e dagli aziendalisti: il pensare secondo schemi binari, come seguendo la diade autonomia e subordinazione, non coglie le diversità dei lavori; analogamente le categorie schematiche del fordismo non riconoscono la complessità degli attuali sistemi economici organizzati sempre più a rete che a piramide: così per tutti E. Rullani, *Dal fordismo al post fordismo: alla scoperta di nuove possibilità*, in Doc. CNEL, *Postfordismo e nuova composizione sociale*, Roma, 2000; la inadeguatezza delle classificazioni tradizionali del lavoro a fronte del moltiplicarsi dei lavori atipici nella new economy è rilevata anche da P. Cappelli, *La classificazione del lavoro nella new economy*, in DRI, 2015, p. 621 ss.

Viceversa sono proprio queste variazioni che richiedono una considerazione approfondita per verificarne l'impatto sulle condizioni di vita e di lavoro e che necessitano di normative diverse al di là dello schema rigido della fattispecie. Infatti le ragioni della crisi della fattispecie centrata sulla subordinazione sono le stesse che richiedono una riconsiderazione della disciplina dei vari lavori. La minore significatività dei tradizionali indici qualificatori del tipo di rapporto si accompagna con lo sfumare dei confini fra i vari blocchi di disciplina una volta compatti.³⁸ Non a caso il nostro legislatore ha risposto a questa modifica dei lavori e delle loro caratteristiche non solo moltiplicando tipi e sottotipi ma introducendo variazioni di disciplina all'interno del rapporto di lavoro subordinato. La tendenza prevalente, com'è noto, è stata quella di rendere flessibili singoli tratti della disciplina di tutela del rapporto di lavoro subordinato, riguardanti non solo le barriere all'entrata ma anche la gestione del rapporto di lavoro, le variazioni dell'orario e da ultimo le modifiche delle mansioni.

8. Segmentazione e osmosi delle discipline.

La flessibilizzazione di questi aspetti del rapporto di lavoro, pur nella formale identità della sua struttura, ne cambia dall'interno la logica di funzionamento, alterando quindi il significato della nozione di subordinazione e il contenuto dei poteri e dei doveri delle parti. È anche questo un modo di ridefinire gli equilibri del rapporto e i suoi effetti, ma oscurato dentro l'involucro, formalmente unitario della fattispecie. In tal modo il legislatore italiano realizza una segmentazione della disciplina simile a quella che abbiamo riscontrato nell'ordinamento USA.

Questo percorso di modulazione delle tutele si è arricchito di una tappa ulteriore, di notevole rilievo nella tradizione italiana, con la legge sul lavoro autonomo. (L. 81/2017) La legge 81, nel riconoscere (finalmente) uno statuto organico a queste prestazioni, esse stesse variabili ha confermato ed esplicitato il processo di osmosi già visibile fra le normative proprie storicamente dei due tipi di rapporto, appunto quello subordinato e quello autonomo. Per rispondere alle esigenze di questo tipo di lavori il legislatore ne ha arricchito la disciplina attingendo anche a normative estranee alla tradizione lavoristica, desunte dal diritto commerciale e dal diritto civile.

³⁸ L'importanza di questo aspetto ancora più che degli indici qualificativi è sottolineata da diversi autori che sottolineano l'importanza di considerare non tanto i confini fra le fattispecie quanto la distribuzione delle tutele: M. Pedrazzoli, *Consensi e dissensi*, cit., p. 13; E. Ghera, *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in *Scritti in onore di G. Giugni*, Bari, 2000, p. 483 ss.; anche M. D'Antona, *La metamorfosi della subordinazione*, cit., p. 290 ss. e ID, *La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto*, in *Lavoro e riforme*, cit., p.297 ss.

Nell'esperienza anglosassone l'adattamento e l'osmosi delle regole sono stati decisi non (solo) dal legislatore ma soprattutto dai giudici, con scelte dettate dalla volontà di corrispondere alle diverse ragioni di tutela, ma spesso guidate, come si è visto da principi di giustizia ed equità o dal richiamo a situazioni sociali tipiche quali la dipendenza la vulnerabilità dei lavoratori e i bisogni che evidenziano particolari necessità di regolazione.

Nell'ordinamento Italiano la necessità di rispondere ad esigenze simili è stata avvertita, in particolare da quella giurisprudenza e dottrina che hanno adottato il metodo tipologico invece di quello sussuntivo nell'individuazione della fattispecie. Ma i tentativi di introdurre in tal modo varianti anche nella normativa del rapporto, in particolare volte ad alleggerire alcune norme di tutela per figure – i dirigenti - ove gli indici della subordinazione si manifestano attenuati, non hanno avuto seguito, come le proposte di legge orientate nel medesimo senso.³⁹

Il motivo è che si sono scontrate con la concezione unitaria della fattispecie lavoro subordinato, fortemente radicata nella nostra cultura giuridica. Così la giurisprudenza italiana è stata indotta a reagire mantenendosi sul piano della fattispecie e adattando la propria concezione di subordinazione in risposta alle sollecitazioni della realtà produttiva e alle stesse modifiche introdotte dal legislatore nella disciplina dei vari tipi di rapporti di lavoro.⁴⁰

Tale orientamento conferma non solo la ambivalenza degli indici qualificatori, ma il fatto che anche nella nostra giurisprudenza la identificazione della fattispecie è guidata in parte dalla considerazione delle implicazioni in ordine alle tutele da garantire; con la differenza che la qualificazione del rapporto come lavoro subordinato comporta sempre l'applicazione dell'intero statuto protettivo.

I giudici continuano a essere inclini a valutare con larghezza gli indici della subordinazione, perché questa è rimasta la porta d'accesso alle principali tutele del lavoro. Tale situazione non sembra destinata a cambiare dopo la recente normativa sul lavoro autonomo che anzi ha visto lo stesso legislatore ridefinire in termini ampi la nozione di subordinazione con l'utilizzo della formula, invero controversa, della eteroorganizzazione

³⁹ P. Tosi, *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, Mulino, 1974, spec. p. 170 ss.

⁴⁰ L. Nogler, *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, DRI, 1991, p. 120, rileva che se si applica il metodo tipologico solo per individuare la fattispecie mantenendone rigidi gli effetti, si arriva agli stessi risultati del metodo sussuntivo, cioè all'automatica imputazione al rapporto di tutto lo statuto protettivo del lavoratore.

che sostituirebbe il concetto di eterodirezione tradizionalmente ritenuta centrale nella fattispecie dell' art. 2094 cod.civ.⁴¹

9. I poteri derogatori della contrattazione collettiva e la nuova disciplina del lavoro accessorio e agile.

Si è già visto come la tradizionale compattezza della disciplina del rapporto del lavoro subordinato, pur non essendo mai stata contrastata in modo esplicito, abbia ricevuto non poche alterazioni dal legislatore, intese a flessibilizzare alcuni contenuti protettivi ritenuti contrastanti con le esigenze delle imprese e del mercato del lavoro. In molti casi, risalenti nel tempo, la modifica delle regole del lavoro subordinato non è stata sancita direttamente dal legislatore, ma è stata da questo delegata la contrattazione collettiva.

Qui interessa sottolineare che il potere di modulare le tutele affidato ai contratti collettivi non ha riguardato solo aspetti della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, ma è giunto fino al punto di alterare la struttura fondamentale del tipo e di superare i confini tradizionali verso il lavoro autonomo. L'intervento emblematico in tal senso è quello realizzato dall'art.2 del decreto 81/2015, che individua nella etero organizzazione il criterio identificativo del rapporto e correlativamente precisa il requisito caratterizzante la collaborazione autonoma. Questa norma ha inteso riaffermare la dicotomia lavoro subordinato - lavoro autonomo, escludendo ogni forma di fattispecie intermedia.⁴²

Ma il legislatore, forse consapevole delle implicazioni potenzialmente dirimpenti di questo allargamento dell'area del lavoro dipendente, ha introdotto una serie di eccezioni, indicate nel comma 2 dello stesso art. 2. L'eccezione più rilevante è quella che attribuisce alla contrattazione collettiva il potere di prevedere "discipline specifiche di trattamento

⁴¹ La norma ha ridato nuovo alimento alle decennali discussioni sul significato di subordinazione e di coordinamento, cfr. per tutti, da ultimo M. Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione*, cit., spec. p. 12 ss. e ID, *Il contratto di lavoro subordinato*, in corso di pubblicazione, (l'a. ritiene che nonostante questo la prospettiva del *tertium genus* non deve ritenersi tramontata dopo il Jobs Act); P. Tosi, *Autonomia, subordinazione coordinazione*, Labor,3, 2017; L. Nogler, *La subordinazione nel dlgs 81/2015: alla ricerca dell' "autorità del punto di vista giuridico"*, WP CSDLE IT, 267/2015; A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, CSDLE IT, 272/2015; G. Santoro Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzata dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n.3 cpc*, in F. Carinci, (a cura), *Commento al dlgs 15 giugno 2015 n. 81. Le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ora in WP CSDLE Massimo D'Antona, IT, 278/2015; O. Razzolini, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, IT, 266/2015, p. 4 ss.

⁴² Cfr. per tutti M. Magnani, *Autonomia, subordinazione*, cit., p. 57 ss.

economico e normativo in ragione delle particolari esigenze produttive e organizzative del settore”.

La delega alla contrattazione è ampia, più di quella stabilita per il settore dei call center. Non esclude che la contrattazione collettiva possa individuare alcune collaborazioni da ricondurre in tutto in parte nell'ambito del lavoro subordinato, (come di fatto è per lo più avvenuto), anche a prezzo di rinunce ai trattamenti economici o di altre modifiche delle condizioni economiche e normative.⁴³ È evidente che in tal modo si supera la logica “del tutto o niente” espressione della compattezza del tipo lavoro subordinato.

In realtà la norma in questione è una ulteriore conferma che la capacità qualificatoria della fattispecie perde rilievo, quando si scontra con esigenze specifiche rilevate dalle parti; il che è tanto più significativo perché avviene a cavallo dei confini tra i due tipi di lavoro storicamente contrapposti. Come dire: ciò che non è consentito alla giurisprudenza e che non è stato possibile realizzare con l'introduzione del tipo lavoro economicamente dipendente, è consentito alla contrattazione collettiva per delega del legislatore.

Alcuni interventi legislativi recenti costituiscono ulteriori manifestazioni della crisi qualificatoria della fattispecie. È il caso della disciplina del lavoro accessorio o occasionale, reiteratasi in varianti successive⁴⁴ (da ultimo L.96/2017). Il legislatore si è concentrato anzitutto nel fissare condizioni di utilizzo, specie da parte del datore di lavoro, dirette a contrastare gli abusi del lavoro accessorio. Per quanto riguarda la disciplina del rapporto ha stabilito i minimi retributivi orari, perché questo è ritenuto un rimedio urgente per rispondere alle condizioni di sottotutela dei lavoratori e per evitare che essi vadano a incrementare il numero dei “working poors”. L'urgenza è tale che il nostro legislatore, con il consenso delle parti sociali, è stato indotto a superare la storica resistenza a definire per legge la quantità minima di salario dovuta per la prestazione di lavoro. Per tornare alla questione generale qui trattata si può dire che questo è un altro caso emblematico in cui la impellenza dei bisogni cui dar risposta prevale sulla

⁴³ Cfr. più diffusamente T. Treu, *Tipologie contrattuali nell'area del lavoro autonomo*, in Treccani, *Il libro dell'anno del diritto*, 2016, p. 841 ss. e M. Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione*, cit., p. 169.

⁴⁴ L. Tassaroli, *La tracciabilità del lavoro accessorio*, in Treccani, *Il libro dell'anno di diritto*, 2017, p. 345 ss.; e cfr. P. Bellocchi, *Il regime del lavoro accessorio e l'autonomia privata: logiche negoziali e dinamiche fattuali*, in *Tipologie contrattuali, a progetto e occasionali*, a cura di P. Bellocchi, F. Lunardon, V. Speciale, *Commentario al dlgs 276/2003*, coordinato da F. Carinci, Milano, 2004, IU, p. 118 ss. e sulla normativa più recente E. Mussi, *Disciplina delle prestazioni occasionali*, in DPL, 29/2017, p. 181 ss.; J. Jerussi, *Il futuro del lavoro accessorio in Italia*, DRL, 28/2017, p. 1149 ss.; O. Mazzotta, *Il nuovo lavoro occasionale adesso è legge dello Stato*, in Labor, 25 luglio 2017.

logica qualificatoria fino al punto da far passare in secondo piano la questione della natura del rapporto.

Un altro intervento legislativo rilevante per i profili qui trattati è quello riguardante il cosiddetto lavoro agile.⁴⁵ Anzitutto la disciplina di legge è singolarmente scarna per la nostra tradizione, fino al punto di toccare solo di sfuggita il tema della sicurezza del lavoro che è da sempre centrale nella disciplina di tutti i paesi, anche di common law.⁴⁶ Quel che più conta, il nostro legislatore fa riferimento agli accordi fra le parti individuali del rapporto per la definizione di modalità essenziali di svolgimento del rapporto di lavoro, quali l'individuazione del luogo o dei luoghi in cui si svolge la prestazione, la decisione sulla quantità e sulla distribuzione dell'orario di lavoro, nonché sulle modalità dei relativi controlli. La scelta di attribuire le decisioni su questi temi all'autonomia individuale e non alla contrattazione collettiva, è una novità assoluta nella tradizione italiana; in questi termini non si ritrova neppure nell'ipotesi più nette avanzate in passato per la individualizzazione dei rapporti di lavoro. Sul piano sistematico è ancora più significativo che il legislatore eviti di prendere posizione non solo sulla natura del rapporto, ma anche su aspetti del rapporto che costituiscono la ossatura tradizionale. Queste rinunce del legislatore non mi sembrano univoche per ritenere che la legge abbia dato un segnale contrario alla natura subordinata del lavoro agile; ma certo sembrano prendere atto dei caratteri sfuggenti di questa manifestazione del lavoro digitale che non sono riconducibili a quelli delle prestazioni tradizionali, e neppure dei lavori atipici fioriti nella fabbrica post fordista ma non ancora investiti dalle tecnologie digitali. La indeterminatezza e la variabilità delle fattispecie si riflettono nell'incertezza dei loro confini e nella evanescenza della disciplina. Una simile situazione giuridica e fattuale costituisce una sfida all'opera dell'interprete e dei giudici, perché, come ricordano i civilisti che si sono interrogati sul tramonto della logica della fattispecie, "quel che si toglie a questa logica si dovrebbe dare al

⁴⁵ L. Taschini, *Lavoro agile*, in Treccani, *Libro dell'anno del diritto*, 2017, p. 373; M. Magnani, *Il contratto di lavoro subordinato*, cit.; O. Mazzotta, *Lo statuto del lavoro autonomo e il lavoro agile*, ne *Il quotidiano giuridico*, 1° febb. 2016; M. Tiraboschi, *Il lavoro agile fra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WP M. D'Antona, IT, 335,/2017; M. Lai, A. Ricciardi, *La nuova disciplina del lavoro agile*, DPL, 11/2016, p. 707 ss.; A. Donini, *Nuova flessibilità spazio temporale e tecnologie: l'idea di lavoro agile*, in P. Tullini,(a cura), *Web e lavori: profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, p. 82 ss.; E. Dagnino, P. Tomasetti, C. Tourres, *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva, oggi*, ADAPT, WP, n. 2/2016; M. Zocca, *Smart working: dal lavoro flessibile al lavoro agile*, *Sociologia del lavoro*, 138/2015, p. 69 s.

⁴⁶ Cfr. M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, DSL, 2017, p.- 1-24.

giudice, e il vuoto della fattispecie andrebbe coperto con la interpretazione"⁴⁷

10. Ricerca di una disciplina differenziata.

L'indagine fin qui svolta ha mostrato come i caratteri dei nuovi lavori, in particolare quelli organizzati su piattaforma, abbiano messo a dura prova i criteri usati dalla giurisprudenza, compresi i giudici di common law dotati di margini interpretativi più ampi di quelli riconosciuti nel nostro ordinamento; e la abbiamo indotta a integrare i criteri di tipo strutturale con riferimenti di carattere teleologico o di policy.

Tale approccio non è assente nella nostra giurisprudenza, oltre che nelle riflessioni della dottrina, non solo lavoristica. Ma le conclusioni dei nostri giudici hanno trovato un limite finora insuperabile nella concezione unitaria della categoria e della relativa disciplina, in particolare della fattispecie lavoro subordinato. Viceversa l'approccio rimediabile dei giudici di common law ha permesso la ricerca e la applicazione delle tutele più corrispondenti agli interessi in gioco delle parti. Non a caso il riconoscimento delle tutele tipiche del lavoro subordinato non è stata indifferenziata come da noi, ma si è indirizzata in particolare ad applicare alcuni standard di base, a cominciare dai minimi salariali.

Va peraltro rilevato che le mutate condizioni di contesto e le trasformazioni dei sistemi produttivi hanno sollecitato diversi approcci alla categoria lavoro subordinato e alla sua disciplina in parte convergenti nei due ordinamenti. Anche i paesi di common law hanno visto reiterarsi interventi legislativi in risposta alle diversificazioni dei lavori, ispirati essi stessi a un approccio rimediabile. Inoltre per supplire alla inadeguatezza delle fattispecie tradizionali alcuni di questi paesi hanno introdotto categorie intermedie simili a quelle attuate in alcuni paesi europei.

Nel nostro ordinamento il legislatore, da sempre protagonista, ha modificato in varie occasioni lo statuto del lavoro subordinato, così da infrangere la unitarietà normativa della categoria. Fra le vie seguite abbiamo elencato: la moltiplicazione dei tipi e sottotipi oltre gli storici contratti speciali, che si è rivelata un equivalente funzionale della diversificazione delle discipline; la delega ai contratti collettivi del potere di variare le discipline del lavoro subordinato anche oltre i confini tradizionali

⁴⁷ G. Benedetti, *Fattispecie e altre figure di incertezza*, RTDPC, 2015, p. 1103, che rileva come spetti così all'interprete di dare risposte alla domanda di tutela delle situazioni soggettive violate, individuando i rimedi "da rinvenire in modo agile e concreto nella totalità complessa transnazionale".

del tipo; da ultimo l'allargamento delle maglie della disciplina in particolare del lavoro agile, per lasciare spazio all'autonomia privata.

Le implicazioni di queste trasformazioni dei lavori sono incerte, come mostrano le scelte dei giudici e del legislatore riguardanti molti rapporti atipici e da ultimo i rapporti di lavoro su piattaforma.

Anche la nostra giurisprudenza nel considerare questi casi dovrà cercare risposte adeguate alla natura delle varie forme di prestazione organizzata tramite piattaforma digitale e del lavoro agile. I giudici saranno chiamati a valutare se e come inquadrare tali rapporti nelle categorie tradizionali (lavoro autonomo, lavoro subordinato) con la applicazione dell'intera disciplina relativa, o se invece vorranno tener conto dei caratteri ibridi di tali lavori, che rendono inadeguati i tradizionali criteri qualificativi e gli assetti normativi di entrambi i tipi, per ricercare soluzioni che rispondano meglio ai caratteri diversificati delle prestazioni e ai bisogni di tutela delle persone coinvolte. La scelta in quest'ultima direzione realizzerebbe una supplenza interpretativa della giurisprudenza simile a quella praticata dai giudici di altri paesi e giustificata dall'incertezza qualificatoria e dalla incompletezza normativa.

È significativo che la Commissione Europea, pur richiamando i possibili criteri indentificativi del vincolo della subordinazione per risolvere il contenzioso in corso, si limita a invitare gli stati membri a garantire "*fair working conditions and adequate and sustainable social protection*" da valutare considerando "*the different needs as well as the innovative nature of collaborative business models*". Si tratta di una indicazione non lontana dalla logica rimediale.

La ricerca di soluzioni così impostate è difficile perché deve svolgersi senza la protezione delle maglie rassicuranti delle fattispecie e dei suoi effetti; inoltre deve confrontarsi con la diversità dei casi reali con la (sola) guida di principi generali. Ma ha il pregio di colmare il deficit di adeguatezza ed effettività delle tutele che l'approccio tradizionale sta sempre più rilevando a fronte dello sconvolgimento degli assetti storici del lavoro e dell'impresa. Essa permetterebbe di guardare agli interessi sostanziali riconosciuti dall'ordinamento, come hanno cercato di fare i giudici USA, nonché di esplorare "tutte le opportunità applicative degli strumenti giudiziali predisposti dall'ordinamento).

La selezione degli interessi da tutelare resta compito delle fonti previste nell'ordinamento, come ribadisce la dottrina, perché il campo di azione dei rimedi riguarda non questa selezione, bensì "le conseguenze derivanti dalla violazione degli interessi giuridicamente tutelati e appunto la scelta degli strumenti per la loro effettiva protezione". In realtà la delicatezza della questione sul piano dogmatico e sistematico è evidente e la distribuzione fra i due piani tende a sfumare, come si vede nelle scelte

dei giudici, soprattutto ma non solo di *common law*. Infatti si rileva che l'applicazione del principio di effettività nella prospettiva rimediabile fornisce "un diverso apprezzamento della rigida separazione che si assume esistente fra il momento del riconoscimento dei diritti e quello più a valle della loro tutela".⁴⁸

Spunti utili (anche) per queste scelte possono trarsi dalle riflessioni della dottrina civilistica che si è interrogata sulla eclissi della fattispecie e sulle potenzialità di un approccio rimediabile in diversi ambiti tematici: dalla protezione dei diritti della persona, all'adempimento delle obbligazioni. I testi di tale dottrina, sia pure riferiti a temi diversi, contengono accenti che riecheggiano quelli della *common law* più volte qui ripresi: l'obiettivo dell'approccio rimediabile, che non è quello di rispettare la tipicità dei diritti, ma di rispondere all'esigenza di adeguatezza dei rimedi e quindi il distacco del rimedio da una rigorosa dipendenza dalla fattispecie;⁴⁹ la flessibilità della strumentazione rimediabile che apre il diritto a "implementarsi di acquisizioni ulteriori";⁵⁰ la maggiore utilità ed efficacia riformatrice della visione rimediabile rispetto a quella fondata sull'approccio strutturale alla configurazione delle situazioni soggettive.⁵¹ Come si esprime G. Vettori l'analisi della "sola dimensione strutturale di un oggetto finisce per occultare la dimensione funzionale che lo distingue con chiarezza da altri, mentre al visione rimediabile assicura la massima realizzazione dell'interesse giuridicamente protetto da un diritto o da un principio".⁵²

11. Criteri ordinatori delle tutele per il lavoro su piattaforma.

Riflessioni analoghe si trovano, sia pure talora implicite, nella dottrina giuslavoristica sopra citata che aveva sottolineato l'importanza di valorizzare una distribuzione differenziata delle tutele secondo i bisogni e

⁴⁸ Cfr. A. Di Maio, *Rimedi e dintorni*, in *Europa e diritto privato*, n. 4/2015, p. 705 ss., che osserva come spetti anche al diritto contribuire alla rimozione degli ostacoli alla eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, 2° co Cost., rafforzando gli strumenti per l'effettività delle norme. (ivi, p. 712 ss.).

⁴⁹ Così ancora A. Di Majo, *Rimedi e dintorni*, cit., p. 739 ss. Anche R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali*, cit., p. 15, afferma la esigenza di riconoscere una serie di diritti a questi lavoratori a prescindere dal tradizionale vincolo della subordinazione, sia alcune tutele primarie, sia misure specifiche connesse alle particolari modalità e rischi del lavoro su piattaforma; anche P. Loi, *Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio*, RGL, 2017, I, 259 ss.

⁵⁰ A. Di Majo, *L'adempimento in natura quale rimedio*, (in margine a un libro recente), *Europa Dir. Priv.*, 2012, p. 1149.

⁵¹ G. Vettori, *Diritti, principi e tecnica rimediabile nel dialogo fra le Corti*, in *Europa Dir. Priv.*, 2011, p. 237.

⁵² G. Vettori, *Ibidem*.

la varia età dei lavori al di là del rigido schema della subordinazione e delle tutele attribuite in blocco a tale fattispecie.⁵³ Esse sono riprese, con considerazioni riguardanti i diversi rimedi risarcitori e reintegratori, da una recente dottrina anch'essa sollecitata dalla crisi del principio di effettività nel diritto del lavoro. Tale dottrina ha valorizzato l'approccio rimediabile, in particolare per l'applicazione e protezione dei diritti fondamentali dei lavoratori. In tale ottica ha prospettato la possibilità di una "integrazione in via interpretativa dell'assetto di tutela previsto per tali diritti, qualora si rivelasse lacunoso o incompleto in punto di effettività".⁵⁴

La difficoltà di inquadrare i lavori su piattaforma negli schemi classificatori tradizionali, in particolare nella categoria lavoro subordinato, ha indotto altri autori a muoversi in direzione simile, prospettando la necessità che sia applicabile uno statuto protettivo adeguato ogni qualvolta questi lavori siano esposti a situazioni di rischio analoghe a quelle proprie del lavoratore subordinato, anche se non ricorrono gli indici qualificatori tradizionali della subordinazione: (potere direttivo, eteroorganizzazione o simili).⁵⁵

Si ipotizza anche qui una dissociazione delle tutele dalla fattispecie; dissociazione che può essere più o meno marcata, perché lo statuto protettivo di questi lavoratori digitali può essere variabile a seconda delle modalità di svolgimento di tali attività e della funzione svolta dalle piattaforme.

È significativo che le tutele prospettate non coincidono con la totalità di quelle attribuite alla fattispecie lavoro subordinato, ma si concentrano su alcuni nuclei fondamentali non dissimili da quelli considerati dai giudici di common law: dai minimi salariali, alle prestazioni previdenziali, alle libertà collettive, alla tutela della privacy. E richiedono adattamenti più o meno marcati per tener conto delle particolarità di svolgimento del lavoro digitale; ad es. il calcolo del salario minimo dovrà considerare sia la tipica saltuarietà di tali lavori sia la disponibilità offerta del tempo del lavoratore (come nella fattispecie del nostro lavoro intermittente). Resta da vedere se questa prospettiva può essere imboccata solo per iniziativa del legislatore, come indica tale dottrina, o se possa essere avviata, anche da

⁵³ Oltre agli autori citati a nota 47, vedi le nette affermazioni di S. Magrini, riportate da M. Magnani, *Il contratto di lavoro subordinato*, in corso di pubblicazione, "abbandoniamo le tipizzazioni di carattere generale che francamente non servono più e puntiamo alla differenziazione dei regimi perché credo che questo sia il punto determinante".

⁵⁴ P. Tullini, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore, attuazione, applicazione, tutela*, in DLRI, 2016 p.293

⁵⁵ P. Loi, *Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio*, in RGL, 2017, cit., p. 259 ss. e su presupposti in parte diversi, P. Ichino, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, relazione al convegno dell'Associazione Giuslavoristi Italiani, Torino, 15 settembre 2017, spec. para 2 e 3.

noi, da qualche intervento di supplenza giurisprudenziale che è più difficile, come si diceva, ma che avrebbe i pregi della sperimentazione rimediale.

Secondo queste impostazioni la prospettiva rimediale non scaccia la logica su cui si fonda la fattispecie, ma la mette fra parentesi o sullo sfondo, ponendo in primo piano gli strumenti per la tutela dei diritti e per la realizzazione dell'interesse in questione. Soprattutto essa supera la pretesa totalizzante e unitaria tipica della fattispecie giuridica, in particolare della categoria subordinazione. Per usare una formula adottata dagli autori di Common law non determina l'intera disciplina del lavoro, ma mantiene la funzione di "criterio soglia" per l'accesso a specifici rimedi e tutele.

Per dare un criterio ordinatore al giudice nella scelta dei rimedi appropriati non basterebbe il richiamo ai generali principi di equità e di giustizia. Questi del resto sono ritenuti insufficienti anche nei sistemi di common law a determinare diritti e doveri relativi al rapporto di lavoro. E non è sufficiente neppure il riferimento alla categoria del rischio, o dei rischi, che è utile per indicare la *ratio* generale di interventi protettivi per questi lavori, ma non basta a fondarne i contenuti.

La ricerca di criteri affidabili per la individuazione delle tutele necessarie nei diversi casi è essenziale per evitare che, abbandonato l'ancoraggio alle categorie tradizionali, ormai falsamente rassicuranti, ci si limiti a registrare la esistenza di confini mobili fra diverse norme e fattispecie, con la casualità di "una prassi senza dottrina"⁵⁶ e si lasci spazio all'arbitrio o al libertinaggio argomentativo⁵⁷.

L'importanza e l'orientamento di tali criteri ordinatori sono tanto maggiori oggi a fronte delle tendenze centrifughe che attraversano l'economia e la società contemporanea. Se è illusorio ingabbiarle in vecchi schemi – e in base a presunti concetti totalizzanti è importante che tali spinte disgreganti siano contrastate con la ricerca di scelte pubbliche orientate a difendere e promuovere i fondamentali diritti delle persone.

La ricerca da parte del giudice delle tutele adeguate a sostenere tali diritti, oltre ad essere condotta con rigore analitico e argomentativo, necessita di essere guidata non (solo) da regole di legge, ma in mancanza di queste, da principi certi, presenti nell'ordinamento. Nel nostro ordinamento tali criteri ordinatori si devono ricercare nei principi costituzionali relativi alla materia del lavoro, che sono sanciti anche dalle fonti internazionali. In particolare, quelli più direttamente rilevanti sono: il principio dell'art. 36 in tema di retribuzione per garantire a questi lavoratori un compenso salariale minimo; il principio della tutela della salute per

⁵⁶ Come denuncia da tempo U. Romagnoli, *Il patto per il lavoro: quale lavoro*, Lav. e dir., 1997, p.458.

⁵⁷ L'espressione è di Piraino, riportata da A. Di Majo, *L'adempimento in natura quale rimedio*, (in margine a un libro recente), Europa Dir. Priv., 2012, p. 1149.

sancire gli standard fondamentali di sicurezza sul lavoro; il principio di pari dignità e non discriminazione per proteggere i lavoratori da pratiche discriminatorie e lesive della dignità e della privacy; e infine i principi di libertà e di organizzazione sindacale.

Come si è visto sono principi applicati dalla giurisprudenza USA qui analizzata e dal legislatore in vari paesi europei. La legge francese del 2016 sopra ricordata ha menzionato quest'ultimo diritto, per segnalare il valore fondativo che ha avuto l'autonomia collettiva, prima ancora che la legge, nella costruzione delle norme di tutela proprie del rapporto di lavoro subordinato.

Il richiamo a tali principi costituzionali è alla base anche delle proposte di legge relative a uno statuto dei lavori dirette a modulare le tutele fra i diversi lavori al di là delle qualificazioni tipologiche tradizionali. In particolare hanno ispirato il cerchio più ampio di tutele da ritenersi applicabili, proprio per il loro inprinting costituzionale, a tutte le attività dell'uomo che lavora.⁵⁸ I progetti originari di statuto dei lavori si proponevano, invero un po' illuministicamente, di riordinare le discipline dell'intero spettro delle prestazioni di lavoro in un quadro organico. Le accresciute turbolenze delle economie e delle società attuali, con le conseguenti incertezze nelle analisi e nelle scelte di policy, rendono ora difficile simili sistemazioni organiche delle discipline, ma non esimono dal continuare la ricerca.⁵⁹

⁵⁸ Cfr. anche per ulteriori citazioni, T. Treu *Politiche del lavoro, Insegnamenti di un decennio*, Mulino 2002 con in appendice la prima bozza di Statuto dei lavori del 1998; T. Treu, *Statuto dei lavori e carta dei diritti*, DRI, 2004, p. 193 ss., con commenti alla proposta di Statuto del 2002.

⁵⁹ M. Magnani, *Il contratto di lavoro subordinato*, cit. "ritiene che a fronte delle difficoltà di individuare criteri utili per qualificare nuovi lavori in particolare quelli su piattaforma digitale, in funzione di un equo statuto protettivo" permane "quell'esigenza di cd statuto dei lavori, nelle varie declinazioni che essa ha avuto, forse troppo frettolosamente accantonate".